

Sezione II

La decisione di merito e le sue condizioni

1. Le condizioni di decidibilità della causa nel merito (presupposti processuali e condizioni dell'azione) e le sentenze di rito

1. Le condizioni di decidibilità della causa nel merito: i presupposti processuali e le c.d. condizioni dell'azione. – 2. Le conseguenze della mancanza delle c.d. condizioni di decidibilità della causa nel merito: le sentenze di (rigetto in) rito. – 3. I presupposti processuali: classificazione. – 4. I presupposti processuali relativi al giudice: la giurisdizione e la competenza (rinvio). – 5. I presupposti processuali che riguardano le parti: la capacità di essere parte del processo, la capacità processuale d'agire e la rappresentanza processuale. Le c.d. condizioni dell'azione (rinvio). – 6. I presupposti processuali che riguardano l'oggetto del giudizio: la mancanza di un precedente giudicato (o *ne bis in idem*) e la litispendenza (e la continenza tra cause) ... – 7. (segue) L'esistenza di una convenzione arbitrale, e lo svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione extraprocesso.



Questo capitolo ripercorre il contenuto dei Cap. 1-2, Sez. III, Tomo I delle *Spiegazioni di diritto processuale civile*

1. Le condizioni di decidibilità della causa nel merito: i presupposti processuali e le c.d. condizioni dell'azione

Con l'espressione **condizioni di decidibilità della causa nel merito**, si indicano tutti quegli elementi (presupposti processuali e condizioni dell'azione) che devono sussistere affinché il processo possa giungere al suo esito fisiologico, che è la decisione nel merito della causa, ossia la pronuncia con cui si definisce la lite accertando se il diritto dedotto in giudizio esiste o meno (ed eventualmente si riconosce al suo titolare la possibilità di agire in via esecutiva). Ogni processo, infatti, ha uno stadio preliminare in cui si deve verificare, anche d'ufficio, se al giudice compete questo potere-dovere di decidere la causa nel merito.

Partiamo allora dai **presupposti processuali**. Per comprendere cosa e quali siano i presupposti processuali, e così pure le conseguenze della loro mancanza è utile fare riferimento alla nozione di c.d. rapporto giuridico processuale.

Secondo la dottrina classica (Chiovenda e Liebman), con la proposizione della domanda giudiziale, si instaura un nuovo rapporto (diverso dal rapporto giuridico sostanziale, che corre solo tra l'attore ed il convenuto): si tratta del c.d. rapporto giuridico processuale, che lega attore, convenuto e giudice, e che è dotato di autonomia e astrattezza rispetto al rapporto giuridico sostanziale. **Il rapporto giuridico processuale indica i poteri e i doveri che nascono per l'attore, il convenuto e il giudice, dalle regole processuali che disciplinano le attività che tutte e tre queste parti pongono in essere nel processo.**

La nozione di rapporto giuridico processuale è per vero controversa e, in effetti, forse un po' generica ed indeterminata. Essa, tuttavia, può aiutare a comprendere perché, se manca uno dei presupposti del rapporto giuridico processuale (che, in breve, vengono appunto definitivi

presupposti processuali), il giudice non può decidere il merito della lite. **Se manca uno dei presupposti del rapporto giuridico processuale** (ad es. la giurisdizione, la competenza, etc.: v. oltre), **allora il processo non potrà giungere al suo esito fisiologico che è la sentenza che decide sull'esistenza o inesistenza del diritto. Mancherà infatti in capo al giudice il potere decisorio di merito, mentre sorgerà un potere-dovere di contenuto diverso: quello di astenersi dal giudicare sull'esistenza del diritto azionato.**

Dai presupposti processuali vanno poi distinte **le c.d. condizioni dell'azione (interesse ad agire e legittimazione ad agire)**: i primi, infatti, riguardano l'instaurazione del processo (e così del rapporto giuridico processuale), mentre le seconde **concernono la titolarità del c.d. diritto di azione**. Il diritto di azione è un diritto di natura processuale e non sostanziale: è il diritto della parte ad ottenere una pronuncia nel merito, relativa cioè al diritto soggettivo sostanziale dedotto in giudizio. Se ricorrono tutti i presupposti processuali, ma manca una delle condizioni dell'azione, il giudice comunque non potrà decidere la domanda nel merito, e così non potrà accertare se il diritto soggettivo azionato esiste o meno.

Proprio per ciò si può discorrere, più in generale, di c.d. condizioni di decidibilità della causa nel merito.

2. Le conseguenze della mancanza delle c.d. condizioni di decidibilità della causa nel merito: le sentenze di (rigetto in) rito

Se manca una condizione di decidibilità della causa nel merito (presupposto processuale o condizione dell'azione che sia) il processo comunque esiste e sarà idoneo a mettere capo ad una sentenza, con la quale, però, il giudice si limiterà a dire che non è possibile decidere il merito della causa.

