

NUOVI LINGUAGGI UNIVERSITARI

Antonio Carratta

CASI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

INTRODUZIONE

Questo libro nasce dalla sollecitazione dell'Editore ad affrontare per «casi» e per «questioni» — in un volume destinato prevalentemente alla didattica universitaria — alcuni degli istituti e dei concetti del diritto processuale civile, relativi prevalentemente al processo di cognizione, che vengono studiati durante un normale corso universitario attraverso il tradizionale manuale. Va sempre più diffondendosi nei corsi universitari di Giurisprudenza, infatti, la tendenza ad accompagnare la tradizionale lezione frontale e lo studio manualistico con esercitazioni su casi concreti, attraverso le quali gli studenti vengono sollecitati a mettere a frutto le conoscenze teoriche acquisite. Ciò che vale a maggior ragione per una materia ampia e complessa come il diritto processuale civile.

In realtà, se per metodo s'intende l'insieme dei procedimenti logici che si seguono per raggiungere un determinato obiettivo, si deve anche riconoscere che il metodo casistico o «clinico» può consentire di conseguire, per altra via, lo stesso risultato che normalmente ci si prefigge di raggiungere attraverso il metodo tradizionale di insegnamento. E probabilmente un risultato anche migliore. È difficile negare, infatti, che se lo studio universitario deve servire ad acquisire gli strumenti necessari ad affrontare gli infiniti casi che l'esperienza pratica fa emergere, il risultato che ci si dovrebbe prefiggere nelle aule universitarie non dovrebbe essere di fornire allo studente solo la base teorica per fare ciò, ma anche di esercitarsi ad individuare le soluzioni migliori per i problemi che quotidianamente la pratica fa emergere.

Di qui la scelta di selezionare, nel ricco e complesso panorama giurisprudenziale, alcuni casi particolarmente significativi in relazione agli istituti e ai concetti che lo studente incontra o ha incontrato nello studio teorico del diritto processuale civile svolto attraverso il tradizionale studio manualistico. Studio che in questa sede non solo viene presupposto, ma frequentemente sollecitato in parallelo con l'analisi delle questioni processuali, che il singolo caso fa emergere e sulle quali viene richiamata la riflessione dello studente.

Dai casi concreti selezionati — tutti tratti da vicende giudiziarie reali e concluse da recenti pronunce della Corte di Cassazione — sono state poi estrapolate alcune questioni processuali che consentano di comprendere al meglio la soluzione di volta in volta individuata in sede giudiziaria e di confrontarla con la ricostruzione teorica (e il quadro normativo) dello specifico istituto processuale preso in considerazione e già esaminato durante le lezioni frontali e lo studio manualistico. All'esposizione del caso, infatti, è stato fatto seguire un

breve elenco di domande, che mirano a sollecitare la riflessione dello studente sulle questioni processuali emergenti dal caso esaminato e rispetto alle quali si è cercato di offrire le possibili definizioni o soluzioni e gli argomenti che le giustificano.

Non è certamente nuova la convinzione che, per una più proficua formazione dello studente, la preparazione teorica e manualistica del corso di diritto processuale civile debba essere sempre accompagnata dall'analisi di casi concreti, che riprendono le diverse parti del corso universitario e nei quali le nozioni assunte durante lo studio teorico trovano diretta e problematica applicazione.

Si pensi, in proposito, alle pagine, non poco caustiche, di Piero Calamandrei, quando, parlando del metodo tradizionale di insegnamento universitario, quello della lezione frontale, lo apostrofava come metodo «cattedratico» o anche «chicchieratorio», per evidenziare che la lezione, secondo tale metodo, «consiste in una predica che l'insegnante dal suo pulpito gesticolando infligge a una turba di penitenti immobile e silenziosi» ⁽¹⁾. E concludeva che, tanto per i corsi propedeutici quanto per quelli approfonditi, «il metodo di insegnamento normale dovrebbe essere quello della esercitazione» ⁽²⁾. O, per altro verso, alle lucide pagine di Francesco Carnelutti sul metodo «clinico» di studio del diritto e sulla necessaria complementarietà fra «sapere» e «saper fare» ⁽³⁾.

Alla base dell'impostazione seguita nell'elaborazione dei casi e delle questioni vi è la consapevolezza che l'apertura ad un metodo diverso rispetto a quello tradizionale di affrontare i temi e gli istituti del diritto processuale civile, del «pensare problematicamente» o del «pensare per casi», non significa affatto rinunciare al sistema ricostruito e studiato sul piano più squisitamente teorico. Questa, piuttosto, costituisce un utile banco di prova per «saggiarne» la vitalità (e l'utilità) nel quotidiano fluire della vita giudiziaria e per consentire allo studente di misurarsi con le proprie capacità di risolvere questioni e problemi concreti. Vale a dire che il «pensare problematicamente» o secondo il metodo casistico non rappresenta affatto un modo per rinunciare o per sottrarsi allo studio teorico e sistematico, come talvolta purtroppo si è indotti a ritenere, quanto piuttosto un modo per ravvivarlo, per rielaborarlo e, se necessario, anche per ripensarlo.

In effetti, quali che siano le novità metodologiche, che si affacciano alle finestre delle nostre aule universitarie in questa peculiare fase storica, in cui

⁽¹⁾ P. CALAMANDREI, *Troppi Avvocati!* (1921), in *Opere giuridiche*, II, Roma, 2019, p. 65 ss., spec. p. 134.

⁽²⁾ P. CALAMANDREI, in G. PASQUALI e P. CALAMANDREI, *L'Università di domani*, Foligno, 1923, p. 256 ss., spec. p. 271 ss.

⁽³⁾ F. CARNELUTTI, *Clinica del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, p. 169 ss., spec. p. 170.

«scopi e forme di ieri non ci sono più, e scopi e forme di domani non ci sono ancora» ⁽⁴⁾, non si può prescindere dalla convinzione che alla base vi sia o vi debba essere un sistema compiuto e il più possibile armonico o che quanto meno a ciò debba tendere l'interprete.

Roma, 10 settembre 2023

ANTONIO CARRATTA

Termine estratto capitolo

(4) N. Ieri, *La formazione del diritto*, in *Atti del Convegno*.

CASO 1

1. Il cittadino senegalese N.P. ha chiesto al Tribunale civile di Lecce l'accertamento del proprio diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari, a norma degli artt. 5 e 22, comma 12-*quater*, t.u. immigrazione di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998. Il Tribunale, accogliendo l'eccezione del Ministero dell'interno, ha negato la propria giurisdizione a favore di quella del giudice amministrativo, ritenendo che la situazione soggettiva dell'attore abbia consistenza di interesse legittimo. La decisione è stata confermata anche dalla Corte d'appello di Lecce, la quale ha ribadito che, ai fini del rilascio del permesso in questione, la valutazione dell'Amministrazione è discrezionale e dunque la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo.

Contro la pronuncia della Corte d'appello di Lecce N.P. ha proposto ricorso per cassazione, con il quale ha lamentato, rispettivamente *ex art.* 360, 1° comma, n. 1 e n. 3, c.p.c. la violazione e falsa applicazione dell'art. 22, comma 12-*quater*, D.Lgs. n. 286 del 1998 in relazione alla posizione giuridica dello straniero richiedente il permesso di soggiorno per motivi umanitari e, nel farlo, ha evocato la questione di giurisdizione sulla quale si erano già pronunciati i giudici di merito. Per questa ragione il ricorso viene assegnato alle Sezioni Unite della Cassazione.

