

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto  
Studi di diritto privato

154

*UN GIURISTA DI SUCCESSO*

STUDI  
IN ONORE DI  
ANTONIO GAMBARO

Tomo II

a cura di  
UGO MATTEI, ALBINA CANDIAN, BARBARA POZZO,  
ALBERTO MONTI e CARLO MARCHETTI



GIUFFRÈ EDITORE

parte l'espressa previsione normativa di danni punitivi fa venire meno qualsiasi contrarietà all'ordine pubblico delle sentenze straniere che prevedono tale tipologia di sanzione, dall'altra parte non si può nemmeno sostenere la possibilità di un'applicazione generalizzata di misure sanzionatorie al di fuori dei casi specificamente previsti dalla legge.

1126, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 827, con nota di G. CITTARELLA, nonché in *Danno e resp.*, 2015, 511, con note di F. QUARTA e G. PONZANELLI, secondo la quale la gravità dell'offesa, da intendersi non già come intensità della sofferenza soggettiva, ma come oggettiva intollerabilità giuridica del fatto illecito, « è requisito di indubbia rilevanza ai fini della quantificazione del danno ex art. 2059 c.c. ».

LUCA NIVARRA (\*)

I DIRITTI NEL PROCESSO TRA  
 “ECCEZIONI IN SENSO STRETTO” E “MERE DIFESE”.  
 OSSERVAZIONI IN MARGINE A SEZ. UN. N. 2951/2016

1. Con ordinanza del 13 febbraio 2015, n. 2977 (1), il Primo Presidente della Suprema Corte aveva rimesso alle Sezioni Unite la questione relativa al regime processuale delle eccezioni di difetto di legittimazione attiva e passiva e di difetto di titolarità del rapporto. Le Sezioni Unite si sono pronunciate con sentenza del 16 febbraio 2016, n. 2951 (2) aderendo all'orientamento sin lì minoritario per il quale la titolarità della posizione soggettiva affermata in giudizio è un elemento costitutivo della domanda ed attiene al merito della decisione sicché la relativa allegazione e prova incombe sull'attore. Conseguente da tale assunto che il convenuto, il quale si opponga alla prospettazione di controparte, non formula un'eccezione in senso stretto, esaurendosi le sue deduzioni o argomentazioni in mere difese, proponibili, a differenza, appunto, delle eccezioni propriamente intese, in ogni fase del giudizio. Inoltre, sempre a dire delle Sezioni Unite, la contumacia del convenuto non può essere assimilata alla non contestazione di cui parla l'art. 115, co. 1 c.p.c. giacché

(\*) Professore ordinario di Diritto civile, Università di Palermo.

(1) V. in *Dir. civ. contemporaneo*, 25 maggio 2015, con nota di F. Russo, *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*.

(2) V. in *Dir. civ. contemporaneo*, 27 febbraio 2016, con nota di F. Russo, *Le Sezioni Unite su « legittimazione ad agire » e « titolarità della posizione soggettiva »*. Sull'eccezione nel processo v., poi, dello stesso F. Russo, *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile: concetti e principi generali: singole fattispecie*, Ariccia, 2015.

quest'ultima è fenomeno ascrivibile alla sola « parte costituita », salve sempre, tuttavia, le eventuali preclusioni sin lì maturate.

