

# Diritto Civile Contemporaneo

Rivista trimestrale *online* ad accesso gratuito ISSN 2384-8537

[www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com)

Anno II, numero II, aprile/giugno 2015

**Il regime processuale delle eccezioni di difetto di legittimazione attiva e passiva e di difetto di titolarità del rapporto. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite 13 febbraio 2015 n. 2977**

Federico Russo

*E credo nella torta e nel tortello:  
l'uno è la madre e l'altro è il suo figliuolo;  
e 'l vero paternostro è il fegatello,  
e posson esser tre, due ed un solo,  
e diriva dal fegato almen quello.*  
(L. Pulci, *Morgante*, XVIII, 116).

**Il regime processuale delle eccezioni di difetto di legittimazione attiva e passiva e di difetto di titolarità del rapporto. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite 13 febbraio 2015 n. 2977**

di Federico Russo

La questione che si affronterà nel presente commento (a Cass. ord. 13 febbraio 2015, n. 2977) è posta, per così dire, al confine tra eccezioni sostanziali e processuali. Si è detto questione, ma, a dire il vero, sarebbe stato forse più corretto parlare di questioni, volendosi sottolineare con l'uso del plurale la possibile – ancorché forse non del tutto scontata – differenza tra le due fattispecie.

La stessa distinzione tra legittimazione e titolarità del rapporto risente, in effetti, della maggiore o minore propensione dell'interprete verso una concezione astratta o concreta dell'azione. Della questione si è parlato più volte nei nostri scritti precedenti, ai quali si rinvia (F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile*, Roma, 2014, in part. cap. IV; F. RUSSO, *La rilevabilità d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. sez. un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)*, in *Dir. civ. cont.*, 15 marzo 2015, nello stesso senso v. G. TOMEI, (voce) *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 66).

Secondo la concezione del Chiovenda la nozione di parte è connaturata al rapporto processuale, e “non occorre cercarla fuori dalla lite e in particolare nel rapporto sostanziale che è oggetto di controversia”. In particolare sarebbe “parte colui che domanda in proprio nome (o nel cui nome è domandata) una attuazione di legge, e colui di fronte al quale essa è domandata”. La capacità di esser parte in giudizio altro non sarebbe che la trasposizione nel processo civile della capacità giuridica. Essa spetterebbe, dunque, ad ogni persona fisica o giuridica, e consisterebbe nella capacità di esser soggetto di un rapporto processuale (G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile – Le azioni. Il processo di cognizione*,

Napoli, 1965, rist. an., p. 578. Nello stesso senso v. S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1967, p. 75 ss.).

Distinta dalla capacità di essere parte sarebbe la capacità di stare in giudizio, o capacità processuale o *legitimatio ad processum* – oggi individuata dall'art. 75 c.p.c. –, che sarebbe la capacità di compiere atti processuali con effetti giuridici in nome proprio o per conto altrui (G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 589.). Questa coinciderebbe in linea tendenziale con la capacità di agire, sebbene in taluni casi la legge potrebbe consentire a soggetti astrattamente privi di tale ultima capacità il potere di compiere determinati atti processuali.

Distinta dalla *legitimatio ad processum* sarebbe, nel sistema di Chiovenda, la *legitimatio ad causam* o legittimazione ad agire:

*Con questa si intende la identità della persona dell'attore colla persona a cui la legge concede l'azione (legittimazione attiva), e la identità della persona del convenuto colla persona contro cui l'azione è concessa (legittimazione passiva); mentre col nome di legitimatio ad processum si indica la capacità di stare in giudizio per sè o per altri (G. CHIOVENDA, Principii, cit., p. 152).*

Nel sistema chiovendiano, dunque, la *legitimatio ad causam*, sia attiva che passiva, coincide con la titolarità del diritto; essa si confonde in molti casi con la stessa esistenza del diritto medesimo: se Tizio prova di aver mutuato 100 a Caio, prova di solito con ciò stesso che il diritto di chiedere la condanna al pagamento di 100 spetta proprio a lui e proprio contro Caio.

Quella dell'identità tra esistenza del diritto – titolarità, comunque, non sarebbe una regola assoluta, invero: talora la questione della esistenza oggettiva del diritto dell'azione e della sua appartenenza soggettiva si offrono staccate al giudice. Ciò accade quando più persone si presentano come possibili interessati, attivamente o passivamente, in un'azione.