Le Sezioni Unite, pronunciandosi sul ricorso in questione, hanno ritenuto fondata la censura proposta, in quanto, come già affermato in altre occasioni dalle stesse Sezioni Unite (Cass., sez. un., 28 novembre 2018, n. 30759 e n. 30757; Cass., sez. un., 28 febbraio 2017, n. 5059; Cass., sez. un., 19 maggio 2009, n. 11535), sussiste la giurisdizione del giudice ordinario civile sull'impugnazione del provvedimento del questore di diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari, richiesto ai sensi degli artt. 5 e 22, comma 12-*quater*, del D.Lgs. n. 286 del 1998, in considerazione del fatto che in tal caso al questore non è attribuita alcuna discrezionalità valutativa in ordine all'adozione dei provvedimenti riguardanti i permessi umanitari. (Cass., S.U., 19 dicembre 2018, n. 32774)

Questioni giuridiche rilevanti

1. Nel caso di specie sussiste la giurisdizione del giudice ordinario o di quello amministrativo?
2. Esiste un diritto soggettivo al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari dello straniero che si trovi nelle condizioni per ottenerlo?
3. Siccome il rilascio del permesso va chiesto al questore, previo parere favorevole del Procuratore della Repubblica, questi ha un potere discrezionale oppure è vincolato al ricorrere dei presupposti di legge?
4. E se il Procuratore della Repubblica nega il permesso nonostante la sussistenza dei presupposti per ottenerlo, a quale giudice va avanzato il ricorso giurisdizionale?

5. In mancanza del parere del Procuratore della Repubblica, può il giudice adito pronunciarsi comunque sul riconoscimento del titolo di soggiorno o è anch'egli vincolato dalla necessità di tale parere?

6. Per quali motivi di cui all'art. 360 c.p.c. è proponibile il ricorso per cassazione avverso la pronuncia della Corte d'appello che ha affermato, nel caso di specie, la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo?

7. È ancora proponibile, nel caso di specie, il regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41, 1° comma, c.p.c. dopo la pronuncia della Corte d'appello sulla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo?

Definizione delle questioni giuridiche rilevanti

1. In tema di immigrazione, l'opposizione avverso il diniego del questore al **rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari**, previsto **dall'art. 22, comma 12-quater, del t.u. sull'immigrazione** (D.Lgs. n. 286 del 1998) in favore del cittadino straniero, appartiene alla giurisdizione del giudice civile ordinario e non a quella del giudice speciale amministrativo (v. **Manuale**). Ciò in quanto al questore, al quale il relativo permesso va richiesto, non è più attribuita alcuna discrezionalità valutativa in ordine all'adozione dei provvedimenti riguardanti i permessi di soggiorno per motivi umanitari. In generale, il questore non ha il potere di verificare l'esistenza dei presupposti sostanziali, ossia dei seri motivi di carattere umanitario richiesti dalla legge, la cui valutazione è affidata in via esclusiva, in quella fase, alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale. Il questore, invece, ha soltanto il compito di accertare l'eventuale esistenza di altre condizioni ostative, se normativamente imposte. Stabilisce, infatti, il comma 12-quater dell'art. 22 del D.Lgs. n. 286 del 1998 che *«nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo di cui al comma 12-bis, è rilasciato dal questore, su proposta o con il parere favorevole del Procuratore della Repubblica, allo straniero che abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro, un permesso di soggiorno»*.

2. La situazione giuridica soggettiva dello straniero richiedente il permesso di soggiorno per motivi umanitari ha **natura di diritto soggettivo**, da annoverarsi fra i diritti umani fondamentali garantiti dagli **artt. 2 della Costituzione e 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo** e, pertanto, non degradabile ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo. All'autorità amministrativa (questore) è richiesto soltanto l'accertamento dei presupposti di fatto legittimanti la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, poiché il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate è riservato al legislatore (v. **Manuale**).

3. Come abbiamo visto, l'**art. 22, comma 12-quater, t.u. immigrazione** (D.Lgs. n. 286 del 1998) stabilisce che il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato dal questore «*su proposta o con il parere favorevole del Procuratore della Repubblica*». In particolare, nel caso in questione, nell'ambito del procedimento amministrativo che conduce al riconoscimento (o al diniego) da parte del questore del permesso di soggiorno del quale si discute, al Procuratore della Repubblica è affidata la valutazione della sussistenza dei requisiti previsti dal legislatore. Questa valutazione, che si traduce nella ricognizione della sussistenza dei presupposti previsti dal legislatore, è tuttavia destinata ad esaurire la propria efficacia all'interno del procedimento amministrativo. Esso, in altri termini, è **atto necessario**, ma solo del procedimento amministrativo che si conclude con la pronuncia del questore ed è atto che si risolve nell'esercizio di una discrezionalità tecnica, ricognitiva della sussistenza dei presupposti determinati dalla legge. Ove la ricognizione dei presupposti dovesse avere risultato positivo, il parere favorevole da parte del Procuratore della Repubblica diventa vincolato.

4. La qualificazione in termini di diritto soggettivo della situazione giuridica fatta valere dal cittadino straniero che si opponga al rigetto della sua richiesta di rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari comporta che la relativa azione debba essere esercitata **davanti al giudice civile ordinario e non davanti al giudice amministrativo** come impugnazione del provvedimento amministrativo di diniego del rilascio del permesso di soggiorno. Del resto, una significativa conferma della giurisdizione del giudice civile ordinario in materia di rilascio dei permessi di soggiorno per motivi umanitari emerge anche dall'**art. 1, comma 3, lett. a)**, del D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132, il quale ha attribuito alle Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea, istituite presso i Tribunali ordinari del luogo ove hanno sede le Corti d'appello dal **D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla L. 13 aprile 2017, n. 46** (v. **Manuale**), la giurisdizione anche nei casi, fra gli altri, di cui all'**art. 22, comma 12-quater**, del D.Lgs. n. 286 del 1998. Intanto l'attribuzione alle Sezioni specializzate si giustifica, in quanto l'oggetto del procedimento assume i connotati propri del diritto soggettivo e non dell'interesse legittimo.

5. Il fatto che il parere del Procuratore della Repubblica, limitato alla ricognizione della sussistenza dei presupposti previsti dal legislatore per il rilascio del richiesto permesso di soggiorno, sia destinato ad esaurire la propria efficacia all'interno del procedimento amministrativo spoglia di qualsiasi rilevanza la mancanza di tale parere ai fini della decisione del giudice civile adito con la domanda giurisdizionale di opposizione al diniego del rilascio del permesso di

soggiorno in questione da parte del questore. Infatti, stante la natura di diritto soggettivo rivestita dalla posizione giuridica del richiedente, nel momento in cui tale situazione giuridica venga esercitata in giudizio davanti al giudice civile ordinario, nasce in capo a questi il **dovere decisorio di verificare** in modo integrale e senza vincolo alcuno alla valutazione svolta in sede amministrativa **la sussistenza o meno dei requisiti per il riconoscimento del permesso di soggiorno**.

La giurisprudenza della Cassazione, peraltro, ha anche avuto occasione di puntualizzare che la stessa nullità del provvedimento amministrativo di diniego della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale è del tutto irrilevante per la decisione del giudice ordinario civile, poiché la natura di diritto soggettivo attribuita al riconoscimento della protezione umanitaria impone che il processo giurisdizionale di cognizione giunga alla decisione sulla spettanza o non del diritto stesso, senza potersi limitare al mero annullamento del diniego amministrativo (v., ad es., Cass., 22 marzo 2017, n. 7385; Cass., 3 settembre 2014, n. 18632).

6. Avverso la sentenza della Corte d'appello, che, respingendo l'appello, ha confermato quanto già stabilito dal giudice di primo grado, e cioè che la giurisdizione per l'opposizione al diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari da parte del questore appartiene al giudice amministrativo, ritenendo che la valutazione richiesta all'Amministrazione (questore) sia discrezionale, è proponibile ricorso per cassazione per i motivi di cui al **n. 1 dell'art. 360 c.p.c.** (v. **Manuale**). Nel caso di specie, infatti, l'affermata erronea interpretazione dell'art. 22, comma 12-*quater*, t.u. immigrazione (D.Lgs. n. 286/1998) da parte del giudice d'appello integra una questione di giurisdizione, la cui decisione spetta, ai sensi dell'**art. 374, 1° comma, c.p.c.**, alle Sezioni Unite della Cassazione (v. **Manuale**).