In questi casi, quindi, il giudice pronuncerà una **sentenza di rito**: un provvedimento decisorio, anch'esso motivato (come la sentenza di merito), che contiene sì un accertamento, non però sull'esistenza del diritto dedotto in giudizio (questo è il contenuto della sentenza che decide il merito), ma sulla sussistenza del suo potere-dovere di decidere dell'esistenza del diritto.

La sentenza di rito, come quella di merito, può essere impugnata e, qualora non sia fatta oggetto di impugnazione o qualora contro di essa siano esperite tutte le impugnazioni ordinarie, essa pure **passa in giudicato formale** (v. Cap. 5, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*). Non vi sarà, invece, alcun giudicato sostanziale, che può formarsi solo sull'accertamento relativo a diritti soggettivi: la sentenza di rito non decide sul diritto, e dunque, pur potendo divenire irrintracciabile, non precluderà alla parte la possibilità di proporre di nuovo la stessa domanda, che – al ricorrere di tutte le condizioni di decidibilità della causa nel merito – potrà appunto essere decisa nel merito. In relazione alle sentenze di rito non ci sarà dunque alcun effetto di *ne bis in idem*.

Anche la sentenza di merito contiene sempre un accertamento che ha ad oggetto l'esistenza delle condizioni di decidibilità della causa nel merito. Molto spesso, però, questo accertamento è implicito, e lo si desume dalla circostanza che il giudice ha deciso la controversia nel merito (ritenendo appunto implicitamente che esistesse il suo potere-dovere di decidere il merito della lite). Nel caso in cui questo accertamento sia implicito (e non esplicito), il giudice dell'impugnazione potrà autonomamente valutare se ricorrono o no i presupposti processuali e le condizioni dell'azione; potrà, cioè, rilevarne anche d'ufficio la mancanza, e così pronunciare lui stesso un sentenza di rigetto in rito per mancanza del potere-dovere di decidere della causa

nel merito (a questo meccanismo fa eccezione, come vedremo, solo il presupposto processuale della giurisdizione: v. Cap. 3, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*). Se, però, il giudice del grado precedente avesse deciso espressamente sull'esistenza di uno o più di questi presupposti processuali o delle condizioni dell'azione (accertandone la ricorrenza), allora il giudice dell'impugnazione non potrà più rilevare d'ufficio la loro eventuale mancanza: sarà necessario, invece, un apposito motivo di impugnazione ad opera della parte interessata.

3. I presupposti processuali: classificazione

I presupposti processuali si possono distinguere a seconda che riguardino il giudice, le parti o l'oggetto sostanziale del giudizio (ossia il rapporto giuridico sostanziale e il diritto soggettivo oggetto della domanda).

I presupposti processuali che riguardano il **giudice** sono: (a) **la giurisdizione**, e (b) **la competenza**.

I presupposti processuali che concernono **le parti (attore e convenuto)** sono, invece, (c) **la capacità di essere parte del processo**; e (d) **la capacità processuale**. Alle parti si riferiscono anche le c.d. condizioni dell'azione ((e), ossia **l'interesse ad agire e la legittimazione ad agire**).

I presupposti processuali che ineriscono, invece, **all'oggetto del giudizio** sono: (f) **la mancanza di un precedente giudicato**; (g) **l'assenza di litispendenza**; (h) **l'assenza di una convenzione arbitrale**; (i) **il previo tentativo obbligatorio di conciliazione**.

Alcuni di questi presupposti processuali li abbiamo già visti, altri ancora li studieremo in modo più approfondito nei successivi capitoli. Qui ci occuperemo analiticamente solo di alcuni di essi.

4. I presupposti processuali relativi al giudice: la giurisdizione e la competenza (rinvio)

Un primo presupposto della decisione di merito è costituito dalla **giurisdizione**, intesa come appartenenza, in capo a quella branca dell'ordinamento giudiziario cui è rivolta la domanda, della potestà di giudicare nei confronti di un convenuto determinato, in ordine ad un certo tipo di situazione giuridica sostanziale affermata dall'attore.

Un secondo presupposto processuale, che riguarda sempre il giudice, è **la competenza** (v. Cap. 3, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*): essa rappresenta la **misura della giurisdizione attribuita a ciascun organo giudiziario**, e suddivide la giurisdizione – all'interno della stessa branca dell'ordinamento giudiziario – tra i **giudici dello stesso tipo** (competenza per territorio), o tra **giudici di diverso tipo** (competenza per materia e per valore).

Tanto per l'ipotesi di carenza di giurisdizione (ma solo se questa compete ad una diversa branca dell'ordinamento giudiziario), quanto per quella di incompetenza, è previsto un meccanismo (c.d. *translatio iudicij*), che consente al processo originariamente instaurato avanti al giudice carente di giurisdizione o competenza, di proseguire (a seguito della sua riassunzione) davanti al giudice avente giurisdizione o competenza.

