

L'attività giurisdizionale

a) Tizio, che si afferma creditore di Caio per 160 milioni (a titolo di credito, ad esempio di risarcimento aquiliano), chiede al giudice di disporre un sequestro conservativo da eseguirsi sull'unico immobile di Caio del valore presumibile di 250 milioni, su cui grava un'ipoteca di una banca per la somma di 120 milioni. Caio si oppone al sequestro facendo valere appunto il fatto che il bene in questione, essendo ipotecato, non sarà alienato e permarrà dunque nel proprio patrimonio a garanzia anche del credito di Tizio. L'obiezione riveste qualche fondamento di diritto e/o di fatto?

b) Tizio, acquirente di una partita di diamanti da lavorazione industriale di oreficeria, trovandola viziata, tre giorni dopo la consegna esercita in giudizio l'azione redibitoria *ex artt. 1490 e 1492 c.c.* contro il venditore Caio provvedendo a notificare la domanda nei tre giorni successivi. Caio, nel costituirsi in giudizio, eccepisce che l'azione di Tizio non può essere accolta essendo mancata la denuncia del vizio con tempestiva dichiarazione stragiudiziale e conseguente decadenza. È fondata tale eccezione di decadenza?

c) Tizio ha lasciato, con la sua inerzia, prescrivere un proprio credito pecunionario verso Caio; Caio, a sua volta creditore di Tizio per altra causa di un importo di poco superiore, agisce contro Tizio; Tizio eccepisce che il credito azionato era sorto prima che il suo credito si prescrivesse e invoca, fino alla concorrenza dei due crediti, la loro mutua estinzione per compensazione fin dal giorno della loro concorrenza. L'eccezione di compensazione può essere accolta anche se la prescrizione non è contestabile?

d) Al fine di meglio assicurare la fruttuosità dell'azione revocatoria intentata nei confronti dell'alienazione di un bene immobile del proprio debitore Caio, l'attore Tizio chiederà al giudice di autorizzarlo, nelle more del giudizio – e così della sentenza che renderà a lui inopponibile l'alienazione pregiudizievole –, a eseguire su quel bene un sequestro giudiziario oppure un sequestro conservativo? o piuttosto, ancora, l'attore dovrà pensare a far trascrivere nei registri immobiliari la sua domanda giudiziale?

e) Tizio decide di acquistare una casa e per pagare il prezzo stipula un contratto di mutuo per 100.000 euro con la banca Alfa che fa iscrivere ipoteca sull'immobile acquistato da Tizio a garanzia del suo credito con rogito notarile. Tizio dopo aver versato regolarmente le rate del mutuo sino all'ammontare di 85.000 euro per sopravvenute difficoltà economiche non è più in grado di adempiere alla sua obbligazione restitutoria. Cosa potrà fare la banca per recuperare il suo credito?

f) È applicabile, ai fini della determinazione del giudice competente per i provvedimenti di volontaria giurisdizione in materia societaria, individuato dall'art. 25, co. 1, d.lgs. n. 5/2003 nel giudice del luogo dove la società ha la sede legale, l'art. 46, co. 2, c.c.?

(V. Trib. Agrigento 17 giugno 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 3233, con nota di M. FABIANI).

Giurisdizione costitutiva e poteri sostanziali

a) Tizio propone una azione di risoluzione per inadempimento del contratto concluso con Caio. Rimasto soccombiante in primo grado, Tizio propone appello e in tale sede però muta la domanda di risoluzione per inadempimento in domanda di recesso dal contratto *ex art. 1385 c.c.* Può ammettersi un tale mutamento di domanda?

(V. Cass. 18 settembre 1992, n. 10683; Cass. 15 febbraio 1996, n. 1160).

b) Tizio, creditore di Caio della somma di lire 3.000.000 a titolo di prezzo della vendita di una motocicletta, di fronte al perdurante ritardo di Caio nel pagamento, intima a quest'ultimo con lettera raccomandata di eseguire la sua prestazione entro 20 giorni avvertendo contestualmente che alla scadenza infruttuosa del termine egli riterrà risolto il contratto. Trascorsi invano i 20 giorni, Tizio chiede così a Caio la restituzione della motocicletta che gli aveva venduto e consegnato. Se Caio si oppone alla restituzione, sostenendo per esempio che il suo ritardo non era grave *ex art. 1455 c.c.*, che tipo di azione potrà esperire Tizio?

c) Tizio, non riuscendo a comprendere se quello da lui stipulato con Caio sia un vero contratto di vendita per scrittura privata già efficace sul piano reale, oppure un preliminare, propone una domanda giudiziale volta a far accettare la natura di tale contratto, “riservata al prosieguo del giudizio o ad un separato giudizio ogni altra domanda”, e chiede di veder trascritta tale citazione. Sempronio vorrebbe acquistare il bene da Caio (che gli assicura, fra l'altro, che il contratto con Tizio era stato consensualmente risolto, seppur oralmente), facendosi garantire ovviamente per l'eventuale evitazione di Tizio. Se Sempronio stipula con Caio un rogito di vendita e trascrive dopo la trascrizione della citazione di Tizio sopra descritta, egli acquista in modo saldo?

d) In un contratto preliminare è prevista la “consegna del possesso” dopo 30 giorni dal versamento di una caparra contestuale alla firma del preliminare stesso; il promittente venditore (Tizio), che ricevette come caparra assegni girati gli dal promittente acquirente (Caio) e a lui rilasciati da terzi, non riesce ad incassare parte di quegli assegni e non consegna quindi il bene.