In senso sostanzialmente conforme, Calamandrei avvertiva che:



*Occorre anche ricordare, sempre per evitare i disorientamenti concettuali che possono derivare da confusioni di terminologia, che la capacità processuale di cui finora si è parlato e che qualcuno chiama anche legittimazione processuale (legitimatio ad processum) non ha niente a che vedere, nonostante la somiglianza delle parole, colla legittimazione ad agire e a contraddire (legitimatio ad causam: § 37 b). Mentre la legittimazione ad causam è un requisito dell'azione in senso concreto, che il diritto sostanziale regola caso per caso in funzione di una determinata causa, cioè di quel determinato rapporto controverso di cui si discute in quel processo, la capacità processuale o legittimazione ad processum, è un requisito che attiene al processo in generale, e la cui mancanza fa sentire i suoi effetti sul rapporto processuale, indipendentemente da ogni riferimento al rapporto sostanziale controverso (P. CALAMANDREI, Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice. Parte prima, Disposizioni Generali – le persone del processo -, Padova, 1943 – XXI, p.238 ss.).*

Concludeva che mentre l'indagine sulla capacità processuale, come qualsivoglia indagine su un presupposto processuale, è “naturalmente preliminare”, quella sulla *legitimatio ad causam* attiene al merito:

*Se la parte in causa non ha la capacità processuale, il processo non è regolare e il giudice non può entrare ad esaminare se la parte ha ragione in merito, né, quindi, se essa sia, nel merito, concretamente legittimata a far valere il diritto controverso; e viceversa, se anche se la parte è processualmente capace, può darsi che nel merito risulti che essa manca di legittimazione a far valere quel diritto, e che quindi la sua domanda sia respinta nel merito per tale mancanza (P. Calamandrei, Istituzioni., cit., p.239).*

E' noto che la posizione di Chiovenda fu oggetto di una parziale revisione nell'evoluzione del pensiero dottrinario (per una disamina v. A. ATTARDI, – voce – *Legittimazione ad agire*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV ed., Torino, 1993; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, Torino, 1980, p. 3 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le garanzie costituzionali dell'azione nel processo civile*, Padova, 1970; L.P. COMOGLIO, *Note riepilogative su azioni e forme di tutela nell'ottica della domanda*

*giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 465 ss.; C. CONSOLO, – voce – *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV ed., Torino, 1991; G. COSTANTINO, – voce – *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990; V. DENTI, – voce – *Azione*, in *Enc. giur.*, Roma; E. FAZZALARI, – voce – *Azione civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV ed., Torino, 1991; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, II ed., Torino, 1995; L. MONTESANO, – voce – *Accertamento giudiziale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988; L. MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 63 ss.; R. ORIANI, – voce – *Domanda giudiziale*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione (artt. 99-111)*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, Torino, 1973; G. TOMEI, – voce – *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 65 ss.).

Il presupposto della critica appare, a ben vedere, il medesimo che si è osservato *supra* della maggiore o minore propensione dell'interprete nel riconoscere una concezione astratta dell'azione. Se è vero infatti che la legittimazione attiva o passiva *ad causam* del soggetto che agisce / resiste – i.e. il fatto che proprio egli è la persona alla quale il potere processuale di agire è attribuito / che è proprio il destinatario dell'obbligo contenuto nella norma – normalmente coincide con la titolarità del diritto o rapporto controverso sia sul piano attivo che passivo (art. 24 Cost., 81 c.p.c.), è altrettanto vero che tale identità potrebbe, in teoria anche non sussistere.

In primo luogo, infatti, lo stesso art. 81 c.p.c., nel sancire il c.d. divieto di sostituzione processuale, fa “salvi i casi previsti dalla legge”. In secondo luogo, su un piano maggiormente astratto e di inquadramento sistematico, si osserva che il diritto di azione e poteri processuali connessi al fatto di rivestire la posizione di parte sono attribuiti anche a prescindere dall'esito della lite (i.e., dalla titolarità effettiva del diritto sostanziale), mentre è ben possibile che, all'esito del processo, la titolarità originariamente affermata dall'attore venga negata all'esito del giudizio (E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed a cura di V. Colesanti, E. Merlin, E. F. Ricci, Milano, 2007, p. 81 ss.).

Di qui l'esigenza di scindere – sul piano concettuale prima ancora che concreto – ciò che le parti affermano nel corso del processo (e dunque la titolarità affermata del diritto) da ciò che all'esito dello stesso viene affermato (i.e., la titolarità accertata del diritto medesimo). Con l'ulteriore osservazione che sussiste una differenza ontologica tra *legitimatō ad causam* e titolarità del diritto o rapporto controverso. Mentre la domanda proposta dal soggetto che neppure affermi come proprio il diritto azionato (ovvero neppure affermi come diritto del convenuto quello che fa valere in giudizio) non è, neppure ipoteticamente, accoglibile, diverso è il caso del diritto astrattamente attribuito all'attore – al convenuto, ma concretamente negato all'esito del giudizio (per tutti, v. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, I Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XXIV ed a cura di A. Carratta, 2015, Torino, cap. III ed in part. par 13.). In quest'ultima ipotesi, infatti, il diritto – pur astrattamente accoglibile sulla base della domanda dell'attore – deve essere concretamente rigettato all'esito dell'accertamento giudiziale.