Proprio per tale ragione, si deve concludere che **la giurisdizione e la competenza sono condizioni di decidibilità della causa nel merito da parte del giudice originariamente adito, e non condizioni di decidibilità della causa nel merito tout court** (come gli altri presupposti

processuali). Infatti, nei casi di giurisdizione e competenza, è possibile – a seguito della *translatio*, appunto – che il processo prosegua e sfoci in una sentenza di merito; mentre in mancanza di uno degli altri presupposti processuali, ogni decisione di merito assunta nell'ambito di quel processo sarebbe invalida, come si è visto.

5. I presupposti processuali che riguardano le parti: la capacità di essere parte del processo, la capacità processuale d'agire e la rappresentanza processuale. Le c.d. condizioni dell'azione (rinvio)

Altri due presupposti processuali, che riguardano in questo caso le parti, sono la capacità di essere parte del processo e la capacità processuale d'agire.

Per verificare che sussista il presupposto della **capacità di essere parte del processo**, il giudice deve valutare **se c'è un soggetto che può assumere la veste di parte** (attore o convenuto). La capacità di essere parte del processo spetta a tutti i soggetti (persone fisiche o giuridiche) cui l'ordinamento riconosce la capacità giuridica (art. 1 c.c.), ed anche a soggetti che – sul piano civilistico – ne sono privi (lo afferma implicitamente l'art. 75, ult. co.). Hanno così la capacità di essere parti del processo anche: le associazioni non riconosciute, i comitati, le società di persone, ma pure i fallimenti (art. 43 l. fall.), l'eredità giacente (art. 528 c.c.), i condomini, le società irregolari, la comunione dei beni tra coniugi.

Per esempio, manca questo presupposto processuale quando chi agisce in giudizio si afferma amministratore di una società di capitali non ancora costituita: poiché la società, fino alla sua costituzione, non esiste come soggetto di diritto, essa non avrà ancora la capacità di essere parte del processo, e la domanda proposta da chi si affermi suo amministratore per la tutela un diritto della società dovrà essere rigettata in rito.

La capacità processuale corrisponde invece alla capacità di agire (art. 2 c.c.), ed indica la capacità di svolgere le attività e di esercitare direttamente i poteri propri della parte. Come nel diritto civile non tutti i soggetti dell'ordinamento possono esercitare direttamente ed in prima persona i loro diritti, così, nel processo, alcuni soggetti non possono esercitare in maniera diretta i loro poteri (ad esempio: conferire mandato al difensore, rispondere all'interrogatorio formale, rinunciare agli atti del giudizio, etc.), ma devono essere rappresentati (c.d. rappresentanza necessaria delle persone fisiche). Questi soggetti sono parti del processo, ma non hanno, appunto, la capacità processuale di agire.

Con riguardo alle persone fisiche, l'art. 75, co. 2, c.c. (**sulla c.d. rappresentanza necessaria delle persone fisiche**) si limita a rinviare a ciò che dispone il codice civile, sì che è alle norme sostanziali che si dovrà guardare per comprendere chi non ha la capacità processuale e deve quindi farsi rappresentare in giudizio, e da chi e come dovrà essere rappresentato (interdetti, inabilitati, minori e minori emancipati). In questi casi, il rappresentante sta in giudizio in nome e per conto del rappresentato: parte del processo è il rappresentato, cui verrà direttamente imputata l'attività svolta dal rappresentante, e che sarà il solo vincolato dal giudicato che si formerà all'esito del giudizio (il giudicato, cioè, non vincolerà direttamente anche il rappresentante).

Per le persone giuridiche, pubbliche o private, il discorso è un po' diverso, perché queste devono necessariamente avvalersi di un rappresentante, non potendo per loro natura agire in

maniera immediata e diretta, ma solo mediante i loro organi (**c.d. rappresentanza organica delle persone giuridiche**). La rappresentanza organica è quindi un modo di essere delle persone giuridiche. Anche in questo caso, comunque, parte del processo sarà non il rappresentante (ad esempio l'amministratore della s.p.a.), ma la persona giuridica, con tutte le conseguenze sopra indicate in relazione alla rappresentanza delle persone fisiche.

Se la capacità processuale manca (perché c'è una parte, ma non si è fatta rappresentare o autorizzare nelle forme previste), il processo dovrà, ancora una volta, chiudersi con una sentenza di rito. Questo però non avverrà immediatamente: **il giudice non può pronunciare questa sentenza di rito (per carenza del presupposto processuale della capacità processuale), se prima non ha invitato la parte a regolarizzare la sua posizione.**

L'art. 182, co. 2, infatti, prevede che il giudice – quando rileva il difetto di rappresentanza – assegna alla parte un termine per la costituzione di colui cui spetta l'assistenza o per il rilascio della necessaria autorizzazione. Se ciò avviene, il difetto si sana con efficacia retroattiva (nel senso che vengono travolte le eventuali decadenze solo apparentemente maturare, e pure i diritti solo apparentemente quesiti). Se invece il difetto non viene sanato, allora il giudice dovrà appunto pronunciare una sentenza di rito, che chiude il giudizio. Benché l'art. 182, co. 2 non lo dica espressamente, è da ritenere che questo esito (di chiusura in rito) si debba avere solo se la posizione non sanata è quella dell'attore, mentre qualora il difetto di rappresentanza non sanato riguardi il convenuto, non appare possibile che per ciò solo il processo si chiuda. In questo caso il processo potrà continuare, sì che il giudice dovrà decidere sulla domanda dell'attore, previa – però – declaratoria di contumacia del convenuto che non si è (validamente) costituito in giudizio (sulla contumacia, v. Cap. 1, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*).