Caio, offrendosi di sostituire gli assegni risultati scoperti con denaro, vuole la consegna, anche se non è ancora stato stipulato il contratto definitivo. Potrà chiedere giudizialmente una sentenza di condanna al rilascio?

e) Dopo la pronuncia di una sentenza costitutiva *ex art. 2932*, e il suo passaggio in giudicato, le parti risolvono il loro accordo di vendita consensualmente. È questo ammissibile?

f) La domanda di accertamento del diritto di proprietà su un bene immobile, trasferito mediante scrittura privata con sottoscrizioni non autenticate, è idonea – se trascritta – a produrre l'effetto di prenotazione di cui all'art. 2652, n. 3, c.c.? E, nella eventualità negativa, tale domanda potrebbe essere trascritta ai sensi e per gli effetti conservativi dell'art. 2653, n. 1, c.c.?

(V. in proposito Cass. 21 ottobre 1993, n. 10434, in *Foro it.*, 1994, 1, 1427).

g) È ammissibile il passaggio, in corso del processo di primo grado, dalla domanda di accertamento della già acquisita proprietà in forza di scrittura privata (c.d. preliminare improprio) alla domanda costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. fondata sull'inadempimento delle obbligazioni scaturenti da un vero contratto preliminare di vendita (che l'attore, *re melius perpensa*, scorge nella scrittura privata posta a base del processo a suo tempo iniziato)? Si tratta di domande diverse oppure di specificazioni della stessa *res iudicanda*?

(V., a composito di un conflitto giurisprudenziale, Cass., sez. un., 5 marzo 1996, n. 1731, in *Corr. giur.*, 1996, 639 ss.).

h) Tizio, proposta un'azione di annullamento per errore di una compravendita immobiliare, individua nell'atto di citazione in modo poco preciso l'immobile (confini errati, indicatori catastali imprecisi ecc.); tale atto di citazione è trascritto nei registri immobiliari (artt. 2652 e 2653 c.c.), adempiendo a quello che per l'attore è piuttosto un onere che un obbligo. Per paura che la inesatta individuazione dell'immobile possa in futuro, al momento della sentenza, far ritenere non bene osservato quell'onere – e farlo soccombere di fronte ad eventuali terzi subacquirenti – Tizio propone un'altra domanda giudiziale volta a far accettare che, nonostante le inesattezze, l'oggetto del primo processo era sufficientemente individuato sia agli occhi del convenuto che dei terzi. È ammissibile questa azione dichiarativa? Può (o deve) essere trascritta anch'essa nei registri immobiliari?

i) La società Beta si impegna con un contratto preliminare di compravendita a vendere un appartamento a Sempronio. Al momento della stipulazione del contratto preliminare Sempronio promittente acquirente versa i 3 decimi del prezzo pattuito. Nelle more della stipulazione del contratto definitivo la società Beta fallisce. Il curatore fallimentare decide di non procedere alla conclusione del contratto definitivo. Può Sempronio adire il giudice per ottenere una

sentenza costitutiva *ex art. 2932 c.c.*? La risposta sarebbe diversa se il contratto preliminare fosse stato trascritto (vedi l'art. 2645-*bis* c.c. introdotto dalla legge n. 30/1997)?

l) La condanna alle spese di lite del convenuto soccombente, contenuta in una sentenza di primo grado che ha colto una domanda costitutiva dell'attore, è subito esecutiva anche se la sentenza viene appellata?

(Per la negativa Cass. 12 luglio 2000, n. 9236; *contra* Trib. Udine 8 aprile 2002, in *Giur. it.*, 2003, 1170 ss.).

m) Entro quali limiti è possibile la tutela cautelare, *ex art. 700 c.p.c.*, del diritto alla conclusione del contratto definitivo in capo al promissario acquirente?

(V. di recente Trib. Torino 12 luglio 2003, in *Giur. it.*, 2004, 538).