In definitiva, muovendo da questa concezione, maggiormente astratta, sarebbe possibile distinguere tra legittimazione attiva e passiva *ad causam* in senso proprio, ravvisabile sulla base di quanto affermato dalle parti nel processo e titolarità effettiva del diritto o rapporto sostanziale dedotto, ipotesi che potrebbe essere verificata solo all'esito del processo.

Anche in questo caso, il principale argomento a sostegno del ragionamento sta nel fatto che il diritto di azione – inteso come insieme dei poteri processuali di adire l'autorità giudiziaria, provocarne l'intervento e i provvedimenti interinali e di ottenere, infine, una pronuncia giudiziale – sarebbe sempre riconosciuto in capo all'attore, per il solo fatto che egli affermi la propria legittimazione: i.e. di essere proprio lui e non altri il soggetto cui la norma attribuisce il potere di proporre la domanda. Correlativamente sarebbe sempre riconosciuto nei riguardi del convenuto, se egli, sulla base di quanto ricavabile dalla domanda giudiziale, appaia essere il destinatario della pretesa.

Si è già detto (F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile*, Roma, 2014, cap. IV) che tale concezione astratta del processo è stata oggetto delle vivaci critiche di una parte della dottrina (G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol.I, *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Padova, 2012, p. 155 ss.; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1967, p. 76 ss. ). Si è obiettato, in particolare, che essa sarebbe frutto di una mera illusione ottica: se è vero che chiunque può effettivamente proporre una domanda giudiziale e trascinare un altro soggetto davanti al giudice, senza che si sappia a priori chi abbia ragione o torto, tale incertezza è la stessa ragion d'essere del processo. Prima dell'esito del giudizio esiste solamente il processo con i suoi atti, che presuppongono necessariamente – salvo ipotizzare esempi irreali – la postulazione dell'esistenza un diritto favorevole a chi agisce, e attribuito allo stesso soggetto. La parte, in altri termini, sarebbe sempre e per ciò solo anche giusta parte, sicché l'eventuale accertamento di tale difetto di titolarità integrerebbe sempre e comunque una questione di merito (G. MONTELEONE, *op. ult. cit.*, p.189 ss.).

Tanto premesso, pare a noi che il dibattito circa l'identità o diversità tra *legitimatio ad causam* e titolarità del diritto o rapporto controverso si agiti in un circolo vizioso: la problematica appare di difficile soluzione, perché i relativi ragionamenti sono tutti corretti, ma muovono da diversi presupposti e differenti concezioni sistematiche. Se si muove da una concezione astratta dell'azione sarà giocoforza riconoscere una distinzione tra *legitimatio ad causam* e titolarità del rapporto: la prima riguarda il diritto processuale ad agire, mentre la seconda riguarda il diritto sostanziale oggetto dell'accertamento giurisdizionale. Per converso, se si muove dal presupposto contrario, nella necessaria concretezza dell'azione medesima (non esiste un diritto di azione in astratto, ma solo per la tutela di diritti precisi, giusta il disposto dell'art. 24 Cost.), tale distinzione sarà coerentemente negata.

Anche in questo caso osserviamo che il conflitto tra le due concezioni sia più linguistico che sui contenuti. Chi parla di un'azione in astratto non lo fa, normalmente, in concreto. Sebbene si possa correttamente rappresentare, in



biologia, la categoria dei mammiferi, sarebbe sbagliato pensare che chi affermi l'esistenza di una simile categoria ammetta, per ciò solo, l'esistenza concreta di un mammifero astratto; che non sia, cioè, un cane, un gatto, un cavallo etc.

Analogamente, chi si rappresenta un diritto astratto all'azione, lo fa – appunto – in astratto, dal momento che appare quantomeno difficile immaginare, sul piano concreto, il caso di un soggetto che agisca in giudizio per ottenere una pronuncia quale essa sia, o addirittura a sé sfavorevole.

*Mutatis mutandis*, chi distingue la titolarità del rapporto o del diritto affermato dalla *legitimatio ad causam* o lo fa su un piano teorico sistematico, o pensa, in concreto, a situazioni patologiche e fuori dall'ordinario corretto svolgimento del processo: si immagini il caso dell'amministratore di una società a responsabilità limitata a conduzione familiare, che pur avendo compiutamente dedotto i fatti, agisca in nome proprio per far valere un credito vantato dalla società contro un terzo; o – sul piano passivo – della parte che non individui correttamente – per errore sulla norma applicabile – il convenuto (e.g. che proponga la domanda contro lo stesso amministratore “in proprio” e non nella qualità di legale rappresentante della società).