L'art. 182, co. 2 (come novellato dalla riforma del 2009) prevede un'analogia sanatoria anche per le ipotesi di vizio della procura conferita al difensore.

Accanto alle figure di rappresentanza necessaria (quella delle persone fisiche che non hanno capacità di agire, o non l'hanno piena, e quella organica delle persone giuridiche), esiste anche la **rappresentanza c.d. volontaria, che ricorre quando un soggetto, pur capace di agire, preferisce avvalersi nel processo di un rappresentante**. La rappresentanza volontaria nel processo è disciplinata dall'art. 77, che la consente, ma con molti limiti. Questo perché si vuole evitare che, magari dopo la chiusura del processo ed il passaggio in giudicato della sentenza, si possa porre il dubbio che colui che ha agito come rappresentante non ne avesse in realtà i poteri (nel qual caso, il giudicato formatosi all'esito di quel giudizio, non vincolerà il falsamente rappresentato). Per questa ragione, **l'art. 77 ammette la rappresentanza volontaria ma solo a due condizioni**: la procura dev'essere rilasciata per iscritto e a favore di chi è, anche sul piano sostanziale, il procuratore generale della parte, o il procuratore speciale in relazione all'affare su cui si radica la lite. Se non ricorrono entrambi questi presupposti, non si potrà avere rappresentanza volontaria processuale (opererà, allora, la sanatoria *ex art. 182, co. 2*, e – se la parte non si costituirà – si avrà una sentenza di rito che chiude quel giudizio). La regola sancita dall'art. 77 prevede solo **due eccezioni (co. 2)**: la rappresentanza processuale si presume in capo a colui che sia procuratore generale della parte che non ha residenza o domicilio in Italia; e si presume altresì in capo all'institore (che è un collaboratore dell'imprenditore preposto da costui all'esercizio dell'attività di un ramo della sua azienda).

Dai presupposti processuali si distinguono le **c.d. condizioni dell'azione** (o, meglio, condizioni del diritto di azione: interesse ad agire e legittimazione ad agire), le quali attengono pur sempre alle parti, ma non riguardano l'instaurazione del processo come la capacità di essere parte e la capacità processuale. Le c.d. condizioni dell'azione concernono la **titolarità**

del diritto di azione, ossia di un diritto soggettivo peculiare, perché non ha natura sostanziale ma meramente processuale, e sta ad indicare il diritto del soggetto che agisce in giudizio ad ottenere una decisione sul diritto soggettivo sostanziale dedotto. Delle condizioni dell'azione ci occuperemo approfonditamente più avanti (v. il Cap. 4, di questa Sezione del questo Testo Ausiliario, che corrisponde nel contenuto ai Cap. 8, 9, 10, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*).

6. I presupposti processuali che riguardano l'oggetto del giudizio: la mancanza di un precedente giudicato (o *ne bis in idem*) e la litispendenza (e la continenza tra cause) ...

Abbiamo già studiato uno dei presupposti processuali, che riguarda l'oggetto del giudizio (v. Cap. 7, Sez. I, di questo Testo Ausiliario): è la **mancanza di una precedente sentenza passata in giudicato sullo stesso diritto oggetto del giudizio**. Se questo presupposto manca (e quindi esiste un precedente giudicato sostanziale), opererà l'effetto preclusivo del giudicato, il *ne bis in idem*: il giudice pronuncerà anche in questo caso una sentenza che accerta la mancanza del suo potere-dovere di decidere il merito della lite (o, detto altrimenti, che accerta il suo dovere a contenuto negativo di non decidere il merito della lite), per mancanza del presupposto processuale dato dall'assenza di un precedente giudicato sullo stesso oggetto.

Un altro presupposto processuale che concerne l'oggetto del giudizio è quello della **mancanza di litispendenza**. Si ha litispendenza quando viene proposta nuovamente la stessa domanda che è già stata proposta (ma non ancora decisa in via definitiva) davanti ad un altro giudice. A questa fattispecie si riferisce l'art. 39, co. 1. La pendenza davanti ad un giudice diverso è sinonimo di diversità di ufficio giudiziario: infatti, se la domanda venisse proposta una seconda volta davanti ad un diverso magistrato-persona fisica che però appartiene allo stesso ufficio giudiziario davanti al quale pende già il primo processo, si avrà non una ipotesi di litispendenza, ma la **riunione dei due giudizi** davanti al magistrato di quell'ufficio (che deciderà, ovviamente, sull'unica domanda che è stata proposta due volte).