2. Questa pronunzia presenta vari motivi di interesse, in primo luogo, come è ovvio, per il processualcivilista. Essa, infatti, prende le mosse dalla distinzione tra legittimazione ad agire e titolarità del rapporto dedotto in giudizio a proposito della quale, è risaputo, sono stati versati i proverbiali fiumi di inchiostro, sebbene oggi la questione sembra avere perso molta della sua passata incandescenza. Volendo semplificare al massimo, si può dire che quello del rapporto tra legittimazione e titolarità) rappresenta uno dei possibili modi attraverso cui declinare, su una scala più ampia, la relazione tra diritto sostanziale e processo. È chiaro, infatti, che la tesi dualista (ovvero la tesi fautrice della distinzione), pur non mettendo in discussione la strumentalità del secondo al primo, assegna all'azione uno spazio operativo e, quindi, concettuale autonomo rispetto al diritto soggettivo: e ciò, nella misura in cui chi agisce in giudizio lo fa, in questa prospettiva di trasparente ascendenza chiovendiana, esercitando un potere ultroneo al contenuto della situazione di vantaggio posta a fondamento della domanda. Al contrario, là dove si sposti un orientamento di tipo monista (per il quale legittimazione e titolarità tendono a sovrapporsi), ciò che si fa valere in giudizio è immediatamente il diritto soggettivo: circostanza questa che, tuttavia, a causa dell'incertezza provocata dalla lite, emergerà solo al termine del processo (3).

Non pretendo di dire nulla di originale, ma, a mio avviso, la questione che, ripeto, oggi appare in larga misura superata, è anche il frutto di un equivoco o, se si preferisce, della commistione di piani che, invece, andrebbero tenuti distinti. Sul piano sistemico, o istituzionale, è fuor di dubbio che il processo sia servente rispetto al diritto soggettivo (ed è questo, in definitiva, il senso dell'art. 24 Cost.); è parimenti indubbio, tuttavia, che, là dove si tratti di

(3) Per un riepilogo della questione, dibattutissima, v., da ultimo, A. Morro, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012.

articolare in concreto la connessione tra l'uno e l'altro dei due termini, la sequenza (prima il diritto soggettivo, poi il processo) non può essere riprodotta fedelmente (perché altrimenti non si vede quale sarebbe la pratica utilità del processo) e al diritto soggettivo viene sostituita l'affermazione del diritto soggettivo che, dal punto di vista dell'ordinamento, rappresenta il presupposto, al contempo necessario e sufficiente, per l'istituzione del giudizio. Se, però, all'origine del processo (non del processo-istituzione, ma del singolo, puntuale processo) sta non il diritto soggettivo, ma la sua postulazione, ne discende che il potere di agire (il quale, appunto, prende corpo nell'affermazione di essere titolare di un diritto soggettivo) si troverà, per forza di cose, dislocato all'esterno del perimetro corrispondente alla situazione di vantaggio "postulata".

In quanto semplice anello di congiunzione tra il Processo e il processo, il potere di agire (l'azione) ben può esaurirsi nella facoltà accordata al soggetto di istaurare il giudizio il quale, da quel momento in poi, vivrà, per così dire, di vita propria (salvo il potere, che è pur sempre un'epifania, speculare, dell'azione, di rinunciare ad esso provocandone l'estinzione nelle forme note al codice di rito: artt. 306-310 c.p.c.). Da questo punto di vista, almeno d'acchitto, non sembra che sia strettamente necessario nominare quel potere e immaginarlo corredato di uno specifico contenuto (ad es., parlarne nei termini di un diritto soggettivo all'emanazione di un provvedimento, favorevole o sfavorevole rappresenterebbe, oggi, a mio avviso, un incomprensibile anacronismo): infatti, quanto accade nel corso del processo è regolato dalla legge che governa quest'ultimo e che impone, in primo luogo al giudice, nella veste di funzionario dello Stato, di svolgere tutte le attività necessarie affinché esso giunga a compimento. Anche i poteri riconosciuti alle parti (di allegazione, di contestazione, di prova) possono considerarsi solo una propaggine di quella sorta di *Ur-Macht*, di potere originario, che è l'azione trovando, viceversa, immediata fondazione nelle corrispondenti norme del codice di rito.

In definitiva, dunque, la legittimazione ad agire non significa

nulla di più di quanto non sia già iscritto nel suo nome, ovvero che l'azione può essere esercitata con successo (non nel senso dell'accoglimento della domanda, ma nel senso della istaurazione di un giudizio non esposto al rischio permanente di una declaratoria di rigetto) allorché ci si proclami, al cospetto di un giudice competente, titolare di un diritto: solo a questa condizione, del tutto comprensibilmente, l'ordinamento potrà ammettere l'esistenza di una lite e la conseguente necessità di una sua composizione.