Quello che, a nostro avviso, è opportuno riconoscere è che in tutte queste situazioni il giudice potrà individuare il vizio della domanda sulla base della semplice lettura degli atti introduttivi, senza che sia necessario procedere nell'istruttoria e nelle altre fasi del processo. Appare, però, maggiormente discutibile concludere che un simile accertamento non sia comunque di merito (G. MONTELEONE, *op. ult. cit.*, p.189 ss.): comunque una domanda è stata proposta da quell'attore contro quel convenuto; sicché sulla relativa pronuncia si formerà un giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c., mentre non sarebbe di alcuna utilità pensare ad una pronuncia a contenuto puramente processuale, insuscettibile di giudicato.

Una volta chiariti quelli che sono, a nostro avviso, i termini delle premesse al problema è possibile giungere a conclusioni ermeneutiche convincenti, per così dire, a valle di esse. Ci si riferisce, in particolare, al problema del regime del difetto di legittimazione attiva o passiva e del suo coordinamento sistematico con il concetto di eccezione, come sviluppato nella presente indagine. Solo per esigenza linguistico-descrittiva, distingueremo nelle pagine che seguono il difetto di legittimazione dal difetto di titolarità del rapporto.

Intenderemo, in particolare, con il primo quello esteriormente percepibile; *scilicet* ricavabile dal semplice esame delle domande dell'attore, le cui affermazioni risultino già da sole incompatibili con la possibilità di attribuire alla parte che agisce il potere di proporre la domanda giudiziale, ovvero – nel caso passivo – che risultino incompatibili con la possibilità di identificare il convenuto come il destinatario dell'obbligo imposto dalla norma e azionato dall'attore medesimo.

Intenderemo, invece, con la locuzione difetto di titolarità del diritto o del rapporto l'inesistenza non apparente di tale correlazione tra diritto sostanziale e azione esercitata; i.e., quella inesistenza che non risulti *ictu oculi* dal semplice esame degli atti di parte, ma che potrà essere affermata solo a seguito dell'accertamento giudiziale e di attività istruttorie, esterne rispetto ad essi.

Osserviamo, innanzitutto, che la promiscuità concettuale della *legitimatio ad causam*, trova una sua eco nella apparente contraddittorietà di talune pronunce giurisprudenziali.

Se, come è stato giustamente osservato, la giurisprudenza, in passato sembrava aver postulato una visione concreta della legittimazione ad agire (ciò che presupponeva, appunto, una visione concreta dell'azione), ha, ad un certo punto, iniziato a distinguere questa dalla titolarità attiva e passiva delle posizioni giuridiche dedotte in lite. La legittimazione attiva e passiva, in particolare, sarebbe da ricollegare esclusivamente alle affermazioni delle parti (sebbene abbia a volte concluso, con una certa contraddittorietà rilevata da G. MONTELEONE, *op. ult. cit.*, p.193 ed in part. nota 17 che la legittimazione della parte sussisterebbe “anche

se la sua stessa affermazione ne escluda la spettanza in concreto”: così, Cass. Sez. lav., 6-2-2004 n. 2386; Cass. 13-4-1989 n. 1751; Cass. 18-2-1986 n. 957; Cass. 17-12-1982 n. 475.), mentre la titolarità effettiva delle posizioni potrebbe essere affermata esclusivamente all’esito dell’accertamento giurisdizionale.

Proprio tale ultima affermazione ha provocato, a nostro avviso, talune incertezze e contraddizioni, al momento di stabilire se il difetto di titolarità della posizione giuridica dedotta – possa essere o meno definito come difetto di legittimazione, attiva o passiva – costituisca o meno una eccezione rilevabile d’ufficio.

La questione è stata, di recente, rimessa alle Sezioni Unite, con l’ordinanza in commento.

Nel caso in esame, a quanto si legge nella motivazione, il ricorso in Cassazione era stato proposto avverso la sentenza della Corte di appello di Firenze del 9 gennaio 2013. Questa, in un giudizio di risarcimento danni proposto dallo stesso ricorrente nei confronti dell’ANAS, in riforma della sentenza di primo grado, aveva rigettato la domanda, rilevando che la titolarità del rapporto controverso potesse essere rilevata d’ufficio, essendo elemento costitutivo della domanda che deve essere provata dall’attore. Investita della questione, la Sezione filtro della Corte di Cassazione ha rilevato, dunque, l’esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità circa, appunto, la natura di eccezione in senso stretto o in senso lato dell’eccezione di c.d. difetto di legittimazione passiva sostanziale.