7. Nel caso esaminato non è proponibile, invece, il regolamento preventivo di giurisdizione di cui all'**art. 41, 1° comma, c.p.c.**, sia perché questo non è un mezzo di impugnazione (v. **Manuale**), sia perché, come stabilisce lo stesso articolo del codice, il regolamento preventivo di giurisdizione è proponibile *«finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado»* (v. **Manuale**).

Riferimenti normativi essenziali

— **art. 24, 1° comma, Cost.:** «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»;

— **art. 103, 1° comma, Cost.:** «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate

Termine estratto capitolo

CASO 1

1 La società s.r.l. X conveniva in giudizio, davanti al Tribunale di Sassari, la società di leasing s.p.a. Y, che aveva comunicato alla società attrice di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa contenuta nel contratto di locazione finanziaria stipulato fra le due società. Nell'atto di citazione la società attrice contestava, in via principale, la sussistenza dei presupposti per l'operatività della clausola risolutiva espressa, sostenendo che l'inadempimento nel quale era incorsa non aveva i caratteri di cui all'art. 1455 c.c. e, in via subordinata, chiedendo l'accertamento della nullità di alcune clausole del contratto.

La società convenuta Y, costituitasi in giudizio il giorno prima dell'udienza di prima comparizione e trattazione, eccepiva, in via pregiudiziale, l'incompetenza territoriale del Tribunale di Sassari, rilevando che l'art. 20 delle condizioni generali del contratto, accettato dall'attrice, prevedeva espressamente la competenza territoriale, in via esclusiva, del Tribunale di Milano per qualsiasi controversia nascente dal contratto. Il Tribunale di Sassari, in sede di prima udienza di comparizione e trattazione, dichiarava d'ufficio la propria incompetenza territoriale a favore del Tribunale di Milano, assegnando alle parti tre mesi per la riassunzione.

Avverso l'ordinanza del Tribunale di Sassari, dichiarativa della propria incompetenza territoriale, la società attrice proponeva regolamento di competenza, ai sensi dell'art. 42 c.p.c., lamentando la violazione degli artt. 28, 29, 38 c.p.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 2 e n. 4, c.p.c. Secondo la ricorrente, infatti, essendosi la convenuta costituita tardivamente, e cioè il giorno prima dell'udienza di prima comparizione, le eccezioni in senso stretto sollevate nell'atto difensivo avrebbero dovuto essere considerate inammissibili anche d'ufficio. Inoltre, il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto rilevabile d'ufficio l'incompetenza territoriale, in quanto l'art. 38, 3° comma, c.p.c. ammette la rilevanza d'ufficio dell'incompetenza territoriale esclusivamente nei casi di cui all'art. 28 c.p.c., tra i quali non rientra quello in esame. A monte della decisione erranea vi sarebbe l'assimilazione del concetto di competenza esclusiva, di cui all'art. 29 c.p.c., che richiede la forma scritta e la previsione dell'esclusività del foro prescelto in deroga, a quella di competenza inderogabile, il quale rappresenta un limite legale, derivante da ragioni di ordine pubblico, alla libertà delle parti.

La Cassazione ha accolto il regolamento proposto, rilevando che il foro convenzionale stabilito dalle parti, per giurisprudenza consolidata, dà vita ad una ipotesi di competenza derogata, ma non inderogabile, anche quando sia stato definito come esclusivo. E dunque che non vi erano i presupposti perché il giudice rilevasse d'ufficio l'eccezione di incompetenza territoriale. La Corte, di conseguenza, ha dichiarato la competenza del Tribunale di Sassari.

(Cass., sez. VI, 25 gennaio 2022, n. 2120)

Questioni giuridiche rilevanti

1. La società convenuta, essendosi costituita il giorno prima della prima

udienza di comparizione e trattazione, di cui all'art. 183 c.p.c., era ancora in termini per sollevare l'eccezione di incompetenza territoriale del Tribunale di Sassari?

2. In sede di prima udienza di comparizione e trattazione il Tribunale di Sassari poteva rilevare d'ufficio la propria incompetenza territoriale, ai sensi dell'art. 38, 3° comma, c.p.c.?

3. Può la competenza territoriale del giudice, come determinata dagli artt. 18 e ss. c.p.c., essere sempre derogata dalle parti?

4. Quali sono i requisiti che sono richiesti per la validità dell'accordo di deroga convenzionale alla competenza territoriale del giudice?

5. Che natura ha, dal punto di vista processuale, l'accordo con il quale le parti del processo hanno fissato convenzionalmente la competenza territoriale del giudice?

6. Nel caso di competenza territoriale fissata con accordo fra le parti, quest'indicazione ha automaticamente valore di foro esclusivo per le parti?

7. Che differenza c'è fra foro esclusivo, convenzionalmente pattuito fra le parti, ai sensi dell'art. 29 c.p.c., e foro territoriale inderogabile, ai sensi dell'art. 28 c.p.c.?

8. Laddove le parti abbiano concordato che il foro pattiziamente individuato per la competenza territoriale abbia natura esclusiva, ciò comporta anche che esso sia da considerare inderogabile?

9. È corretta, nel caso esaminato, la proposizione del regolamento necessario di competenza, di cui all'art. 42 c.p.c., avverso l'ordinanza con la quale il Tribunale di Sassari ha dichiarato la propria incompetenza, richiamando la clausola contrattuale che stabiliva la competenza esclusiva del Tribunale di Milano, o erano proponibili altri rimedi impugnatori (ad es., l'appello)?

Definizione delle questioni giuridiche rilevanti

1. Ai sensi dell'art. 167, 2° comma, c.p.c., nella comparsa di risposta, depositata nei termini di cui all'art. 166 (almeno 70 giorni prima dell'udienza di prima comparizione di cui all'art. 183, fissata nell'atto di citazione: così dopo le modifiche introdotte dal D.lgs. n. 149 del 2022), il convenuto **«a pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio»**. Ciò sta a significare che, dopo tale termine, è precluso al convenuto non solo proporre domande riconvenzionali, ma anche sollevare eccezioni processuali e di merito rilevabili solo ad istanza di parte (v. **Manuale**). A conferma di ciò, peraltro, soccorre anche l'art. 171, 2° comma, c.p.c., a tenore del quale «se una delle parti si è costituita entro il termine rispettivamente a lei assegnato, l'altra parte può costituirsi

successivamente, **ma restano ferme per il convenuto le decadenze di cui all'articolo 167»** (v. **Manuale**).

L'eccezione di incompetenza territoriale del giudice adito rientra nel novero delle eccezioni processuali rilevabili solo ad istanza di parte nella comparsa di risposta depositata nei termini di cui all'art. 166. Infatti, stabilisce l'art. 38, 1° comma, c.p.c. che **«l'incompetenza per materia, quella per valore e quella per territorio sono eccepite, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta, tempestivamente depositata»**. Aggiunge il 3° comma dello stesso art. 38 che solo **«l'incompetenza per materia, quella per valore e quella per territorio nei casi previsti dall'articolo 28 sono rilevate d'ufficio non oltre l'udienza di cui all'articolo 183»**. Ne deriva che, al di fuori dei casi eccezionali espressamente indicati dall'art. 28 c.p.c., l'eccezione di incompetenza territoriale del giudice adito è rilevabile solo ad istanza di parte e, a pena di decadenza, con la comparsa di risposta tempestivamente depositata nei termini di cui all'art. 166 (v. **Manuale**).

Nel caso esaminato, invece, la società convenuta si era costituita il giorno prima dell'udienza di prima comparizione e trattazione, di cui all'art. 183, e dunque tardivamente, ossia oltre i termini stabiliti per la costituzione tempestiva del convenuto dall'art. 166. Non aveva più la possibilità, perciò, di sollevare l'eccezione di incompetenza territoriale del Tribunale di Sassari, adito dalla società attrice.

2. Come abbiamo visto *sub* 1., ai sensi dell'art. 38, 3° comma, solo **«l'incompetenza per materia, quella per valore e quella per territorio nei casi previsti dall'articolo 28 sono rilevate d'ufficio non oltre l'udienza di cui all'articolo 183»**. Al di fuori di queste ipotesi, invece, il giudice è privo del potere di rilevare d'ufficio la propria incompetenza, sia pure entro la prima udienza di comparizione e trattazione di cui all'art. 183.