3. Il significato della locuzione "esercitare l'azione con successo" muta radicalmente allorché essa venga messa in rapporto con il distinto profilo della titolarità della situazione di vantaggio dedotta in giudizio. In questo caso, essa sarà sinonimo di "accoglimento della domanda" e in questo slittamento semantico si annida il diverso modo di atteggiarsi che il *continuum* diritto sostanziale-diritto processuale esibisce a seconda della prospettiva a partire dalla quale lo si voglia riguardare. Infatti, se la legittimazione ad agire segna una temporanea, e inevitabile, prevalenza delle ragioni della macchina processuale in fase di avvio (dove, come si è visto, l'accantonamento della questione di merito e la sua sostituzione con la mera invocazione del diritto), una volta superata questa fase, il giudizio (salvo che per i profili di stretto rito) diviene ciò per cui esso è istituito dall'ordinamento, ovvero la *scena* di un conflitto (rigidamente regolato) che verte sulla esistenza/inesistenza di un diritto soggettivo. Così, il divario che in origine separava il Processo dal processo si accorcia sino a scomparire e l'essere la procedura funzione del diritto riemerge in tutta la sua evidenza: quell'evidenza solo in principio offuscata dalla inaggrabile necessità di dare al processo un fondamento che, senza smentirne *in toto* la strumentalità rispetto all'interesse sostanziale dedotto, si facesse carico della situazione di incertezza creata dalla lite.

Da questo punto di vista, la posizione assunta dalle sezioni unite in ordine al trattamento processuale da riservarsi al tema alla titolarità del rapporto dedotto in giudizio appare del tutto condivi-

sibile. Infatti, se lo scopo del processo è quello di accertare l'esistenza del diritto soggettivo azionato, ne discende, in modo, sembrerebbe, abbastanza lineare, che l'onere di provarne il fondamento debba gravare sull'attore perché, altrimenti, a tacer d'altro, anche la distinzione tra i due profili della legittimazione ad agire e della titolarità, sulla carta chiarissima, finirebbe per assumere, in concreto, una fisionomia assai più sfumata. Del resto, secondo quanto disposto dai nn. 4 e 5 dell'art. 163 c.p.c. la domanda deve contenere «l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni» nonché «l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione»; di talché risulterebbe del tutto incongruo, anche rispetto alla previsione di legge, far gravare sul convenuto, attraverso il medio dell'eccezione in senso stretto, l'onere di provare il difetto di titolarità: e ciò nel presupposto che, trattandosi di questione relativa al merito, essa sia sottratta all'area di quanto è rilevabile d'ufficio. Né potrebbe invocarsi, al fine di giustificare la soluzione meno favorevole per il convenuto, l'analogia con quanto accade, ad esempio, in materia di azione di adempimento (e, oggi, anche di risoluzione) dove al creditore è consentito di allegare il mero inadempimento, spettando, viceversa, al debitore di provare che la prestazione è stata regolarmente eseguita (o che essa è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile): in queste ipotesi, infatti, tra l'esercizio dell'azione e l'originaria posizione di vantaggio vi è una continuità assoluta, nel senso che, davvero, qui (ma sul punto torneremo più avanti), l'azione promana direttamente dal diritto, ovvero essa è il diritto trasferito nel processo. Questo schema, tuttavia, non può trovare applicazione là dove, come nel caso da cui trae origine la pronunzia delle sezioni unite, il diritto fatto valere dall'attore sia, per così dire, un diritto di secondo grado, che trova il proprio fondamento in una fattispecie complessa, di cui è parte integrante una distinta, ancorché collegata, situazione di vantaggio. È quanto accade, appunto, con il risarcimento del danno aquiliano,

la rivendicazione in giudizio del quale presuppone sempre l'allegazione di un fatto (l'illecito) che, oltre ad essere connotato da un elevato grado di complessità strutturale, implica la ricorrenza di un tratto propriamente normativo (il "danno ingiusto") ovvero la lesione di un diritto soggettivo — o, nelle sue declinazioni più liberali, di un "interesse giuridicamente protetto" — *altro* rispetto a quello azionato.