L’ipotesi affrontata dalla Suprema Corte, in particolare, è quella del convenuto che contesti non tanto il difetto di legittimazione in senso proprio (di non essere il soggetto cui la norma processuale attribuisce la posizione processuale di convenuto – si pensi all’amministratore di condominio nelle cause di impugnazioni delle delibere assembleari), bensì la titolarità dell’obbligo attribuito dalla norma sostanziale. L’ipotesi in cui il convenuto contesti di non essere titolare del rapporto: e.g., il vettore aereo che contesti che del danno verificatosi sulla

navetta sia responsabile l'*handler* e non lo stesso vettore, o il soggetto convenuto in un giudizio di rivendica n.q. di erede, che contesti, appunto, tale qualità, invocando l'esistenza di un testamento che aveva attribuito il bene de quo ad un differente erede.

L'immediato precedente citato nella motivazione è Cass. 10.7.2014 n. 15759, che aveva affermato che, al pari degli altri requisiti di fondatezza della domanda, la titolarità (attiva o) passiva del rapporto controverso soggiace agli ordinari criteri sull'onere della prova dettati dall'art. 2697 c.c.; onde, in applicazione del principio per cui "*non egent probatione*" i fatti pacifici o incontrovertibili, l'attore non dovrà dimostrarla ogni qual volta il convenuto gliel'abbia esplicitamente riconosciuta o abbia impostato la sua difesa su argomenti logicamente incompatibili col suo disconoscimento.

In effetti – aveva continuato la Corte – la contestazione della titolarità passiva (ma il discorso è identico per la titolarità attiva) investe un fatto costitutivo della domanda, e segnatamente che il soggetto convenuto non è quello che nella fattispecie concreta è tenuto per legge al comando richiesto al giudice. Pertanto, una simile allegazione non integra un'eccezione in senso stretto (e cioè un fatto modificativo o estintivo), ma una mera difesa (Cass. n. 15832/2011), consistente nella contestazione del fatto costitutivo della domanda. L'onere della prova di una simile allegazione, sempre secondo la Cassazione, rimane retto dalle regole ordinarie e segnatamente dall'art. 2697 c.c. primo comma secondo cui è chi vuol far valere in giudizio un proprio diritto ha l'onere di provarne i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Quindi, sebbene la c.d. eccezione di difetto della titolarità passiva o attiva del rapporto dedotto in giudizio non possa essere sollevata ovviamente dall'attore che ha proposto la domanda, la prova di tali titolarità grava sull'attore e non su chi "eccepisce" la loro inesistenza.

Ovviamente tale prova può essere raggiunta anche attraverso la mancata contestazione da parte dei convenuti costituiti, a norma dell'art. 115 c.p.c., comma

1. Ma ciò non muterebbe il fondo della questione, ma anzi lo corroborerebbe, in quanto la mancata contestazione del convenuto in tanto avrebbe una valenza probatoria (in termini di – scrive la Corte – “pacificità” del fatto) in quanto esenterebbe l’altra parte – e non il convenuto – dall’onere della prova.

L’ordinanza remittente rileva, appunto, un contrasto tra quanto affermato dalla Cassazione con la richiamata sentenza n. 15759/2014 e il precedente orientamento definito “maggioritario”, secondo cui la deduzione del difetto di titolarità passiva del rapporto costituirebbe eccezione in senso proprio e sarebbe quindi soggetta alle preclusioni di rito (Cass. 27 giugno 2011, n. 14177, Cass. 10 maggio 2010, n. 11284; Cass. 15 settembre 2008, n. 23670, Cass. 26 settembre 2006 n. 20819; Cass. 7 dicembre 2000, n. 15537, tutte citate in motivazione).

Affermare la natura o meno di eccezione in senso stretto di una deduzione – quale il difetto di titolarità passiva del rapporto – è questione di massima importanza, dal momento che dalla soluzione al quesito deriverebbe l’applicazione della barriera preclusiva di cui all’art. 167 c.p.c. Come è noto, infatti, le eccezioni in senso stretto, oltre a non essere rilevabili d’ufficio, devono essere inserite dal convenuto nella comparsa di risposta tempestivamente depositata (e dall’attore, nel caso di eccezione conseguente a domande riconvenzionali o eccezioni del convenuto, nella prima udienza *ex art.* 183 c.p.c.).

Viceversa, se si nega questo carattere (come ha ritenuto Cass.15759/2014) le sole preclusioni riferibili alla deduzione sono quelle connesse all’onere della prova *ex art.* 2697 c.c., nel senso che se il convenuto pone a fondamento della propria deduzione un fatto nuovo, ha onere di dedurlo nei termini – diversi da quelli *ex art.* 166 c.p.c. – riservati alla formazione del *thema decidendum*).