Per valutare se ricorre identità di domande (ai fini dell'operare della litispendenza) si deve fare riferimento agli elementi individuatorii delle medesime (parti, *petitum* e *causa petendi*: v. Cap. 7, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*). La situazione è allora simile a quella che si verifica in ipotesi di *ne bis in idem*, con la differenza che nel caso di litispendenza non c'è ancora una sentenza passata in giudicato, ma la stessa causa è già pendente presso un altro giudice. Se non operasse l'istituto della litispendenza, la stessa domanda verrebbe istruita e poi decisa da due giudici diversi, ed è questo un risultato che l'ordinamento non può tollerare, sia perché ciò sarebbe anti-economico (si avrebbe uno spreco di attività giurisdizionale ed il rischio che uno dei due processi, dopo molti anni, si chiuda comunque con una sentenza di rigetto in rito a fronte del formarsi del giudicato nell'altro processo), sia perché vi sarebbe il rischio di possibili giudicati contrastanti (in tal caso il contrasto sarebbe pratico: v. Cap. 6, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*, e Cap. 7, Sez. I, di questo Testo Ausiliario). Per tale ragione l'art. 39, co. 1, prevede che se il giudice si avvede che la stessa causa a lui proposta è già pendente presso un altro giudice, dovrà **rilevare anche d'ufficio la litispendenza, e pronunciare una ordinanza di rigetto in rito della domanda nuovamente proposta**. Solo il processo iniziato per primo potrà continuare, e giungere così alla pronuncia di una sentenza che potrà poi passare in giudicato formale, e dare luogo alla cosa giudicata sostanziale.

L'art. 39, co. 3 detta **i criteri per valutare quale dei due processi sia nato per primo (la c.d. prevenzione)**: si deve fare riferimento all'atto introduttivo del giudizio. In particolare, se si tratta di atto di citazione, si avrà riguardo al momento della sua notificazione, mentre se si tratta di ricorso, si deve fare riferimento al momento del deposito dell'atto in cancelleria. Per il rito monitorio (v. Cap. I, Sez. II, Tomo I, *Spiegazioni*), l'art. 643, co. 3, prevede che la pendenza della causa si verifica solo dalla data della notifica all'ingiunto, del decreto ingiuntivo già pronunciato. La giurisprudenza di legittimità, però, chiarisce che, volta che sia intervenuta la notifica del decreto, la pendenza retroagirà al momento del deposito del ricorso per decreto ingiuntivo (momento cui dovrà guardarsi per valutare la prevenzione).

Si distingue dalla litispendenza la figura della **continenza tra cause**, che ricorre quando **una delle due cause è più ampia dell'altra o perché ricomprende per intero il suo oggetto (continenza c.d. quantitativa)**, ovvero perché è idonea ad abbracciare in tutto o in parte gli effetti decisorii dell'altra (**continenza c.d. qualitativa**).

La continenza c.d. quantitativa si ha nel caso in cui siano proposte **due domande, che si differenziano esclusivamente in ragione dell'ampiezza del *petitum***.

Ad esempio con una domanda Tizio chiede la condanna di Caio al pagamento di 100 euro quale corrispettivo del bene venduto; con un'altra domanda Tizio chiede sempre la condanna di Caio al pagamento del prezzo dovuto per lo stesso bene venduto, quantificato però in 200 euro.

Se la domanda più ampia è proposta per prima, in realtà ci troviamo di fronte ad una ipotesi di **litispendenza c.d. parziale**: la domanda formulata per seconda (con un *petitum* meno ampio), è già per intero contenuta nella prima. Il giudice adito successivamente pronuncerà, quindi, una ordinanza con la quale rigetterà questa domanda in rito, per litispendenza.

Un vero e proprio caso di continenza quantitativa ricorre se viene proposta per prima la domanda meno ampia: in questo caso, infatti, opererà l'art. 39, co. 2 (e non il co. 1, che disciplina la litispendenza), che prevede che se il giudice preventivamente adito con la domanda quantitativamente ridotta è competente a decidere anche la domanda più ampia, il giudice successivamente adito (con questa domanda più ampia) pronuncerà una ordinanza con la quale, rilevata la continenza, assegna alle parti un termine per riassumere la causa avanti al primo giudice. Se invece il giudice adito per primo non è competente anche per la domanda più ampia, allora sarà questi a pronunciare l'ordinanza, a favore del giudice adito per secondo (in questa ipotesi però, anche se l'art. 39, co. 2, lo prevede, la riassunzione del processo non ha molto senso, perché il giudice della seconda causa è già sin da subito stato adito con la domanda più ampia, che contiene per intero quella proposta per prima).