Dunque, il trattamento processuale riservato al diritto di credito *ex contractu* diverge da quello riservato al diritto di credito *ex delicto*: una tale differenza, con ogni probabilità, discende dalla diversa impostazione del *thema decidendum* prospettata dalla domanda, nel senso che nel primo caso, là dove il creditore chiede l'adempimento dell'obbligazione, è del tutto logico supporre che, almeno in prima battuta, il debitore intenda difendersi eccependo i fatti potenzialmente estintivi del credito (senza che ciò, peraltro, ne pregiudichi la possibilità di difendersi per altra via, ad es., contestando l'idoneità del titolo a produrre l'effetto dedotto dall'attore; ovvero, per riprendere la formula adottata dall'art. 2697, comma 2 c.c., eccependo l'inefficacia di quel medesimo titolo); mentre, nel secondo caso, la domanda di risarcimento introduce un tema, quello della ricorrenza dell'illecito e, in particolare, dell'ingiustizia del danno, rispetto al quale un immediato coinvolgimento, sotto il profilo probatorio, del convenuto risulterebbe del tutto incomprensibile. Si consideri, infatti, che altro è alleggerire la posizione processuale dell'attore saltando un passaggio (la prova immediata della esistenza e della validità del titolo) e limitandosi a chiamare subito in scena il convenuto perché, ove gli sia possibile, eccepisca l'inefficacia del titolo o il fatto estintivo della pretesa attorea; ben altra cosa, viceversa, è sovvertire l'ordine prefigurato dall'art. 2697 c.c. che, in primo luogo, assegna all'istante il compito di provare i fatti costitutivi del diritto azionato.

4. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite circa il modo in cui va ripartito l'onere probatorio allorché si tratti di accertare la

titolarità del diritto dedotto in giudizio, presenta un notevole interesse anche per il civilista. Il ragionamento della Corte, infatti, muove dalla considerazione di una fattispecie, della cui peculiarità la Corte stessa si mostra perfettamente consapevole, caratterizzata dall'occorrenza di un diritto che abbiamo denominato di "secondo grado", ovvero il diritto al risarcimento del danno aquiliano. Scrivono, infatti, le sezioni unite che « la titolarità del diritto fatto valere in giudizio è un elemento costitutivo della domanda. Gli elementi costitutivi possono consistere in meri fatti o in fatti-diritto. Per chiedere in giudizio il riconoscimento di un diritto è necessario allegare e dimostrare una serie di fatti: ad esempio, per il riconoscimento di una pensione di inabilità bisogna presentare un certo grado di inabilità e un reddito inferiore a determinati livelli. Ma tra gli elementi costitutivi di un diritto possono esserci anche altri diritti. Nel caso in esame, il diritto oggetto della domanda è il risarcimento del danno subito da un immobile e tra gli elementi costitutivi della domanda vi è il diritto di proprietà sul bene danneggiato. Per chiedere in giudizio il risarcimento del danno la parte deve dimostrare, oltre ad una serie di elementi materiali (il danno, il nesso di causalità), anche di essere titolare di un diritto reale sul bene danneggiato. Il diritto di proprietà non è il diritto oggetto della domanda, e quindi della tutela giudiziaria, ma è un elemento costitutivo di quel diritto ».