Riteniamo che l’apparente contrasto ravvisato, non solo nella giurisprudenza citata dall’ordinanza di rimessione alle sezioni unite, ma anche nella dottrina di cui si è dato conto in precedenza, sia imputabile alla doppia ambiguità concettuale: quella



sistemica circa la concezione astratta o concreta dell'azione, e quella semantica correlata alla categoria dell'eccezione. L'errore concettuale in parola, di cui si è cercato di dar conto nei paragrafi precedenti, è quello di voler definire l'eccezione in senso stretto sulla base del suo regime processuale; il che, come si è detto, equivale a confondere le conseguenze giuridiche con la loro premessa sistemica, i.e., la rilevanza o meno a sola istanza di parte con il contenuto effettivo dell'allegazione difensiva della parte.

Per giungere, invece, a conclusioni coerenti occorre, a nostro avviso, muovere dal contenuto delle possibili difese *de quibus* cercando di collocare le differenti ipotesi in modo sistematico nel quadro della teoria dell'eccezione. Una volta completata tale ricostruzione sarà possibile pervenire a convincenti soluzioni applicative.

In un nostro precedente scritto (F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile*, Roma, 2014), esaminando le possibili difese del convenuto, abbiamo distinto le contestazioni del diritto, le contestazioni del fatto (categorie, queste due, che abbiamo definito come mere difese), le eccezioni – deduzioni di un fatto nuovo (eccezioni in senso maggiormente ristretto), le eccezioni in senso stretto sostanziale (a loro volta ripartite eccezioni – impugnazioni ed eccezioni – facoltà di rifiutare l'adempimento).

Muovendo da tale premessa sistemica, allora, il difetto di legittimazione in senso ristretto – *scil.*, quello ricavabile dalla semplice lettura dell'atto di citazione – rientra nelle mere contestazioni del diritto. Essa sarà, come tale, sempre rilevabile d'ufficio, col solo limite del giudicato interno, in attuazione del principio *iura novit curia*.

Nell'esempio proposto prima, dunque, se l'amministratore di una società a responsabilità limitata a conduzione familiare, pur avendo compiutamente dedotto i fatti, agisca erroneamente in nome proprio per far valere un credito vantato dalla società contro un terzo, tale vizio sarà rilevabile anche ex officio dal giudice. E ciò perché l'errore dell'attore riguarda essenzialmente la corretta individuazione della norma applicabile: il giudice dovrà limitarsi a constatare che non esiste alcuna

previsione che consenta alla persona fisica che svolge le funzioni di amministratore di far valere in nome proprio un diritto della società rappresentata (art.81 c.p.c.).

Analogamente, sul piano passivo, se l'attore non abbia correttamente individuato – sempre per errore sulla norma applicabile – il convenuto (e.g. abbia proposto la domanda contro lo stesso amministratore “in proprio” e non nella qualità di legale rappresentante della società), anche tale accertamento potrà essere compiuto ex officio dal giudice. In ambedue i casi, infatti, la questione si risolve nella individuazione di un mero errore di diritto; e ciò nei limiti, ovviamente, in cui una questione di puro diritto sia concretamente prospettabile.

La difesa, viceversa, del convenuto che contesti la propria titolarità della posizione giuridica dedotta *ex adverso* (ovvero che contesti la speculare titolarità in capo all'attore) rientra, più probabilmente, nella categoria delle contestazioni del fatto. Si pensi al convenuto in un incidente stradale che affermi che il sinistro fu causato da Sempronio e non da lui.

La riconduzione di siffatta condotta tra le contestazioni del fatto comporta, come si è visto nei paragrafi precedenti, che essa sarà comunque rilevabile d'ufficio. Il fondamento di tale regime, tuttavia, non sarà dato dalla regola *iura novit curia*, ma dalla semplice applicazione del principio dell'onere della prova *ex art. 2697 c.c.*, a norma del quale è onere di chi vuol far valere un proprio diritto in giudizio, dimostrare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

La prova di tali fatti, tuttavia, potrà essere fornita in ogni modo, ed in particolare essere anche ricavata dalla mancata contestazione del fatto presupposto da parte del convenuto. Si pensi al caso del convenuto, sempre nell'esempio del sinistro stradale, che non contesti di essere stato lui a tamponare il veicolo dell'attore.

Parzialmente diversa è l'ipotesi in cui il convenuto, per contestare la propria titolarità passiva della posizione giuridica (ovvero, per contestare la titolarità attiva

in caso al soggetto che agisce) introduca nel processo un fatto nuovo. Si pensi al caso del soggetto che, convenuto n.q. di erede, allegghi di avere rinunciato all'eredità; ovvero del convenuto che sia stato chiamato in giudizio da Tizio n.q. di erede di Mevio, ed allegghi l'esistenza di una tale rinuncia all'eredità effettuata dell'attore prima del giudizio.