La fattispecie di incompetenza territoriale affrontata dal caso in esame non rientra fra le ipotesi nelle quali, ai sensi del richiamato 3° comma dell'art. 38, il giudice può d'ufficio rilevare la propria incompetenza territoriale (**Manuale**). Infatti, le uniche ipotesi di incompetenza territoriale rilevabili d'ufficio sono quelle eccezionali di cui all'art. 28. E cioè le stesse ipotesi per le quali non è consentita la **proroga** (tacita) o la **deroga** (espressa) della competenza territoriale (v. **Manuale**): **le cause previste nei nn. 1, 2, 3 e 5 dell'articolo 70; le esecuzioni forzate; le opposizioni all'esecuzione forzata; i procedimenti cautelari; i procedimenti possessori; i procedimenti in camera di consiglio; i casi di inderogabilità prevista espressamente dalla legge** (ad es., art. 413 c.p.c.) (v. **Manuale**).

In conclusione, nel caso esaminato il Tribunale di Sassari in sede di prima udienza di comparizione e trattazione *ex* art. 183 c.p.c. non poteva rilevare

d'ufficio la propria incompetenza territoriale, non rientrando, la fattispecie, in alcuna delle ipotesi espressamente stabilite dall'art. 28 e richiamate dal 3° comma dell'art. 183.

3. Per **deroga alla competenza territoriale del giudice**, come determinata dagli artt. 18 e ss. c.p.c., si intende che un determinato giudice, che sarebbe stato incompetente in base alle regole stabilite dagli artt. 18 e ss., diviene competente per effetto di un accordo fra le parti (v. **Manuale**). Infatti, ai sensi dell'art. 28 c.p.c. «**la competenza per territorio può essere derogata per accordo delle parti**». Ciò, però, ad esclusione delle ipotesi in cui, per espressa previsione dello stesso legislatore, la derogabilità sia esclusa, ossia le cause in cui è obbligatorio l'intervento del P.M. (nn. 1, 2, 3 e 5 dell'art. 70), i processi di esecuzione forzata e le opposizioni all'esecuzione forzata (opposizione all'esecuzione, opposizione agli atti esecutivi, opposizione di terzo all'esecuzione), i procedimenti cautelari, quelli possessori, i procedimenti in camera di consiglio e i casi di inderogabilità prevista espressamente dalla legge (v. **Manuale**).

4. **L'art. 29 c.p.c.** stabilisce le modalità attraverso le quali stipulare l'accordo derogatorio della competenza territoriale, nei limiti ammessi dall'art. 28. Esso prevede, infatti, che l'accordo fra le parti per la deroga della competenza territoriale «**deve riferirsi ad uno o più affari determinati e risultare da atto scritto**». I due requisiti devono ricorrere a pena di nullità dell'accordo stesso (v. **Manuale**).

Quando poi l'accordo sia contenuto in una clausola contrattuale inserita all'interno di un contratto più ampio, ai sensi dell'art. 1341, 2° comma, c.c. essa va **specificamente approvata per iscritto, pena l'inefficacia della stessa clausola**. In questo caso la sottoscrizione non deve essere generica, ma specificamente riferita alla clausola derogativa della competenza del giudice (v., ad es., Cass., 10 febbraio 2005, n. 2719).

5. Dal punto di vista processuale, l'accordo con il quale le parti del processo hanno fissato convenzionalmente la competenza territoriale del giudice, derogando alla competenza territoriale determinata dall'applicazione degli artt. 18 e ss. c.p.c. è da assimilare ad un vero e proprio **negozio giuridico di diritto privato, sia pure con effetti processuali** (v., ad es., Cass., 15 luglio 2013, n. 17334). Questo implica che, se l'accordo dovesse essere raggiunto fuori dal processo, gli effetti di eventuali vizi della volontà sono regolati dagli artt. 1427 e ss. c.c. e comunque l'accordo non può produrre effetti nei confronti di terzi.

6. Nel caso di competenza territoriale fissata con accordo fra le parti, quest'indicazione non ha automaticamente valore di **foro esclusivo** per le parti, ossia di unico foro utilizzabile dalle parti per l'instaurazione della causa. Ai sensi dello stesso art. 29 c.p.c. «**l'accordo non ha valore di foro esclusivo della competenza**» (non

Termine estratto capitolo

CASO 1

Tizio agiva in giudizio davanti al Tribunale di Roma, avanzando domanda di accertamento e dichiarazione di autenticità di un'opera artistica, da lui acquistata, nonché l'attribuzione dell'opera ad un famoso scultore. Citava in giudizio, perciò, la Fondazione allo scultore intitolata, perché venisse condannata a rilasciare una dichiarazione di autenticità dell'opera in questione e ad inserire la stessa nel catalogo generale.

La Fondazione convenuta si costituiva in giudizio e chiedeva il rigetto della domanda presentata dall'attore per carenza di interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c., in quanto l'accertamento dell'autenticità dell'opera d'arte in questione non costituisce un diritto, mentre l'azione di accertamento è proponibile solo in presenza di un presunto diritto contestato. In subordine, chiedeva il rigetto nel merito della domanda proposta, sostenendo che l'opera in questione era una mera riproduzione di un'altra opera già presente nell'archivio e nel catalogo dello scultore in questione.

Disposta la consulenza tecnica d'ufficio, il Tribunale adito aveva respinto l'eccezione di difetto di interesse ad agire avanzata dalla Fondazione convenuta, ritenendo che nel caso di specie vi fosse un diritto a ottenere l'accertamento dell'autenticità dell'opera d'arte, e rigettato la domanda proposta dall'attore perché infondata nel merito.

Veniva proposto appello dalla parte soccombente, la quale sosteneva che il giudice di primo grado non avesse tenuto in debita considerazione la firma apposta sull'opera come elemento determinante per la decisione e che avesse errato nella valutazione delle prove e nella motivazione della decisione per essersi limitato a rinviare alle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio. Si costituiva in giudizio la Fondazione, che proponeva appello incidentale rispetto al rigetto dell'eccezione di difetto di interesse ad agire proposta in primo grado e, in subordine, chiedeva la conferma della sentenza di primo grado e il rigetto dell'appello principale per infondatezza.

La Corte d'appello di Roma respingeva sia l'appello principale che quello incidentale. Con riferimento all'appello incidentale avanzato dalla Fondazione, la Corte d'appello rilevava che, sebbene sia fondato ai sensi dell'art. 100 c.p.c. che la domanda giudiziale di accertamento, per poter essere ammissibile, deve avere ad oggetto un diritto contestato e non una situazione meramente fattuale, nel caso di specie l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse ad agire fosse infondata (al pari dell'appello incidentale proposto avverso la decisione di rigetto dell'eccezione) dal momento che l'accertamento dell'autenticità dell'opera non costituisce un mero fatto ma un elemento determinante, in quanto funzionale a tutelare il diritto oggetto di contestazione. Infatti, la contestazione dell'autenticità della scultura in questione da parte della Fondazione era in grado di arrecare all'attore un pregiudizio all'esercizio del suo presunto diritto, in qualità di proprietario dell'opera d'arte, di disporre pienamente e liberamente del bene in oggetto. Avverso la sentenza della Corte d'appello proponeva ricorso Tizio, chiedendo la cassazione della sentenza impugnata sulla base di quattro diversi motivi. Resisteva in giudizio la Fondazione con controricorso e proponeva anche ricorso incidentale, articolato anch'esso in quattro motivi, fra i quali quello di violazione e falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c. in relazione all'art. 360, 1° comma, n. 3 c.p.c. A tal proposito la ricorrente incidentale

si doleva del fatto che né il giudice di primo grado, né quello d'appello avesse accolto l'eccezione di difetto di interesse agire, visto che la domanda di accertamento in questione riguardava l'accertamento di un mero fatto, mentre secondo la giurisprudenza costituzionale e di legittimità non sono proponibili azioni di mero accertamento di fatti anche se giuridicamente rilevanti e costituenti elementi frazionari di una più complessa fattispecie costitutiva del diritto.