3

Tipologie di sentenze costitutive; il giudice civile e la pubblica amministrazione

a) Una sentenza che accolga quella che viene proposta come “domanda di (accertamento della) usucapione”, fornendo così all’attore anche il titolo per la trascrizione, è una sentenza meramente dichiarativa o produce forse effetti sostanziali innovativi, e così in particolare un effetto estintivo della proprietà del convenuto? Ed allora, potrà essere dall’attore alienato il bene validamente dopo tale sentenza, ma prima del suo passaggio in giudicato, ad esempio mentre pende l’appello? E se la vendita avvenisse prima ancora della pronuncia di accoglimento di primo grado, o financo prima della proposizione della domanda giudiziale, *quid iuris*?

b) Una domanda di risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento non approda alla sentenza perché il processo si estingue. Il convenuto, dopo la notifica della domanda e prima dell’estinzione, aveva adempiuto. Potrà l’altra parte fondatamente riproporre la domanda di risoluzione?

c) Può ammettersi una citazione che cumuli in via alternativa l’azione redibitoria e l’azione estimatoria o l’art. 1492 c.c. esclude tale forma di iniziativa giudiziaria? In quali casi l’azione redibitoria può essere infondata e non invece quella estimatoria, sì da suggerire un cumulo di azioni: la prima in via principale, la seconda in via subordinata?

(V. Cass., sez. un., 12 febbraio 1988, n. 1496, in *Foro it.*, 1988, I, 2975 ss.).

d) Esperita con successo l’azione revocatoria, *ex art.* 2901 c.c., da parte del creditore Sempronio sul bene venduto a Caio dal suo debitore Mevio, Sempronio vede spontaneamente soddisfatto il suo debito; un altro creditore, Cornelio, ottenuto il titolo esecutivo contro il medesimo debitore Mevio, vuole esercitare direttamente l’azione esecutiva sul bene nei confronti dell’acquirente Caio. Questi si oppone. È fondata la sua opposizione? Rientra essa nel paradigma dell’art. 615 oppure dell’art. 619 c.p.c.?

e) La prescrizione del diritto alla revoca ed alla restituzione dei pagamenti compiuti dal fallito nell’anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, *ex art.* 67, co. 2, l. fall., può essere interrotta mediante un semplice atto stragiudiziale di costituzione in mora dell’*acciens*, ai sensi dell’art. 2943, co. 4, c.c.?

(In senso negativo, Cass. 17 gennaio 1995, n. 481, e Cass. 1° febbraio 1995, n. 1119, in *Fall.*, 1995, 854; Cass., sez. un., 13 giugno 1996, n. 5443, in *Corr. giur.*, 1996, 1017; Cass. 5 settembre 1996, n. 8086, in *Corr. giur.*, 1997, 173).

f) Qualora il contratto preliminare di vendita di un immobile in comunione *pro indiviso* risulti stipulato solo da alcuni dei vari comproprietari, è ammissibile una pronuncia *ex art.* 2932 c.c. emessa relativamente alle sole quote del bene di cui sono titolari coloro che hanno effettivamente partecipato al negozio?

(V. in proposito, Cass. 22 ottobre 1997, n. 10367, in *Corr. giur.*, 1997, 63 ss., e già Cass., sez. un., 8 luglio 1993, n. 7481, in *Corr. giur.*, 1993, 1320 ss.).

g) Il socio di una cooperativa (operante con il contributo dello Stato), che si ritiene illegittimamente escluso, chiede al giudice civile (nel 1993) il risarcimento del danno senza impugnare davanti al T.a.r. la delibera di esclusione. La domanda può essere accolta?

(V., per la negativa, Cass. 27 marzo 2003, n. 4538, in *Dir. giust.*, 2003, 17, 21 ss.; v. anche Cons. Stato, ad. plen., n. 4/2003, *ibidem*, 15, 65 ss.).

h) Alcuni proprietari siciliani, dopo il 10 agosto 2000, hanno azionato innanzi al giudice amministrativo una domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno conseguente all’irreversibile trasformazione di un’area realizzata in forza di una dichiarazione di p.u. priva dei termini di cui all’art. 13 legge n. 2359/1865 senza impugnare gli atti della procedura ablatoria. Il T.a.r. Sicilia ha ritenuto che l’accoglimento della domanda risarcitoria fosse condizionato dall’esito positivo del giudizio di annullamento degli atti amministrativi e che quindi la mancata impugnazione degli atti espropriativi avesse l’effetto di provocare l’inammissibilità dell’azione acquisitiva. Alla luce dei recenti interventi normativi che hanno concentrato presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell’atto illegittimo e quella risarcitoria come diritto conseguenziale è corretta la decisione del T.a.r. Sicilia?

(V. T.a.r. Sicilia, Palermo, 11 ottobre 2001, n. 1444 e Cons. Stato, ad. plen., n. 4/2003, in *Dir. giust.*, 2003, 15, 65 ss.).

i) Una ordinanza-ingiunzione relativa a sanzioni amministrative viene opposta in quanto incongruamente motivata; la censura in oggetto si rivela fondata ma la P.A. resistente offre, in sede giudiziale avanti al tribunale, un supplemento di motivazione e di prova dell’illecito più esauriente ed in fine appagante. Che contenuto dovrà assumere la sentenza del tribunale quanto alla legittimità della sanzione irrogata?