In questi casi non si può sostenere che il convenuto si sia limitato a contestare il fatto affermato dall'attore; non è neppure corretto, però, affermare che egli abbia sollevato, per ciò solo, una eccezione in senso stretto sostanziale.

Fermo restando, infatti, che la questione si configurerà, a nostro avviso, come di merito e non di rito (in quanto investe la corretta individuazione del soggetto titolare della posizione giuridica attiva o passiva secondo il diritto sostanziale) essa non è, come dicevamo, un'eccezione in senso stretto sostanziale. E non solo perché non esiste una norma ad hoc che la consideri tale, ma anche e soprattutto perché con la sua allegazione il convenuto non esercita alcun potere di impugnazione della domanda o del diritto avversario (come accade, e.g., nell'eccezione di annullabilità del contratto per vizio del consenso), né una facoltà consentita dalla legge di rifiutare l'adempimento (come nel caso della prescrizione).

Il regime di una simile condotta, allora, sarà semplicemente quello delle eccezioni – deduzioni di un fatto nuovo impeditivo, modificativo o estintivo del diritto fatto valere (eccezioni in senso maggiormente ristretto). Esso sarà, allora, regolato dall'art. 2697 c.c., nel senso che sarà il convenuto a dovere dimostrare l'esistenza di tale fatto nuovo, appunto impeditivo, modificativo o estintivo del diritto (e.g., un atto di rinuncia all'eredità, un testamento successivo che abbia escluso l'attore o il convenuto dalla qualità di erede, etc.). Una volta, però, raggiunta tale prova, all'esito dell'istruttoria ma anche sulla base della mancata contestazione della controparte, non avrà alcun rilievo accertare chi avesse l'onere di provare cosa. Il fatto sarà stato comunque provato, sicché il giudice dovrà tenerne conto ai fini del decidere.

Il solo vero limite ai poteri del giudice, allora, sarà quello del divieto di scienza privata *ex art. 115 c.p.c.*; nel senso che il giudice non potrà ricercare l'esistenza di un simile fatto impeditivo, modificativo o estintivo del diritto, se questo non è stato dedotto dalle parti o non risulta comunque dagli atti del processo.

Correlativamente, il regime delle preclusioni, pare essere quello correlato alle deduzioni del fatto (art. 183 c.p.c., nel processo ordinario di cognizione), fermo restando che tale fatto potrebbe comunque trovare ingresso all'esito dell'istruttoria. Non dovrebbe porsi, pertanto, un problema di tempestività dell'eccezione in quanto tale, ma – al massimo – di tempestività delle eventuali deduzioni di fatto che il convenuto abbia dedotto a fondamento e delle relative prove. Queste potranno essere tenute in considerazione dal giudice, solo se introdotte nei termini di rito o se dimostrate all'esito dell'istruttoria.

E' opportuno, a questo punto, riepilogare quelli che sono, a nostro avviso, i termini corretti della questione affrontata.

A) Se Tizio agisce contro Caio deve, ovviamente, dimostrare che egli e non altri è il creditore e che Caio è il suo debitore. La mancanza di tali presupposti giuridici (difetto di legittimazione attiva o passiva) sono rilevabili d'ufficio, nella misura in cui si risolvono in una differente valutazione, ad opera del giudice, delle norme poste a fondamento della domanda.

B) Se l'errore dell'attore non investe tanto l'esatta applicazione del diritto, quanto piuttosto la corretta ricostruzione del fatto (l'auto di Tizio non fu danneggiata da Caio ma da Sempronio), la questione, che riconduciamo sul piano descrittivo all'eccezione di difetto di titolarità della posizione giuridica, deve essere a nostro avviso ricondotta alle eccezioni (in senso lato) – contestazioni del fatto. L'onere di provare la corrispondenza tra norma giuridica e posizione di fatto attiva o passiva tutelata dalla norma medesima graverà sull'attore, ed il giudice potrà rilevare d'ufficio la mancata prova di tale corrispondenza, giusta il disposto degli artt. 115

c.p.c. e 2697 c.c. Tale prova, però, potrà essere fornita anche dalla mancata specifica contestazione del fatto medesimo da parte del convenuto (art. 115 c.p.c.) o risultare dalle stesse allegazioni difensive del convenuto medesimo. La contestazione del fatto non avrà natura di eccezione in senso proprio, sicché il convenuto non avrà l'onere di sollevarla costituendosi almeno venti giorni prima della prima udienza (nel rito ordinario di cognizione).