Molto più complessi sono i casi di **c.d. continenza qualitativa (istituto che il c.p.c. non disciplina espressamente), che ricorrono quando la differenza tra i *petita* delle due domande non è solo quantitativa, ma è di tipo logico-giuridico**.

Ad esempio, in un primo processo Tizio propone domanda di condanna di Caio all'adempimento di un contratto; quest'ultimo però instaura un autonomo giudizio contro Tizio, chiedendo l'accertamento della nullità di quel contratto. In questo caso, il processo sorto per secondo abbraccia e coinvolge logicamente quello sorto per primo: se il contratto è nullo, infatti, non sarà possibile che una parte venga condannata al suo adempimento.

Nei casi di continenza qualitativa, quindi, tra le due cause autonomamente pendenti c'è un **rapporto di pregiudizialità**. Solo con qualche forzatura, perciò, queste fattispecie possono

essere ricondotte alla disciplina dettata dall'art. 39, co. 2 (sulla continenza quantitativa). Tuttavia, l'applicazione di questa norma è quanto mai opportuna.

Infatti, quando tra i due processi corre un rapporto di pregiudizialità ed essi pendono innanzi a giudici diversi, potrebbe operare la disciplina della riunione delle cause (artt. 40 e 274, quest'ultima quando i magistrati appartengono al medesimo ufficio giudiziario). La riunione, però, è possibile solo se la connessione tra cause che la legittima viene eccepita o sollevata entro la udienza di comparizione e trattazione di cui all'art. 183, e solo se lo stato della causa che attrarrebbe l'altra (v. artt. 31-36) consente ancora la riunione, non essendo nel frattempo troppo avanzata la sua trattazione. Se questi presupposti non ricorrono, la riunione non potrebbe essere disposta. È evidente però che le due cause non possono proseguire autonomamente e contemporaneamente, perché si correrebbe il rischio che i due processi diano luogo ad un conflitto non solo logico ma anche semi-pratico di giudicati (v. Cap. 7, Sez. I, di questo Testo Ausiliario).

Se viene accolta la domanda di nullità, si crea nella parte l'aspettativa di non dover adempiere alla propria prestazione, perché – appunto – il contratto è nullo. Se però venisse accolta anche la domanda di condanna all'adempimento, proposta in un diverso processo, allora vi sarà una sentenza che obbliga la parte ad eseguire comunque la sua prestazione.

In questi casi, quindi, ove non sia possibile disporre la riunione dei processi, se non si ammettesse nemmeno l'operare dell'art. 39, co. 2 si dovrebbe fare applicazione dell'art. 295, che disciplina la sospensione del processo pregiudicato – nel nostro caso quello di condanna – in attesa che si formi una decisione sul processo pregiudicante – quello di nullità del contratto –. Con un non lieve allungamento dei tempi processuali (v. Cap. 5, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*).

7. (segue) L'esistenza di una convenzione arbitrale, e lo svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione extraprocessuale

Un altro caso in cui il giudice non potrà decidere nel merito la domanda proposta, ma dovrà rilevare – con una pronuncia di rito – l'esistenza del suo dovere di contenuto negativo, di non decidere la causa nel merito, ricorre **se la domanda riguarda un diritto o un rapporto rispetto al quale le parti hanno stipulato una convenzione arbitrale, stabilendo che quel diritto o quel rapporto venga deciso non dall'autorità giudiziaria ordinaria, ma da giudici privati, da essi scelti: gli arbitri, appunto.** (Sull'arbitrato – nelle sue due forme: rituale ed irrituale – v. Cap. 7, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*).

Per ora è sufficiente anticipare che se le parti si sono obbligate a far decidere quella lite ad arbitri rituali, il giudice civile che ne sia investito, dopo aver accertato il dovere di non decidere la causa nel merito, pronuncerà un provvedimento di sua incompetenza che, *ex art. 50*, consentirà alle parti di riassumere il giudizio davanti al collegio arbitrale che nomineranno (Corte costituzionale, sent. n. 223 del 19 luglio 2013 ha infatti dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 819-ter, nella parte in cui escludeva che tra giudizio ordinario ed arbitrale rituale potesse operare l'art. 50, dettato in tema di competenza). Se invece le parti, in relazione a quel diritto o rapporto poi fatto oggetto di domanda giudiziale, hanno optato per un arbitrato irrituale, allora non ci sarà alcuna possibilità di riassumere il processo avanti agli arbitri, ed il giudizio avanti al giudice civile si chiuderà con una sentenza di rigetto in rito.

Un ultimo presupposto processuale è **l'avvenuto svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione extra processuale, quale previsto per certe liti** (ad esempio, dall'art. 46, legge n. 203/1982 in materia di processo agrario).