4

Azione di condanna e tutela esecutiva

a) Il creditore cambiario Caio, munito di cambiale priva di bollo, non potendo agire subito *in executivis* vorrebbe, sulla base di tale cambiale, chiedere al giudice competente un decreto ingiuntivo subito esecutivo *ex art. 642 c.p.c.* Può farlo o la sua cambiale è inidonea anche a tale effetto? Si discuta il caso così con riguardo al nuovo, come con riguardo al vecchio testo della norma citata.

b) Tizio, come proprietario-locatore, e Caio, come conduttore, hanno stipulato il contratto di locazione di un complesso immobiliare in forma pubblica notarile: ivi è previsto che dieci giorni dopo Caio paghi a Tizio, a titolo di acconto sui canoni, una certa somma e che Tizio, sessanta giorni dopo, rilasci al conduttore la detenzione dell'intero complesso immobiliare. Alle rispettive scadenze di queste obbligazioni rimaste inadempinte, entrambe le parti saranno titolari di un titolo esecutivo? Se la ragione della mancata esecuzione dell'obbligazione del conduttore-debitore pecuniario Caio risiede nel fatto che, secondo lui, il contratto è viziato da errore essenziale, potrà egli far valere tale situazione per opporsi all'esecuzione iniziata da Tizio per il credito dell'acconto?

c) Caio agisce contro Sempronio con una ordinaria azione di condanna e vince sia in I che in II grado. Sulla base della sentenza di appello di condanna esecutiva Caio intende promuovere un procedimento esecutivo contro il socio-imbidente Sempronio, il quale – ricevuta la notifica del precezzo che preannuncia l'esecuzione – adempie; l'esecutante, ciononostante, assumendo (a torto) che non tutto il debito è stato estinto, procede agli atti esecutivi (ad esempio a richiedere il pignoramento, se si tratti di un'obbligazione pecuniaria); che tutela può ricevere la posizione di Sempronio?

d) Tizio ottiene una sentenza di condanna provvisoriamente esecutiva contro Caio, secondo la regola generale sancta dall'art. 282 c.p.c. novellato. Instaurato il giudizio d'appello, Caio fa istanza per la sospensione dell'esecutorietà della sentenza di primo grado (*ex artt. 283 e 351*). Tizio contesta radicalmente la fondatezza dell'istanza di Caio, mettendo in rilievo come non sussistano i gravi motivi che ne sono stati dedotti a fondamento e sottolineando come ben maggior sia il pregiudizio cui è egli stesso esposto, di fronte al rischio che Caio disperda il proprio patrimonio. Ciò nonostante, il giudice concede l'inibitoria. Potrà Tizio comunque tutelare le possibilità di soddisfazione del proprio credito contro eventuali atti di disposizione di Caio, che tendano a renderne incapiente il patrimonio, mediante iscrizione di ipoteca giudiziale su un immobile di notevole valore appartenente a Caio, e ciò benché la sentenza di primo grado non sia più provvisoriamente esecutiva?

e) La sentenza di omologazione della separazione consensuale tra i coniugi, di cui all'art. 158 c.c., costituisce titolo idoneo all'iscrizione di ipoteca giudiziale qualora preveda la corresponsione di somme?

f) Quale soluzione si deve accogliere, quanto all'idoneità a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, in relazione al lodo degli arbitri rituali?

(Cfr. Cass. 25 novembre 2000, n. 1100, in *Corr. giur.*, 2001, 339, con nota di DANOVIS, *All'esame della Consulta la questione dell'iscrivibilità di ipoteca giudiziale in forza di ordinanza ex art. 708 c.p.c.*; per la manifesta infondatezza della questione v. poi Corte cost., ord., 24 giugno 2002, n. 272, in *Giur. cost.*, 2002, 1980).

g) Tizio conviene in giudizio Caio affinché sia condannato ad adempire all'obbligazione contrattuale avente ad oggetto l'insonorizzazione di una parete divisoria fra l'albergo gestito dall'attore e la sede del Centro culturale di cui Caio è il legale rappresentante. In corso di giudizio Tizio modifica la domanda chiedendo la condanna di Caio al pagamento della penale, prevista dal contratto, dovuta per ogni giorno di ritardo nell'adempimento. A chi spetta la prova dell'inadempimento di Caio? Se Caio eccepisce che Tizio non ha adempiuto all'obbligazione corrispettiva di pagare il prezzo a chi spetta la prova dell'inadempimento di Tizio? E se Tizio conviene in giudizio Caio per il risarcimento del danno dovuto all'inesatto adempimento – Caio ha fatto eseguire dei lavori di muratura che però non hanno insonorizzato le pareti – a chi spetta la prova dell'avvenuto esatto adempimento di Caio?

(Cfr. sul punto Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 in *Foro it.*, 2002, I, 769 ss.).

h) Gli arbitri rituali, posto che la loro attività pone capo ad una decisione che attua la legge con efficacia di accertamento, sono legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale? E gli arbitri irrituali? E se sì con che tipo di provvedimento e come risulterà disciplinato il termine per il deposito del lodo attese le more richieste dall'incidente di costituzionalità?