La Corte di cassazione, accogliendo il ricorso incidentale, dichiarava l'azione di accertamento proposta radicalmente inammissibile in quanto avente ad oggetto l'accertamento di fatti meramente storici, mentre l'azione di mero accertamento, salvo i casi eccezionalmente previsti dalla legge, non può avere ad oggetto una mera situazione di fatto, ma deve tendere all'accertamento di un diritto che sia già sorto, in presenza di un pregiudizio attuale e non meramente potenziale. Di conseguenza, per questa parte cassava senza rinvio la sentenza impugnata.

(Cass., sez. I, 30 novembre 2017, n. 28821)

Questioni giuridiche rilevanti

1. Come si definisce l'interesse ad agire dal punto di vista processuale?
2. Da cosa è dato l'interesse ad agire in caso di azione di mero accertamento?
3. Può un fatto, giuridicamente rilevante, essere oggetto di azione di accertamento?
4. Quali conseguenze determina la mancanza di interesse ad agire in capo all'attore?
5. È sanabile nel corso del processo il vizio di mancanza dell'interesse ad agire nel momento in cui viene esercitata l'azione?
6. Se il vizio di difetto di interesse ad agire non è sanato durante il processo fino a quando la sua mancanza è rilevabile?
7. Il difetto di interesse ad agire è rilevabile anche d'ufficio dal giudice e, se sì, fino a quale momento?
8. Potrebbe l'interesse ad agire, presente nel momento in cui la domanda giudiziale è formulata, venir meno nel corso del processo?

Definizione delle questioni giuridiche rilevanti

1. Ai sensi dell'**art. 100 c.p.c.**, per proporre domanda in giudizio o per contraddire alla stessa è **necessario avervi interesse**. Per come individuato dall'art. 100 l'interesse ad agire (o a contraddire) costituisce — insieme alla possibilità giuridica e alla legittimazione ad agire — **una delle tre condizioni dell'azione** (v. **Manuale**), intendendo con tale denominazione i requisiti che devono accompagnare l'esercizio dell'azione giudiziale perché essa possa essere presa in considerazione dal giudice ai fini della decisione nel merito.

Generalmente l'interesse ad agire si identifica nell'affermazione del soggetto che esercita la domanda giudiziale del **bisogno di tutela giurisdizionale** o, per meglio dire, del bisogno della tutela giurisdizionale richiesta proprio attraverso la formulazione della domanda giudiziale. In realtà, il richiamo alla necessaria sussistenza di questa condizione dell'azione si ha già nell'**art. 24, 1° comma, Cost.**, laddove si afferma che «tutti possono agire in giudizio per la *tutela* dei propri diritti e interessi legittimi», e dunque che il diritto d'azione è strettamente collegato al bisogno di tutela giurisdizionale di un proprio diritto (v. **Manuale**).

È per questa ragione che, nell'esercitare la domanda giudiziale, l'attore non può limitarsi ad allegare (e provare) i soli fatti costitutivi del diritto preteso, ma anche i fatti che hanno generato la lesione di tale diritto. «Interesse» del soggetto, dunque, non ad ottenere un determinato bene, con riferimento al quale si afferma l'esistenza di un diritto sostanziale che ne legittima la pretesa, ma interesse ad ottenere la pronuncia richiesta al giudice per poter conseguire un determinato bene materiale e, di conseguenza, la tutela del diritto sostanziale su tale bene (v. **Manuale**).

Si può affermare, dunque, che, dal punto di vista processuale, l'interesse ad agire è configurato dall'**afferмата lesione di un diritto sostanziale**, del quale chi agisce in giudizio si afferma al tempo stesso titolare, e, in conseguenza di ciò, dal bisogno di ottenere dal giudice la pronuncia della decisione richiesta. Stante la stretta correlazione fra affermazione, da parte di chi avanza la domanda giudiziale, dell'esistenza di un proprio diritto, della sua lesione e del bisogno di ottenere tutela mediante il provvedimento richiesto, l'interesse ad agire assume caratteristiche diverse a seconda che l'azione di cognizione sia di **mero accertamento (positivo o negativo), di condanna o costitutiva (necessaria o non necessaria)** (v. **Manuale**).

2. Con specifico riferimento all'azione di mero accertamento positivo, l'interesse ad agire è dato dall'**afferмата contestazione della sussistenza del diritto di cui l'attore si afferma titolare**. È la sussistenza di una situazione di incertezza in relazione ad un determinato diritto soggettivo che fa sorgere in capo all'attore il bisogno di tutela giurisdizionale attraverso l'esercizio dell'azione di mero accertamento positivo e quindi l'interesse ad agire. Da ciò si ricava agevolmente che, perché si possa correttamente configurare l'interesse ad agire in giudizio con l'esercizio dell'azione di mero accertamento, è necessario che la contestazione nei confronti della quale ci si intenda tutelare in giudizio debba essere rivolta ad un diritto soggettivo (v. **Manuale**). Ciò a differenza, invece, dell'interesse ad agire alla base dell'azione di mero accertamento negativo, il quale generalmente viene configurato dal **vanto di un proprio diritto inesistente che un soggetto abbia avanzato nei confronti di chi agisce in**

giudizio. In questo caso, attraverso l'esercizio dell'azione di mero accertamento negativo l'attore mira ad ottenere la tutela del proprio diritto chiedendo al giudice che accerti l'inesistenza del diritto vantato dal convenuto e neutralizzi, così, la lesione (v. **Manuale**).

3. È opinione assolutamente pacifica che l'azione di mero accertamento (positivo o negativo) debba avere ad oggetto **l'accertamento (positivo o negativo) di un diritto soggettivo attuale e non possa riguardare, invece, una mera situazione fattuale** (v. **Manuale**). Ciò per l'ovvia ragione che soltanto la lesione di un diritto soggettivo legittima la parte ad agire in giudizio per ottenere la tutela giurisdizionale voluta.

In particolare, la giurisprudenza della Cassazione ha affermato che l'interesse ad agire richiede non solo l'accertamento di una situazione giuridica, ma anche che la parte prospetti l'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice, poiché il processo non può essere utilizzato solo in previsione di possibili effetti futuri pregiudizievoli per la parte, senza che sia precisato il risultato utile e concreto che essa intenda in tal modo conseguire (v. **Manuale**).

E dunque, che non sono proponibili **azioni autonome di mero accertamento di fatti giuridicamente rilevanti** che costituiscano solo elementi frazionari della fattispecie costitutiva di un diritto, il quale può costituire oggetto di accertamento giudiziario solo nella sua interezza (v., fra le molte, Cass., 14 febbraio 2022, n. 4729; Cass., 24 gennaio 2019, n. 2057; Cass., 4 maggio 2012, n. 6749).

4. La mancanza di interesse ad agire integra **un vizio processuale** particolarmente grave, in quanto fa mergere l'assenza di una delle condizioni dell'azione. Una volta rilevato, perciò, tale vizio — come sempre accade quando si tratti di mancanza di una delle condizioni dell'azione — impedisce che il giudice possa pronunciarsi nel merito della domanda giudiziale proposta e gli impone, invece, di chiudere il processo con una pronuncia in rito (v. **Manuale**). Se, pur rilevato il difetto di interesse ad agire, il giudice dovesse comunque procedere con la pronuncia nel merito, pronuncierebbe una sentenza che non potrebbe pronunciare e dunque suscettibile di essere impugnata sia in appello, sia in sede di ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 4, c.p.c.