È agevole costatare come, ai giudici della Suprema Corte, appaia dirimente la circostanza per cui, nel caso di specie, tra i fatti costitutivi del diritto azionato figuri un altro diritto (qui, il diritto di proprietà) la lesione del quale, integrando gli estremi dell'ingiustizia del danno, individua l'antecedente normativo della pretesa risarcitoria. La direttiva impartita dalle Sezioni Unite in punto di prova rappresenta la traduzione processuale di un rimedio, quello aquiliano che, sebbene l'opinione dominante collochi a pieno titolo dentro lo spazio della tutela giurisdizionale dei diritti, in realtà obbedisce ad una diversa finalità, che è quella di reintegrare il patrimonio del danneggiato. Un uso appropriato della locuzione

“tutela giurisdizionale dei diritti” (da tempo entrata stabilmente nel vocabolario dei giuristi italiani) dovrebbe essere circoscritto alle sole ipotesi nelle quali tra il diritto leso e il diritto fatto valere in giudizio vi sia continuità. Soltanto in casi di questo genere, infatti, si può dire che il processo sia al servizio del diritto soggettivo che si assuma essere stato oggetto di una interferenza illecita diretta, tale cioè da comprometterne l'attitudine (che, poi, ne identifica anche la ragion d'essere) ad assicurare al titolare un'utilità.

Certo, come giustamente osservano le Sezioni Unite, « chi fa valere un diritto in giudizio non può limitarsi ad allegare che un diritto sussiste ma deve allegare che quel diritto gli appartiene, deve dimostrare che vi sono ragioni giuridiche che collegano il diritto alla sua persona ». È questo, poi, in definitiva, il senso dell'art. 2697 c.c., il quale trova sempre applicazione indipendentemente dalla “natura” del diritto fatto valere in giudizio. E, difatti, la questione non riguarda la posizione dell'attore, il quale, prima o poi, verrà chiarito, nella maggioranza dei casi, a provare i fatti costitutivi del diritto azionato, quanto, piuttosto, quella del convenuto nel senso che l'onere difensivo gravante su quest'ultimo viene diversamente calibrato a seconda che egli si trovi a fronteggiare un diritto di “primo grado” (nel qual caso, per costringere l'attore ad andare oltre la mera allegazione, sarà necessario introdurre un'eccezione in senso stretto, come quando venga contestata l'idoneità del titolo a produrre l'effetto azionato), ovvero un diritto di “secondo grado” (nel qual caso, per spingere l'attore in braccio all'art. 2697, co. 1 c.c., sarà sufficiente contestare, per il tramite di una “mera difesa”, la fondatezza della sua pretesa). Come ho già accennato, questa differenza di trattamento non può essere considerata casuale, dipendendo essa, viceversa, come bene evidenziato dalla Suprema Corte, dal fatto che « il diritto di proprietà non è il diritto oggetto della domanda, e quindi della tutela giudiziaria, ma è un elemento costitutivo di quel diritto ».

Il punto è che il diritto al risarcimento del danno aquiliano rappresenta un *quid novi* rispetto al diritto di proprietà (ma anche

al diritto di credito, all'interesse legittimo, al possesso, ossia a tutte quelle situazioni di vantaggio, o a tutti quegli interessi in qualche forma protetti dall'ordinamento, che, in presenza di una perdita patrimoniale, possono candidarsi a soddisfare il requisito dell'ingiustizia del danno, in difetto del quale mai potrebbe darsi ingresso al rimedio risarcitorio): il rapporto che il primo intrattiene con il secondo, infatti, è puramente occasionale, così come, del resto, sotto il segno di una contingenza assoluta si trova l'intero dispositivo della responsabilità civile (la responsabilità dello *ieder*). Questo carattere della pretesa risarcitoria, già apprezzabile sul piano sostanziale, riverbera sulla correlativa azione, la quale, dal canto suo, finirà per esibire un doppio grado di astrazione: il primo, riferibile all'astrattezza che, per le ragioni indicate più sopra, affetta l'azione in quanto tale; il secondo che, appunto, restituisce la distanza tra l'azione medesima ed il suo fondamento normativo (l'ingiustizia del danno) e che, a mio avviso, spiega la ragione per cui, istaurato dal danneggiato il giudizio, al convenuto basterà solo contestare la base giuridica della domanda onde costringere l'attore, il quale non voglia affidarsi ad una valutazione “impressionistica” del giudice, a provare il suo diritto.