(Cfr. Corte cost. 28 novembre 2001, n. 376 in *Corr. giur.*, 2002, 1010 ss. con nota di FORNACIARI, *Arbitrato come giudizio a quo: prospettive di una possibile ulteriore evoluzione*).

i) Nell'assenza di alcuna disciplina di diritto transitorio, sul punto, deve ritenersi che abbiano o meno efficacia di titolo esecutivo le scritture private autenticate prima del 1° marzo 2006 (data di entrata in vigore delle riforme 2005-2006)?

j) Il giudice ordina con sentenza alla società Alfa di cessare un comportamento lesivo di un diritto di proprietà industriale della società Beta, e fissa la somma di diecimila euro per ogni violazione successivamente constatata, conformemente all'art. 124, co. 2, c.p.i. (d.lgs. n. 30/2005). Dopo il passaggio in giudicato della sentenza, la società Alfa viola l'ordine del giudice, riprendendo a tenere il comportamento inibito. Può la società Beta agire direttamente *in executivis* nei confronti della società Alfa, onde riscuotere l'*astreinte*, o deve prima agire in un autonomo giudizio di cognizione onde far constatare la violazione?

(V. App. Milano 10 febbraio 2004, in *Riv. esec. forz.*, 2004, 779).

5

La cosa giudicata sostanziale (natura, limiti oggettivi e cronologici)

a) La sentenza passata ormai in giudicato che, a fronte di una azione risarcitoria deducente sia i danni alle cose che quelli alla persona, abbia accolto la domanda e liquidato i danni alle cose ma non quelli alla persona (perché, ad esempio, ancora *in itinere*), impedisce di far valere il credito per queste voci di danno in un nuovo giudizio? La questione va diversamente risolta se il giudicato esplicitamente rinvia quella liquidazione ad un successivo giudizio?

(V. Cass. 22 ottobre 1985, n. 5192, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 383).

b) Una sentenza di rinvio, passata in giudicato, rigetta l'azione di risoluzione contrattuale per inadempimento perché difettava all'epoca in cui si concluse l'istruttoria il requisito di cui all'art. 1455 c.c., trattandosi di inadempimento (ritardo) di lieve entità. Durante il periodo di pendenza del giudizio di cassazione e di rinvio, quell'inadempimento si protrae nel tempo e diviene man mano rilevante *ex art.* 1455. Come potrà farsi valere, e quando, il (negato finora) diritto alla risoluzione?

c) Una azione ed un giudicato di mero accertamento in che modo influiscono sui termini prescrizionali del credito? Opera l'art. 2943? E l'art. 2945? E l'art. 2953?

d) Tizio ha ottenuto un accertamento giudiziale del suo diritto di proprietà nell'ambito di un processo di rivendica o di mero accertamento condotto nei confronti di Caio. Potrà Tizio far valere il giudicato *erga omnes*, ossia nei confronti di tutti i consociati, tenuti nei suoi confronti al *non facere* consistente nell'astenersi dal turbare la sua facoltà di godere e disporre della cosa oggetto di proprietà? E Caio – ove, pur soccombente in quel primo processo, abbia mantenuto ugualmente il possesso – potrà opporre a Sempronio, che lo abbia a sua volta convenuto in rivendica, la circostanza che la proprietà è già stata riconosciuta una volta per tutte in capo a Tizio, primo rivendicante?

e) Caio collabora in modo continuativo con Tizio pur non essendo lavoratore dipendente. Negato da Tizio il pagamento degli oneri contributivi e assistenziali a favore dei lavoratori subordinati adisce il giudice per ottenere il riconoscimento della sua posizione di lavoratore subordinato dal momento dell'inizio della sua collaborazione con Tizio. Il giudice accerta l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato, il suo momento d'inizio e la qualifica professionale di Caio. Tre anni dopo Caio si licenzia e chiede a Tizio il TFR. Sorge controversia in ordine all'ammontare di detto TFR. Caio adisce il giudice il quale a sua volta dietro eccezione di Tizio ridetermina la durata del rapporto di lavoro subordinato. Poteva il giudice riesaminare la detta questione? Poteva il giudice rilevare d'ufficio l'esistenza del precedente giudicato?

f) È ammissibile un'azione di accertamento negativo dell'altrui diritto al risarcimento del danno, stragiudizialmente vantato in misura indeterminata? Quale efficacia di accertamento rivestirebbe la relativa decisione di rigetto nel merito di siffatta domanda?

g) Allorché con sentenza passata in giudicato sia stato dichiarato in Italia il diritto di una società italiana all'erogazione di un certo aiuto di Stato, nella specie dichiarato però incompatibile con il mercato comune dalla Commissione europea dopo l'instaurazione del giudizio civile e prima della sua conclusione, può l'autorità nazionale condannata all'erogazione revocare l'aiuto, o vi ostia la cosa giudicata? Una conclusione in questo secondo senso, ove la si giudicasse corretta sul piano dell'ordinamento interno, è rispettosa del principio del c.d. primato del diritto comunitario?