5. Configurandosi come condizione dell'azione, **l'interesse ad agire deve sussistere nel momento in cui il giudice è chiamato a pronunciarsi nel merito della domanda giudiziale proposta.** Di conseguenza, si ritiene che, sebbene assente nel momento in cui la domanda giudiziale è stata avanzata, potrebbe comunque sopraggiungere durante lo svolgimento del processo, purché comunque prima della decisione del giudice. Ciò significa che non può escludersi la sopravvenienza dell'interesse ad agire dopo la proposizione della

Termine estratto capitolo

LEGITTIMAZIONE AD AGIRE

CASO 1

La società X s.n.c., in persona del suo legale rappresentante Tizio, con atto di citazione, regolarmente notificato a Caio, conveniva in giudizio quest'ultimo davanti al Tribunale di Sassari, esponendo che, con contratto del 15 ottobre 2009 Tizio aveva promesso di vendere a Caio un seminterrato situato a Sassari e che l'acquirente aveva versato la sola caparra e non aveva versato, invece, né l'acconto entro il termine pattuito, né il saldo finale. Assumendo che Caio si era reso inadempiente, la società X s.n.c. chiedeva che venisse dichiarato legittimo il recesso dalla stessa esercitato per grave inadempimento contrattuale del convenuto e, per l'effetto, che venisse dichiarato che la società attrice era legittimata a trattenere la caparra ricevuta; domandava, inoltre, che il convenuto Caio venisse condannato all'immediato rilascio dell'immobile ed al pagamento di un indennizzo per l'occupazione e il godimento del bene.

Si costituiva in giudizio Caio, premettendo che Tizio, in occasione del contratto, aveva la veste di amministratore e legale rappresentante della società attrice. Nel merito, il convenuto rilevava, anzitutto, che il contratto stipulato non era affatto una promessa di vendita, ma una vendita vera e propria, con effetti reali immediati *inter partes*. Deduceva, inoltre, che la mancata formalizzazione del contratto era da attribuire alla parte venditrice, atteso che il bene non era un seminterrato ma una cantina priva del certificato di abitabilità. Inoltre, rimarcato il proprio interesse a che venisse riconosciuta la sua proprietà dell'immobile, riequilibrando peraltro il prezzo, nell'ipotesi che il bene fosse qualificato come cantina, Caio proponeva domanda riconvenzionale, concludendo perché venisse accertato che egli era proprietario dell'immobile, ovvero in via subordinata perché venisse pronunciata sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., previa riduzione del prezzo, da adeguare al valore di mercato del bene venduto. In via sussidiaria, e per l'ipotesi di accoglimento della domanda principale, domandava la restituzione di quanto versato a Tizio, con i danni.

Il Tribunale di Sassari accoglieva la domanda principale per quanto di ragione e dichiarava legittimo il recesso di parte attrice e per l'effetto dichiarava legittima la ritenzione della caparra.

Avverso detta sentenza proponevano appello in via principale Caio e appello in via incidentale la società X s.n.c. L'appellante in via principale sosteneva che il Tribunale aveva valutato in maniera erronea il materiale probatorio acquisito e, di conseguenza, che aveva errato a dichiarare la legittimità del recesso. La società appellante in via incidentale lamentava, invece, la qualificazione di contratto definitivo data dal Tribunale al compromesso di vendita, trattandosi, invero, di un preliminare. La Corte d'appello di Cagliari, in riforma della impugnata pronuncia, dichiarava il difetto di legittimazione attiva della società X s.n.c. nei confronti di Caio. Nell'esaminare preliminarmente il primo motivo dell'appello incidentale della società, la Corte d'appello qualificava come contratto preliminare la pattuizione intervenuta tra le parti, giudicando errata l'affermazione del Tribunale. Una volta stabilito che si trattava di un contratto preliminare, la Corte d'appello ha osservato, rilevando d'ufficio la relativa questione, che nessuna legittimazione aveva la società X s.n.c. ad agire nei confronti di Caio: ciò in quanto nel

preliminare colui che aveva promesso in vendita il bene era la persona fisica di Tizio, il quale nessun riferimento aveva compiuto alla società X s.n.c., laddove, trattandosi di un preliminare di vendita di bene immobile, l'agire quale rappresentante di una società avrebbe dovuto risultare dal medesimo atto scritto.

Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello di Cagliari proponeva ricorso la società X s.n.c., la quale rilevava che, siccome l'individuazione della parte promittente venditrice nella società X s.n.c. aveva costituito oggetto di dibattito processuale e di deliberazione, sia esplicita che implicita, da parte del Tribunale e siccome Caio, con l'atto di appello, non aveva messo minimamente in discussione tale aspetto, prestando acquiescenza alla parte della sentenza che indicava la società nominata quale parte promittente venditrice, si sarebbe formato il giudicato interno sulla qualità di amministratore e legale rappresentante della società X s.n.c. rivestita da Tizio nel firmare il contratto.

La Corte di cassazione accoglieva il ricorso proposto rilevando che, sebbene la carenza di titolarità del rapporto controverso e dunque della legittimazione ad agire sia rilevabile d'ufficio dal giudice anche in sede di gravame, tale rilievo ufficioso in sede d'appello è da escludere quando si sia formato il giudicato interno sulla relativa questione. Di conseguenza, decidendo nel caso in esame, la Corte ha ritenuto che, per effetto della sentenza di primo grado (non impugnata dall'acquirente soccombente sotto il profilo del difetto di titolarità in capo alla società dei diritti nascenti dal contratto), si era formato il giudicato interno sulla diretta produzione degli effetti del contratto concluso da Tizio in capo alla società X s.n.c. Cassava, dunque la sentenza della Corte d'appello di Cagliari, rinviando alla stessa Corte d'appello perché decidesse in diversa composizione in applicazione del principio affermato dalla Corte di cassazione.

(Cass., sez. II, 26 gennaio 2021, n. 1617).

Questioni giuridiche rilevanti

1. Come si configura la legittimazione ad agire?
2. In cosa consiste la differenza fra legittimazione ad agire e titolarità del diritto oggetto del giudizio?
3. Quali conseguenze determina nel processo il difetto di legittimazione ad agire?
4. Il rilievo del difetto della legittimazione ad agire si configura come eccezione di rito o come mera difesa?
5. Entro quale termine è rilevabile dalla parte il difetto di legittimazione ad agire nel corso del giudizio di primo grado?
6. Può essere rilevato anche d'ufficio e anche in sede di impugnazione, il difetto di legittimazione ad agire?
7. Quali conseguenze determina il rilievo d'ufficio del difetto di legittimazione ad agire in sede di ricorso per cassazione?
8. Che cos'è il giudicato interno e quando si produce?

Definizione delle questioni giuridiche rilevanti

1) La legittimazione ad agire rappresenta — insieme all'interesse ad agire e alla possibilità giuridica — **una condizione dell'azione**, la cui definizione si ricava direttamente dall'**art. 81 c.p.c.**, in base al quale, fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui (v. **Manuale**). Ne deriva che la domanda proposta non può neanche essere esaminata nel merito se chi l'ha proposta non si sia anche affermato titolare del diritto per la cui tutela detta domanda è stata proposta (v., ad es., Cass., 28 ottobre 2015, n. 21925; Cass., 6 marzo 2008, n. 6132; Cass., 29 aprile 1998, n. 4364). Lo stesso art. 81 c.p.c., peraltro, **in via del tutto eccezionale**, ammette la c.d. **legittimazione straordinaria o sostituzione processuale**, ossia la possibilità che, **nei casi espressamente indicati dallo stesso legislatore**, un soggetto (il legittimato straordinario o sostituto processuale) può far valere nel processo in nome proprio un diritto di cui non è titolare, ma anzi di cui è titolare un altro soggetto (legittimato ordinario o sostituto processuale). Di conseguenza, mentre il legittimato straordinario o sostituto processuale è la **parte in senso processuale**, perché è colui che compie gli atti processuali e nei confronti del quale gli atti vengono compiuti dalla controparte, **parte in senso sostanziale** è il legittimato ordinario o sostituto processuale in quanto a lui andranno imputati gli effetti di merito della sentenza con cui il giudice chiude il giudizio, in quanto è lui il titolare del diritto controverso oggetto del processo (v. **Manuale**).