Il previo esperimento del tentativo di mediazione *ex d.lgs. n. 28/2010* (anche nei casi di mediazione c.d. obbligatoria), non è invece un presupposto processuale. Come vedremo studiando la mediazione (v. Cap. 1, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*), il suo mancato esperimento, in ipotesi di mediazione obbligatoria, è rilevabile d'ufficio, o eccepibile dal convenuto, solo entro l'udienza di comparizione e trattazione *ex art. 183*. Inoltre, se nessuno (giudice e parti) si avvede del mancato previo esperimento del tentativo di mediazione obbligatorio, la sentenza non sarà viziata, e non potrà quindi essere impugnata per questo motivo. Stesso discorso vale per il mancato esperimento del filtro conciliativo previsto dalla legge n. 24/2017 per le controversie in materia di responsabilità sanitaria, e pure per il mancato esperimento della c.d. negoziazione assistita (v. sempre Cap. 1, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*). Invece, nel caso di mancato esperimento del tentativo di conciliazione extragiudiziale previsto in materia agraria, la tesi maggioritaria (anche se non condivisibile) ritiene che la sentenza resa dal giudice sarà viziata, e potrà perciò essere impugnata. Si ritiene inoltre che l'omissione del tentativo possa essere rilevata anche d'ufficio in ogni stato e grado.

2. La giurisdizione

1. La giurisdizione ed il suo difetto. – A. *Il riparto tra giurisdizioni interne all'ordinamento italiano.* – 2. La giurisdizione civile, amministrativa, tributaria e contabile: cenni. – 3. Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario: tempi e modi del suo rilievo. – 4. Le conseguenze della sentenza di rito che rileva la carenza di giurisdizione del giudice adito: la *translatio iudicii* tra giurisdizioni. – 5. Le modalità operative della *translatio iudicii* tra giurisdizioni delineate dall'art. 59 legge n. 69/2009. – 6. Il meccanismo della *translatio iudicii*: riassunzione o riproposizione della domanda? La *translatio iudicii* dal o al giudice amministrativo (art. 11 c.p.a.). – B. *I regolamenti di giurisdizione.* – 7. I regolamenti di giurisdizione: natura. – 8. Il regolamento di giurisdizione ad istanza di parte (art. 41). – 9. Il regolamento di giurisdizione d'ufficio (art. 59, co. 3, legge n. 69/2009). – C. *Il riparto di giurisdizione tra giudici interni e giudici di Stati esteri: profili dinamici.* – 10. Il rilievo del difetto di giurisdizione del giudice italiano. – 11. La litispendenza e la connessione internazionale e comunitaria.



Questo capitolo ripercorre il contenuto dei Cap. 2-4-6, Sez. III, Tomo I delle *Spiegazioni di diritto processuale civile*

1. La giurisdizione ed il suo difetto

Uno dei presupposti processuali riguardanti il giudice è l'esistenza della giurisdizione. Il giudice adito avrà giurisdizione **se appartiene a quella branca dell'ordinamento giudiziario cui il legislatore riconosce il potere di decidere in ordine alla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio con la domanda**. In caso contrario, il giudice adito difetterà di giurisdizione.

Il difetto di giurisdizione si distingue in difetto assoluto e difetto relativo, il quale ultimo, poi, si differenzia in difetto di giurisdizione interna od esterna all'ordinamento statale.

Il difetto di giurisdizione è **assoluto** quanto si deduce in giudizio una situazione che non è tutelata dall'ordinamento giuridico. Questo accade nei casi di insindacabilità assoluta dell'operato della p.a., che ricorre quando il privato non può far valere, nei confronti della p.a., alcuna situazione giuridica soggettiva (diritto soggettivo o interesse legittimo). In queste ipotesi, il giudice dovrà prendere atto che non esiste una situazione giuridica soggettiva tutelabile, e così pronunciare una sentenza di rigetto in rito che chiuderà definitivamente il processo.

Molto più spesso, però, il difetto di giurisdizione sarà **relativo**, perché la giurisdizione spetta ad un giudice diverso da quello adito. Il difetto relativo di giurisdizione può **descendere dalla natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio**, che spetta alla cognizione di un diverso plesso giurisdizionale statale; oppure **dalla estraneità del rapporto al nostro ordinamento**. Nel primo caso, la giurisdizione spetta ad un giudice italiano diverso (ad esempio: amministrativo e non civile); nel secondo, la giurisdizione non spetta a nessun giudice italiano, ma ad un giudice di un diverso Stato.

A. Il riparto tra giurisdizioni interne all'ordinamento italiano

2. La giurisdizione civile, amministrativa, tributaria e contabile: cenni

Il potere di conoscere la situazione giuridica soggettiva oggetto della domanda si ripartisce, all'interno del nostro ordinamento, tra diversi plessi giurisdizionali. Tendenzialmente questa distinzione opera, appunto, in ragione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio. Tralasciamo, per ovvie ragioni, il plesso giurisdizionale penale (che non riguarda situazioni giuridiche soggettive ma, principalmente, il potere-dovere dello Stato di sanzionare condotte penalmente rilevanti).