(V. Corte CEE, grande sezione, 18 luglio 2007, n. C-119/2005, in *Corr. giur.*, 2007, 1221 ss., nonché CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino a intaccare la «ferrea» forza del giudicato sostanziale, ibidem*, 1189 ss.).

6

L'operatività del giudicato nei nuovi processi e i suoi limiti soggettivi

a) Fra la banca creditrice (A) e il cliente mutuatario (B) vi è già un giudicato di accertamento del credito alla restituzione di capitale ed interessi. Successivamente C si costituisce fideiussore, mediante contratto concluso con A, del debito di B. Se nascesse lite fra banca e fideiussore, quel giudicato influirebbe riguardo alla contestata validità della fideiussione e/o riguardo alla, pure contestata, validità dell'obbligazione così garantita del debitore principale B?

b) Stipulato un contratto preliminare di compravendita fra A e B, A ottiene, a fronte dell'inadempimento di B, sentenza costitutiva tenente luogo del contratto definitivo, poiché varie difese di B sono state rigettate (esempi: nullità per difetto di forma, risoluzione consensuale, etc.). La sentenza passa in giudicato. Il soccombente B, con una nuova azione fa valere l'annullabilità del preliminare, e così ormai del rapporto di compravendita, per vizio del volere, chiedendo al giudice l'annullamento. Come deve decidere il giudice?

(V. Cass. 27 novembre 1986, n. 6991, in *Foro it.*, 1987, I, 446).

c) Stipulato fra A e B un contratto di permuta con date diverse per la consegna dei due beni, alla prima scadenza, A, ormai proprietario ma creditore della consegna, deve ottenere un giudicato di condanna di B a tal fine, poiché B eccepiva l'invalidità del contratto. Anni dopo, alla scadenza del debito di consegna di A, questi si trincera dietro analoghe eccezioni e costringe B ad agire. Il primo giudicato rivestirà in questo secondo processo qualche effetto pregiudicante?

d) Un certo atto di licenziamento viene "impugnato" per farne valere la scorrettezza formale. La domanda viene rigettata con sentenza passata in giudicato. Potrà essere il licenziamento "impugnato" per ragioni sostanziali (ad esempio: mancanza di giusta causa) o viceversa? Rispondere muovendo dalla determinazione del tipo di domanda esperita e del suo oggetto.

(V., per una soluzione, tuttavia molto discutibile, Cass. 15 maggio 1984, n. 2965, in *Foro it.*, 1984, I, 2997).

e) Il conduttore di un immobile ad uso abitativo chiede ed ottiene la restituzione delle somme pagate a titolo di canone in misura eccedente quella legale (c.d. equo canone), in base ad un giudicato che, a tal fine, qualificò il contratto soggetto alle regole della legge n. 392/1978. Con successivo giudizio il locatore chiedeva il rilascio dell'immobile per una scadenza che presupponeva il contratto avulso da quel regime normativo in quanto volto a soddisfare un'esigenza transitoria del conduttore – art. 26, lett. a) legge cit. –. Tale azione può essere accolta o il giudicato formatosi nel primo processo la pregiudica negativamente?

(V., nella linea consueta in giurisprudenza, Cass. 29 settembre 1997, n. 9568).

f) Un lavoratore ottiene la declatoria di illegittimità del proprio licenziamento (ossia della sua inidoneità ad estinguere il rapporto di lavoro al momento in cui il licenziamento è stato intimato) con sentenza passata in giudicato. Tuttavia, nelle more di tale processo, egli riceve un secondo licenziamento, intimatogli per ragioni diverse e per fatti successivi a quelli esaminati dalla sentenza di reintegro. Nel nuovo giudizio rivolto contro il nuovo licenziamento, può il lavoratore invocare il primo giudicato, assumendo che esso (formatosi dopo il secondo licenziamento) abbia accertato l'attualità del rapporto?

(V., per una fatispecie peraltro un poco più complessa, Cass., sez. lav., 25 ottobre 1997, n. 10515).

g) Tizio agisce nei confronti di Caio, chiedendo il risarcimento dei danni passati e di quelli futuri; il giudice ritiene di poter liquidare solo i danni già maturati in quanto i danni futuri potranno essere liquidati solo quando si realizzerranno. In realtà il danno futuro era prevedibile e pertanto il giudice avrebbe dovuto quantificarlo e condannare Caio al pagamento. La sentenza di condanna al risarcimento dei danni già maturati passa in giudicato. Successivamente verificatisi i danni futuri Tizio agisce contro Caio per ottenerne il risarcimento. Caio eccepisce la formazione della cosa giudicata. Il giudice deve accogliere l'eccezione o giudicare nel merito?

h) È ammissibile un'azione diretta ad ottenere dal giudice l'accertamento che una determinata sentenza, già passata in giudicato tra le stesse parti, deve essere interpretata in un certo senso, piuttosto che in un altro?