In quanto tale, la legittimazione ad agire **va tenuta distinta dalla capacità processuale o *legitmatio ad processum***, individuata dall'art. 75 c.p.c. come la capacità della parte di compiere gli atti processuali e coincidente con la capacità di agire. In caso di parte priva della capacità processuale (ad es., minore o interdetto), infatti, agisce in giudizio il suo rappresentante legale, ma in nome e per conto del rappresentato (v. **Manuale**).

2) Trattandosi di condizione dell'azione, la sussistenza della legittimazione ad agire è riscontrabile **sulla base del mero criterio dell'affermazione**, secondo cui è sufficiente che, all'interno della domanda, l'attore e il convenuto siano rispettivamente affermati titolari del diritto e dell'obbligo dedotti in giudizio, mentre non è rilevante che ne siano effettivamente titolari, essendo questa una questione attinente al merito della causa. Tale distinzione spiega perché, in caso di difetto di legittimazione ad agire, il processo si debba chiudere con una **pronuncia di rigetto in rito**, mentre in caso di accertata mancanza di titolarità della situazione giuridica dedotta in giudizio la domanda dev'essere rigettata nel merito (v., ad es., Cass., 7 dicembre 2000, n. 15537; Cass., 1° agosto 2000, n. 10042) (v. **Manuale**).

La distinzione è stata chiarita anche dalle Sezioni Unite della Cassazione (**Cass., sez. un., 16 febbraio 2016, n. 2951**), le quali hanno precisato che: *a*) la legittimazione ad agire attiene al diritto di azione, che spetta a chiunque faccia valere in giudizio un diritto affermando di esserne titolare; *b*) invece, la titolarità della posizione soggettiva vantata in giudizio attiene al merito della causa. Sulla scorta di tale distinzione, le Sezioni unite hanno poi affermato che «la titolarità della posizione soggettiva, attiva o passiva, vantata in giudizio è un elemento costitutivo della domanda e attiene al merito della decisione, sicché spetta all'attore allegarla e provarla, salvo il riconoscimento, o lo svolgimento di difese incompatibili con la negazione, da parte del convenuto». Ben può accadere, quindi, che, all'esito del processo, si accerti che la parte non era titolare del diritto che aveva prospettato come suo, ma ciò riguarda il merito della controversia e non esclude la legittimazione a promuovere un processo. In questo caso, l'attore perderà la causa, ma aveva diritto di intentarla. Occorre, in definitiva, distinguere tra il caso in cui un soggetto faccia valere in giudizio un diritto altrui in nome proprio, ed allora è violato l'art. 81 c.p.c., dal caso in cui il soggetto abbia fatto valere in giudizio come proprio un diritto spettante invece ad altro soggetto, ed allora la decisione è di merito (v. **Manuale**).

3) Il difetto di legittimazione ad agire, al pari del difetto delle altre condizioni dell'azione, comporta che il giudice non può entrare nel merito della domanda proposta e deve, invece, limitarsi a pronunciare una sentenza in rito che rilevi il vizio processuale in questione (v. **Manuale**). In altri termini, l'assenza della condizione dell'azione denominata legittimazione ad agire costituisce un ostacolo per il giudice ad esaminare nel merito la domanda proposta e, se rilevata dalla controparte o d'ufficio dal giudice, **costituisce una questione pregiudiziale di rito ai sensi dell'art. 187, 3° comma, c.p.c.**, idonea, cioè, a portare immediatamente alla decisione della causa, in considerazione del fatto che la presenza di un simile vizio processuale rende inutile la trattazione nel merito della controversia (v. **Manuale**).

4) Con riguardo al regime giuridico delle **contestazioni che il convenuto può sollevare in ordine alla sussistenza della titolarità** del rapporto controverso dedotto dall'attore, le stesse Sezioni unite della Cassazione le hanno qualificate quali **mere difese e non vere e proprie eccezioni** (Cass., sez. un., 16 febbraio 2016, n. 2951). Le Sezioni unite, infatti, hanno rilevato che la difesa con la quale il convenuto si limiti a dedurre, ed eventualmente argomentare (senza contrapporre e chiedere di provare fatti modificativi, impeditivi o estintivi), che l'attore non è titolare del diritto azionato, è una mera difesa e, come tale, non sottoposta al regime delle preclusioni proprio delle eccezioni. Non è, invece, un'eccezione, come invece è la contestazione che si fonda su fatti modificativi, impeditivi o

Termine estratto capitolo

POSSIBILITÀ GIURIDICA

CASO 1

Tizio conveniva in giudizio Caio e Sempronio, quali eredi di Mevia, esponendo che aveva stipulato con quest'ultima un contratto preliminare in virtù del quale quest'ultima si era impegnata a vendergli un immobile per il prezzo di 500.000 euro, di cui 100.000 versati in contanti al momento della stipulazione del preliminare a titolo di acconto del prezzo e di caparra confirmatoria. Deduceva Tizio che, tuttavia, Mevia non aveva adempiuto agli obblighi assunti con il contratto preliminare e anzi aveva locato a terzi l'immobile in oggetto. L'attore chiedeva, dunque, al Tribunale di Catania che gli fosse trasferito in proprietà, *ex art. 2932 c.c.*, l'immobile oggetto del preliminare con disposizione di immissione in possesso e con condanna dei convenuti alla restituzione dei frutti relativi al detto bene. Si costituivano i convenuti Caio e Sempronio, che chiedevano il rigetto delle domande attoree e, in via riconvenzionale, la pronuncia di risoluzione del contratto preliminare per inadempimento di Tizio.

Il Tribunale di Catania rigettava le domande sia dell'attore che dei convenuti e avverso tale pronuncia proponevano appello principale Tizio e appello incidentale Caio e Sempronio, davanti alla Corte d'appello di Catania, che accoglieva parzialmente l'appello principale relativo alla domanda proposta *ex art. 2932 c.c.*, disponendo il trasferimento della proprietà dell'immobile oggetto del contratto preliminare, e rigettava integralmente l'appello incidentale.

Proponevano ricorso per cassazione Caio e Sempronio e ricorso incidentale Tizio e la trattazione veniva rimessa alle Sezioni Unite dal Primo Presidente della Cassazione in quanto riteneva questione di particolare importanza la questione, posta dal ricorso principale, relativa al valore da attribuire, nell'ambito del giudizio di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di compravendita immobiliare *ex art. 2932 c.c.*, alla sussistenza di regolarità urbanistica dell'immobile di cui all'*art. 40 della l. n. 47 del 1985*. Nel proporre il ricorso principale per cassazione, infatti, i ricorrenti avevano contestato la decisione della Corte d'appello che aveva ritenuto valida e tempestiva, ai fini della dimostrazione della regolarità urbanistica dell'immobile ai sensi della *l. n. 47 del 1985* e della rimozione dell'impedimento alla trasmissione del bene immobile in questione, la dichiarazione giurata prodotta in appello da Tizio e sulla base di ciò aveva pronunciato la sentenza di trasferimento della proprietà sull'immobile *ex art. 2932 c.c.* Secondo i ricorrenti i giudici d'appello avevano errato in quanto la dichiarazione *de qua* costituiva un requisito essenziale dell'atto di trasferimento e quindi della sentenza *ex art. 2932 c.c.*, sicché la sua produzione tardiva in appello non costituiva una prova documentale nuova, ma, integrando un presupposto necessario per la validità dell'atto di trasferimento, determinava una domanda nuova rispetto a quella formulata in primo grado, inammissibile ai sensi dell'*art. 345 c.p.c.*

Le Sezioni Unite della Cassazione, nel rigettare il ricorso proposto, osservavano che la sussistenza della dichiarazione in parola non costituiva un presupposto della domanda, ma una condizione dell'azione integrante la possibilità giuridica di agire ai sensi dell'*art. 2932 c.c.* per ottenere la sentenza (di natura costitutiva) sostitutiva del contratto preliminare, rimasto inadempito, che abbia ad oggetto il trasferimento della proprietà di un

immobile. Di conseguenza, essa può intervenire anche in corso di causa, essendo un requisito di fondatezza nel merito della domanda che è necessario che sussista nel momento in cui viene pronunciata la decisione di merito.