Non è così, viceversa, per l'azione di adempimento (in natura o per equivalente) rispetto al diritto di credito perché qui, per riprendere le parole delle Sezioni Unite, il diritto di credito è il diritto oggetto della domanda, e quindi della tutela giudiziaria. L'azione, in questo caso, presenterà il suo grado fisiologico di astrattezza e, infatti, una volta attinta la soglia del merito, al convenuto spetterà di difendersi subito eccependo (e, quindi, provando) i fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto allegato dalla controparte (4).

(4) È interessante notare, ma il punto meriterebbe un ulteriore approfondimento, che, quando il *petitum* sia rappresentato dal rilascio o dalla consegna di un bene (*petitum* che, come noto, può appoggiarsi a due diverse *causae petendi*, a seconda che l'attore agisca in rivendica o in restituzione), il convenuto, se vuole costringere controparte alla prova del suo diritto, deve, in entrambi i casi, necessariamente avvalersi della modalità difesa più impegnativa, ossia l'eccezione in senso stretto ex art. 2697, comma 2, c.c. Al riguardo v. Cass. civ., sez. un., 28 marzo 2014, n. 7305, in *Dir.*

Questo diverso modo di articolarsi della dialettica processuale traduce fedelmente il parallelo, diverso modo di atteggiarsi del rimedio sia in rapporto al diritto di cui è emanazione, sia in rapporto al giudizio che dal suo esercizio consegue: nel suo piccolo, in definitiva, una spia della non eguagliabilità, se non nei termini della comune ascrizione ad una generica prospettiva rimediale, della tutela reale e di quella risarcitoria (5).

ziv. contemporaneo, 29 agosto 2014, con nota di R. OMODEI SALE, *Le Sezioni Unite sul rapporto tra azione di rivendica ed azione di restituzione rispetto alla detenzione "sine titulo"*.

(5) Sul punto mi permetto di rinviare a quanto già osservavo in L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 163.

CRISTOFORO OSTI (\*)

## CONCORRENZA E BUONA FEDE IN UNA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

La sentenza nel caso *Huawei* (1) è interessante in quanto, pur facendo riferimento all'art. 102 (TFUE) in tema di divieto di abuso di posizione dominante, non si pone mai la questione dell'impatto concorrenziale dei comportamenti indagati.

In particolare, nella parte centrale della sentenza (§§ 48-53) la Corte distingue il caso in esame da quelli sui quali si è formata la giurisprudenza comunitaria in tema di concorrenza 'non sui meriti' e di abuso da posizione dominante da ricorso a diritti di proprietà intellettuale. E ciò fa in base ai due elementi (già individuati nelle proprie conclusioni dall'Avvocato Generale): *a*) la natura essenziale del brevetto in questione e *b*) l'impegno progressivo da parte di Huawei (come contropartita alla possibilità di partecipare all'accordo con un brevetto essenziale) di concederlo in licenza a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie (c.d. impegni EREND o FRAND, dalle iniziali dei corrispondenti termini in lingua inglese) a terzi interessati. La Corte, inoltre, ci ricorda che trattandosi appunto di brevetto 'essenziale' il rifiuto di concederlo in licenza non potrà mancare di generare un'esclusiva a favore del titolare, il quale otterrà di "riservare a sé la fabbricazione di tali prodotti".

A questo punto ci si aspetterebbe un'analisi approfondita dell'applicabilità dell'art. 102 alla fattispecie, stante la sua diversità da quelle che hanno formato l'oggetto dei precedenti in tema di

(\*) Professore ordinario di Diritto commerciale, Università del Salento.

(1) Sentenza della Corte di giustizia UE, quinta sezione, del 16 luglio 2015, causa C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd.*, ECLI:EU:C:2015:477.