C) Se il convenuto tuttavia, per contestare la corrispondenza tra norma giuridica e posizione giuridica tutelata, introduce nel processo un fatto nuovo (g., nel giudizio intentato dall'erede o contro lo stesso, allegazione dell'esistenza di un atto di rinuncia all'eredità, ovvero di un successivo testamento che escludeva tale attribuzione), tale fatto dovrà essere dedotto nei termini di rito (nel processo di cognizione all'udienza *ex art.* 183 c.p.c., memoria n.2). Correlativamente il convenuto avrà l'onere di provare l'esistenza di tale fatto nuovo, su cui siffatta "eccezione" si fonda. Anche in questo caso la deduzione non sarà assoggettata al regime preclusivo delle eccezioni in senso proprio (nel processo ordinario di cognizione, dato dal termine di costituzione tempestiva del convenuto), non esistendo alcuna norma di legge in tal senso, e non essendo riconducibile la fattispecie ad una impugnazione del diritto o dell'azione avversari né all'esercizio di una facoltà di rifiutare l'adempimento.

Se questi fatti risultino comunque dagli atti del processo e siano provati (non importa da chi) o comunque non contestati, il giudice dovrà in ogni caso tenerne conto (diversamente da quanto accade nelle eccezioni in senso stretto sostanziale: se pure fosse dimostrata l'esistenza del dolo, o della prescrizione se l'attore non intende avvalersene, sollevando nei termini l'eccezione, il giudice non potrà annullare d'ufficio il contratto o dichiarare l'estinzione del diritto).

E' in questo senso, del resto, che pare essersi orientata la giurisprudenza più recente (Cass. 10 luglio 2014 n. 15759), quando ha affermato che il difetto di titolarità attiva e passiva delle posizioni non costituisce eccezione in senso stretto (sostanziale). Esso è comunque un'eccezione di merito, in quanto attiene alla



ricostruzione del fatto controverso. Come tale il relativo accertamento sarà idoneo al giudicato, investendo, appunto, i fatti a fondamento della domanda.

In conclusione, sul piano più strettamente sistematico, riteniamo utile continuare a distinguere tra (difetto di) *legitimatio ad causam* e (difetto di) titolarità del rapporto. Questa distinzione, tuttavia, assume per noi una valenza non tanto giuridico-sistematica, quanto piuttosto linguistico-descrittiva in relazione al contenuto della difesa del convenuto. La prima fattispecie, infatti, come visto riguarda la qualificazione del diritto, fermi restando i fatti dedotti a fondamento della domanda. La seconda investe, al contrario, la qualificazione del fatto; con l'ulteriore sotto-distinzione a seconda che la mancata corrispondenza tra norma giuridica e titolarità della posizione da essa attribuita discenda dal semplice *thema decidendum* posto dall'attore o dalla sua modifica, a seguito dell'introduzione di un fatto nuovo da parte del convenuto.

Il regime processuale cui sono sottoposte ambedue le fattispecie di difetto di legittimazione / di titolarità delle posizioni è simile: ambedue sono rilevabili *ex officio* sulla base dei fatti allegati dalle parti o acquisiti al processo. Esso muove, tuttavia, da premesse differenti (*iura novit curia* per il primo, onere di provare i fatti a fondamento della domanda o dell'eccezione nel secondo) e non ha identico contenuto. Appare pieno e assoluto nel caso del rilievo del difetto di *legitimatio ad causam*, mentre appare più limitato e circoscritto nel caso di difetto di titolarità del rapporto; e ciò in ragione, essenzialmente, dell'onere imposto dall'art.115 c.p.c. a carico della controparte di contestare specificamente i fatti a fondamento della domanda.

Concludendo, ribadiamo dunque che il difetto di *legitimatio ad causam* apparente è quello rilevabile dalle semplici affermazioni contenute negli atti. Aggiungiamo che tale apparenza dipende dal fatto che esso si risolve in una questione di mero diritto: l'attore, pur avendo correttamente descritto i fatti, non ha individuato la

norma che gli attribuisce il diritto vantato. Il difetto di titolarità della posizione è, invece, quello che dipende dalla scorretta qualificazione del fatto, e può essere accertato solo a seguito dell'istruttoria. Anche tale accertamento può, in astratto, essere compiuto già nelle prime fasi del processo (qualora l'attore stesso abbia, per assurdo, allegato l'esistenza di un testamento successivo che non gli attribuisce la qualità di erede); esso, però, dipende essenzialmente dalla valutazione del fatto: l'attore, pur avendo correttamente individuato il diritto, non ha tenuto conto di un fatto che tale diritto esclude in radice, ovvero che lo impedisce, modifica o estingue.

---

**Questa Nota può essere così citata:**

F. RUSSO, *Il regime processuale delle eccezioni di difetto di legittimazione attiva e passiva e di difetto di titolarità del rapporto. La parola alle Sezioni Unite (Cass. ord. 13 febbraio 2015, n. 2977)*, in *Dir. civ. cont.*, 25 maggio 2015