(Cass., sez. un., 11 novembre 2009, n. 23825)

Questioni giuridiche rilevanti

- 1) Che cosa si intende per possibilità giuridica come condizione dell'azione?
- 2) In che cosa la possibilità giuridica si differenzia dalle altre due condizioni dell'azione (interesse ad agire e legittimazione ad agire)?
- 3) Quali conseguenze processuali determina la mancanza di possibilità giuridica?
- 4) È la possibilità giuridica un requisito rilevabile solo ad istanza di parte o anche d'ufficio?
- 5) L'assenza di possibilità giuridica può essere rilevata per la prima volta nel giudizio di cassazione?
- 6) Può la mancanza di possibilità giuridica essere assimilata al difetto di giurisdizione e consentire la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione di cui all'art. 41 c.p.c.?
- 7) Se il difetto di possibilità giuridica dovesse essere rilevato in sede di impugnazione quali conseguenze determinerebbe per il processo?

Definizione delle questioni giuridiche rilevanti

1) La **possibilità giuridica** della domanda giudiziale proposta individua la terza **condizione dell'azione** accanto all'interesse ad agire e alla legittimazione ad agire (v. **Manuale**). Con essa ci si riferisce all'ipotetica accoglibilità nel merito della domanda giudiziale che è stata avanzata dall'attore (o dal convenuto in via riconvenzionale). La configurazione di tale condizione dell'azione serve ad evidenziare che — quanto meno a livello di affermazione — la situazione giuridica, oggetto della domanda, sia una situazione idonea, per la sua natura e per le sue caratteristiche, ad essere tutelata in sede giurisdizionale. Questo impone a colui che proponga la domanda giudiziale di individuare le norme con riferimento alle quali, quanto meno in astratto, quella situazione sia configurabile come situazione giuridica tutelata dall'ordinamento. Se si vuole è lo stesso **art. 24, 1° comma, Cost.** a presupporre implicitamente la possibilità giuridica come condizione per esercitare correttamente l'azione giudiziale nel momento in cui, riconoscendo in via generalizzata il diritto di azione, ne subordina l'esercizio all'affermazione che ciò serva a tutelare «propri diritti o interessi legittimi»,

ossia situazioni soggettive tutelate dall'ordinamento giuridico. Peraltro, anche l'art. 163 c.p.c., nell'individuare gli elementi contenutistici dell'atto di citazione, puntualizza nel n. 4 che esso deve contenere — oltre all'«esposizione in modo chiaro e specifico dei fatti — anche l'esposizione «degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda».

Così, ad es., sarebbe priva della possibilità giuridica la domanda di chi chiedesse in giudizio la condanna del convenuto ad adempiere un debito di gioco, in quanto, come stabilisce espressamente l'art. 1933, 1° comma, c.c., «non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di un giuoco o di scommessa non proibiti». In tal caso, dunque, mancherebbe il fondamento giuridico della domanda giudiziale avanzata. Alla stessa conclusione si dovrebbe pervenire se la domanda proposta riguardasse la risoluzione di un contratto perché una delle parti che l'ha concluso non lo ritenga più conveniente. Anche in questo caso manca nell'ordinamento una disposizione che consenta di ottenere una pronuncia giudiziale con questo contenuto, in quanto, come è noto, alla risoluzione del contratto in sede giudiziale si può procedere solo per inadempimento di una delle parti (art. 1453 c.c.), per impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 c.c.) o per eccessiva onerosità della prestazione (art. 1467 c.c.) (v. **Manuale**).

Occorre anche aggiungere che ci si muove nell'ambito della possibilità giuridica anche laddove, come nel caso sopra riportato, manchino i presupposti (giuridici) perché una determinata norma richiamata a sostegno della domanda giudiziale possa trovare applicazione. Non si può escludere, cioè, che, pur rinvenendosi nell'ordinamento una norma che in teoria tuteli la situazione soggettiva rivendicata dalla parte attraverso l'esercizio dell'azione giudiziale, **non ricorrano le condizioni giuridiche che la rendano applicabile**.

Così, ad es., la giurisprudenza ha affermato che, quando sia proposta domanda di scioglimento di una comunione (ordinaria o ereditaria), il giudice non possa disporre la divisione che abbia ad oggetto un fabbricato o parti di esso, in assenza della dichiarazione circa gli estremi della concessione edilizia e degli atti ad essa equipollenti (ai sensi dell'**art. 40 l. n. 47 del 1985**), costituendo la regolarità urbanistica del fabbricato condizione dell'azione ex art. 713 c.c. sotto il profilo della possibilità giuridica e non potendo la pronuncia del giudice realizzare un effetto maggiore e diverso rispetto a quello che è consentito alle parti nell'ambito della loro autonomia negoziale (v., ad es., Cass., sez. un., 7 ottobre 2019, n. 25021; Cass., 7 marzo 2019, n. 6884).

Ovviamente, siccome la possibilità giuridica è qualificata come condizione dell'azione giudiziale esercitata, ciò che viene richiesto per integrare tale requisito è che, nel momento in cui viene avanzata la domanda, l'attore affermi l'esistenza di una norma che configuri come giuridica (e dunque «azionabile»)

la situazione soggettiva che fa valere in giudizio. La sua effettiva sussistenza e applicabilità attengono, invece, al merito della controversia ed esorbitano, perciò, dalla nozione di condizione dell'azione (v. **Manuale**).

2) Se si mette a confronto quanto finora detto a proposito della possibilità giuridica con quanto detto a proposito dell'interesse ad agire (v. *retro*, cap. III) e della legittimazione ad agire (v. *retro*, cap. IV), ci si rende agevolmente conto di come le tre condizioni dell'azione intercettino profili diversi dell'azione giudiziale esercitata. Ed infatti, se l'interesse ad agire è proiettato sulla situazione fattuale dalla quale emerge il bisogno di tutela giurisdizionale e la legittimazione ad agire sulla correlazione fra questa e la posizione soggettiva di chi esercita l'azione, la possibilità giuridica, invece, **si rivolge alla qualificazione e alla rilevanza giuridica della situazione sostanziale per la cui tutela l'azione è esercitata** (v. **Manuale**). Ciò non deve indurre a credere, tuttavia, che le tre condizioni dell'azione siano prospettate isolatamente all'interno della domanda giudiziale, perché, anzi, di norma esse emergeranno come elementi strettamente connessi fra loro, sebbene, come detto, facciano riferimento ad aspetti diversi degli elementi identificativi dell'azione esercitata.

3) La qualificazione della possibilità giuridica come condizione dell'azione ci consente anche di individuare facilmente quali conseguenze comporta per il processo che è stato avviato il rilievo del **vizio relativo alla mancanza di possibilità giuridica**. Infatti, come per la mancanza dell'interesse ad agire o della legittimazione ad agire, la mancanza della possibilità giuridica determina l'impossibilità per il giudice di potere entrare nel merito della valutazione di fondatezza della domanda proposta. Una volta rilevato il difetto di possibilità giuridica, la conseguenza è che il giudice chiuderà il processo con la **pronuncia di una sentenza in rito**, a causa dell'assenza di una delle condizioni dell'azione. Va aggiunto, tuttavia, che anche per questa condizione dell'azione il fatto che nel momento in cui viene proposta la domanda giudiziale emerga la sua mancanza non impedisce che essa possa essere acquisita successivamente al fine di consentire al giudice di pronunciarsi nel merito; purché questa acquisizione successiva sopravvenga, comunque, prima che il giudice sia chiamato a pronunciarsi nel merito (v. **Manuale**). Ciò vale in modo particolare quando la possibilità giuridica riguardi la sussistenza delle condizioni giuridiche perché la norma sostanziale indicata come applicabile possa trovare effettiva applicazione nel caso di specie.

4) La natura di condizione dell'azione che riveste la possibilità giuridica consente di ritenere che — come per le altre due condizioni dell'azione (interesse ad agire e legittimazione ad agire) — un eventuale vizio che la riguardi o la sua mancanza si

Termine estratto capitolo

la parte, ma anche d'ufficio