(V. Cass. 26 aprile 2000, n. 5339, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 457 ss., con nota di A.A. ROMANO, *L'accertamento del giudicato non intellegibile*).

7

Gli elementi individuatori della domanda giudiziale

a) L'attore propone domanda di risoluzione contrattuale per inadempimento basandosi sulla grave tardività della consegna della merce acquistata; il convenuto si difende producendo una lettera con cui l'attore riconfermava l'ordine dando un nuovo e più lungo termine per la consegna. La sentenza rigetta la domanda. Potrà l'attore soccombente dedurre in appello che la merce consegnata era difforme da quella ordinata ed insistere su tale base sulla declaratoria di risoluzione? Se non viene fatto appello, potrà l'acquirente agire con una nuova domanda di risoluzione per *aliud pro alio*?

b) Nel corso del giudizio di primo grado può l'attore abbandonare l'azione di accertamento della proprietà del bene vendutogli per scrittura privata, e chiedere la sentenza costitutiva *ex art. 2932*, ammettendo la fondatezza della difesa del convenuto di non avere ancora venduto con effetti reali il bene?

c) Potrà l'attore in rivendica, rimasto soccombente in primo grado per la ritenuta invalidità del suo contratto di acquisto dal vecchio proprietario, vedere accolta in appello la sua azione dimostrando di avere nel frattempo usucapito il bene?

d) Una azione di condanna all'adempimento di una obbligazione contrattuale di restituzione della cosa depositata viene rigettata per carenza di un contratto di deposito. Potrà ammettersi nei confronti dello stesso convenuto una azione di restituzione basata sul recesso da un rapporto di comodato dello stesso bene? Ed una azione di rivendicazione?

e) Viene rigettata, con una sentenza passata in giudicato, una azione di annullamento contrattuale per errore. Potrà proporsi una azione di simulazione assoluta dello stesso contratto?

f) La sentenza che accerta l'inefficacia del licenziamento per difetto di forma (a causa del mancato rispetto della procedura di cui all'art. 7 Statuto dei lavoratori) preclude al datore di lavoro la possibilità di intimare efficacemente il licenziamento, in modo questa volta rituale, per gli stessi fatti di giusta causa o giustificato motivo, già posti alla base del primo atto di licenziamento?

(V. Cass. 24 luglio 1978, n. 3692, in *Foro it.*, 1978, I, 2750; Pret. Nocera Inferiore 29 aprile 1985, in *Giust. civ.*, 1986, I, 28).

g) La proposizione di una domanda nuova all'udienza di comparizione e trattazione, fuori dei ristretti limiti in cui tale attività è oggi espressamente consentita dal nuovo testo dell'art. 183 c.p.c., costituisce un vizio rilevabile d'ufficio dal giudice, ovvero è la parte interessata a doverne lamentare l'inammissibilità?

L'eccezione di merito e la ripartizione fra le parti dell'onere della prova

a) Tizio propone domanda giudiziale per ottenere il pagamento di un suo certo credito nei confronti di Caio e, per sostenerne le sue ragioni, produce anche una lettera con cui Caio riconosceva l'esistenza del debito. Nella lettera però Caio affermava altresì di non essere più tenuto all'adempimento essendosi ormai il credito estinto per prescrizione e comunque per compensazione. Potrà il giudice rigettare la domanda per prescrizione ed eventualmente per compensazione tenendo conto di ciò che risulta dalla lettera agli atti?

b) In una causa per risarcimento dei danni dovuti all'inadempimento di un contratto, il convenuto si difende affermando che il contratto non si è comunque efficacemente concluso, poiché, avendo trascorso un lungo periodo all'estero, egli non ha avuto, senza colpa, alcuna conoscenza dell'accettazione dell'attore alla sua proposta contrattuale. Tenendo conto anche della presunzione stabilita dall'art. 1335 c.c., si dica se il convenuto sta contestando il fatto costitutivo del diritto dell'attore (c.d. mera difesa) oppure sta allegando un fatto impeditivo (c.d. eccezione in senso proprio) e come va impostata la ripartizione dell'onere della prova fra le due parti.

c) In vista del giudizio su una azione di garanzia per vizi nella cosa venduta (redibitoria o estimatoria, non importa) graverà sul compratore-attore oppure sul convenuto offrire la prova che si era avuta (o rispettivamente era mancata) la tempestiva denuncia del vizio entro gli otto giorni dalla sua scoperta *ex art. 1495, co. 1?*

E la prova che vi era stato occultamento o riconoscimento del vizio da parte del venditore, nel caso di mancata denuncia, e così ai sensi del co. 2, graverà sull'attore?

(V., in vario senso, fra molte, Cass. n. 6365/1991 e Cass. n. 8194/1990).

d) Nel giudizio in cui un lavoratore subordinato fa valere uno dei diritti previsti nel titolo III dello Statuto dei lavoratori ivi compresa la tutela di cui all'art. 18 (legge n. 300/1970), è fatto costitutivo che egli sarà onerato di provare la dimensione aziendale e il suo numero di dipendenti superiore alla soglia dettata dall'art. 35 St. lav.; o la dimensione inferiore deve considerarsi fatto impeditivo, che dovrà allegare e provare il datore di lavoro convenuto?

(V. ora Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Corr. giur.*, 2007, 651 ss., con nota di DAVERIO, *Le sezioni unite sull'onere probatorio del requisito dimensionale*).

e) Nelle cause di accertamento negativo, incombe all'attore la prova dell'inesistenza del fatto costitutivo del diritto controverso, ovvero è il convenuto a sopportare il rischio della mancata dimostrazione dell'esistenza del medesimo?

(V. nel primo senso Cass. 22 luglio 2002, n. 10658, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, II, 553 ss.).

f) Qual è il modo corretto di descrivere la fattispecie costitutiva della *condictio indebiti*? Grava sull'attore che agisce per la ripetizione di quanto pagato in modo oggettivamente indebito la prova dell'inesistenza della *causa debendi*, ovvero è onere del convenuto provarne l'esistenza?

(V. Cass. 17 marzo 2006, n. 5896).

La connessione e l'ampliamento dell'oggetto del giudizio

a) Tizio è stato citato in giudizio da Caio, che pretende il risarcimento dei danni che il primo avrebbe arrecato a un suo terreno durante lo svolgimento di alcune opere di riparazione idraulica sul terreno contiguo. Tizio oppone che nessun risarcimento è dovuto a Caio, poiché in realtà il terreno su cui si sarebbero verificati i danni non è di sua proprietà, bensì di un terzo Sempronio. Sta egli svolgendo una domanda riconvenzionale, un'eccezione o una mera difesa? E se opponesse di avere egli stesso ereditato il terreno su cui si sono verificati i danni?

b) Caio agisce per ottenere il pagamento dell'ultima rata del prezzo della compravendita di un macchinario industriale e il convenuto Tizio oppone che la rata non è dovuta perché il macchinario era viziato e chiede anche in via riconvenzionale la restituzione di una parte delle rate già pagate. A fronte di ciò l'attore eccepisce che l'azione estimatoria del convenuto è già prescritta, e quest'ultimo precisa che la garanzia per i vizi è fatta valere in via di mera eccezione, consentita dal codice civile anche se è già decorso il termine di prescrizione. Può la deduzione dei vizi considerarsi in effetti una mera eccezione ed in che limiti?

c) Il rigetto della domanda di rivendica comporta sempre l'accertamento della proprietà, in relazione al bene rivedicato, in capo al convenuto vittorioso? o si renderà necessario a tal fine che il convenuto proponga domanda di accertamento incidentale della proprietà in capo a sé?

d) Tizio conviene in giudizio Caio davanti al giudice di pace per ottenere la restituzione di un mutuo; Caio eccepisce in compensazione un suo credito, per prestazione di servizi, che eccede la competenza del giudice adito. A fronte della contestazione di Tizio, che sostiene di aver già da tempo soddisfatto il credito opposto in compensazione da Caio, il giudice di pace pronuncia, con riserva di esame dell'eccezione di compensazione da parte del giudice superiore competente per valore, condanna esecutiva in relazione al credito, fondato su titolo non controverso, fatto valere da Tizio. Il tribunale, dinanzi al quale sono state rimesse le parti, riscontrata la fondatezza dell'eccezione di Caio, caduta la sentenza di condanna con riserva. Caio allora, che *medio tempore* aveva dovuto soddisfare il credito di Tizio, chiede l'adempimento del controcredito opposto in compensazione ed ora accertato dal tribunale. Tizio si difende allegando l'inesistenza del credito di Caio, estintosi a sua volta per compensazione. *Quid iuris?*

e) Qualora Caio, convenuto in *negatoria servitutis*, si difenda assumendo di aver acquistato la servitù in via di usufruizione, la sua difesa si configura come mera eccezione o come domanda di accertamento incidentale? E, nel primo caso, otterrà egli comunque un accertamento avente efficacia di giudicato sulla sussistenza del suo diritto?

f) Qual è l'ultimo termine utile, nel rito riformato dalla legge n. 80/2005, per la proposizione di una domanda di accertamento incidentale?

g) Esperita da uno dei contraenti azione di risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento, ove il giudice rigetti tale domanda rilevando d'ufficio che il contratto è in realtà *ab origine* affetto da vizio che lo rende nullo, si forma o meno giudicato anche sulla pronuncia di nullità? Ed è, a monte, legittimo il rilievo d'ufficio della nullità, in caso di azione esperita per la risoluzione di un contratto?

[V. Cass. 16 maggio 2006, n. 11356, in *Corr. giur.*, 2006, 1418 ss., con nota di CONSOLO, *La Cassazione prosegue nel suo dialogo con l'art. 1421 c.c. e trova la soluzione più proporzionata (la nullità va sempre rilevata, ma non si forma "ad ogni effetto" giudicato)*].