A seconda della natura della situazione giuridica soggettiva, la giurisdizione potrà spettare al plesso giurisdizionale civile, a quello amministrativo, a quello tributario o a quello contabile.

In particolare, **al giudice amministrativo** compete la tutela degli interessi legittimi, e dei diritti soggettivi nei casi di c.d. giurisdizione esclusiva. **Al giudice tributario** competono le liti che hanno ad oggetto i tributi, di ogni genere e specie (sia statali, sia degli enti locali: ad esempio, i diritti del concessionario per la riscossione, oppure i diritti soggettivi inerenti alla corretta imposizione fiscale). **Al giudice contabile** spetta la giurisdizione in ordine alla regolarità dei conti pubblici. Infine, **il giudice civile** ha una giurisdizione residuale: ad esso compete la tutela dei diritti soggettivi che non rientrino in nessun'altra giurisdizione.

Prima del 1998, la giurisdizione in ordine ai rapporti di lavoro pubblici era devoluta al giudice amministrativo. Con il d.lgs. n. 80/1998, la giurisdizione in materia è stata invece attribuita al giudice ordinario (giudice del lavoro), sia pur con alcune eccezioni: si tratta, in particolare, delle controversie mosse da determinate categorie di dipendenti pubblici come i magistrati, gli avvocati dello Stato, i docenti universitari, il personale delle forze dell'ordine e di carriera diplomatica e prefettizia. Questi rapporti di lavoro, infatti, competono ancora alla giurisdizione del giudice amministrativo o, per i profili pensionistici, alla giurisdizione contabile.

Le giurisdizioni speciali (ossia diverse da quella civile) sono così composte: il giudice am-

ministrativo di I grado è il TAR, mentre quello di appello è il Consiglio di Stato. Le decisioni del Consiglio di Stato potranno essere impugnate per cassazione solo in relazione alla questione di giurisdizione.

Il giudice contabile di I grado è la Commissione tributaria provinciale, mentre il giudice di appello è la Commissione tributaria regionale. Le decisioni delle Commissioni tributarie regionali possono essere poi impugnate con ricorso per cassazione, per tutti i motivi previsti dall'art. 360 (v. Cap. 3, Sez. VII, Tomo II, *Spiegazioni*).

La giurisdizione contabile è affidata alla Corte di Conti, le cui decisioni (al pari di quelle del Consiglio di Stato) possono essere impugnate con ricorso per cassazione solo in relazione alla questione di giurisdizione.

Nell'ambito della giurisdizione ordinaria, sono preposti al giudizio di I grado il tribunale o il giudice di pace (a seconda del riparto di competenza: v. Cap. 3 di questa Sezione del Testo Auxiliario); l'appello va proposto alla Corte di Appello (o al tribunale, se si deve impugnare una sentenza del giudice di pace). Le decisioni rese in appello o in unico grado potranno poi essere impugnate con ricorso avanti alla Corte di cassazione, che (come si vedrà, Cap. III, Sez. VII, Tomo II, *Spiegazioni*) è giudice di sola legittimità, ossia valuta l'esistenza di tassativi errori della sentenza impugnata, e non decide direttamente sulla domanda della parte.

Per concludere la panoramica, bisogna ricordare che è sempre possibile – indipendentemente dal giudice che l'ha pronunciato – il ricorso straordinario per cassazione, ex art. 111, co. 7 Cost., contro tutti quei provvedimenti non altrimenti impugnabili, che decidono su diritti soggettivi (v. Cap. 3, Sez. VII, Tomo II, *Spiegazioni*).

3. Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario: tempi e modi del suo rilievo

In questa parte ci porremo, per ovvie ragioni, nell'ottica del giudice ordinario. La norma di riferimento, che disciplina il rilievo del difetto di giurisdizione, è contenuta nell'art. 37, rubricato appunto “Difetto di giurisdizione”, che recita: “il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica Amministrazione [c.d. difetto assoluto] o dei giudici speciali [amministrativo, tributario, contabile o altre giurisdizioni speciali, ad esempio quella delle acque pubbliche] è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo”.

La regola, quindi, sarebbe quella del rilievo officioso sempre, a prescindere da una eccezione della parte, e pure a prescindere dal grado del giudizio (e così anche in appello o cassazione).

Sulle modalità temporali del rilievo officioso sono però intervenute, nel 2008, le Sez. un., che hanno statuito che **il giudice deve rilevare d'ufficio il suo difetto di giurisdizione solo nel corso del I grado di giudizio, mentre in quelli successivi (appello o cassazione) il difetto di giurisdizione potrà essere dichiarato solo se è stato proposto un apposito motivo di gravame della parte**; e ciò sia se il giudice del grado precedente abbia deciso esplicitamente la questione della sua giurisdizione, ritenendola sussistente, sia se il giudice del grado precedente non abbia detto nulla al riguardo, ma abbia deciso nel merito al lite. Secondo le Sez. un., infatti, la decisione del merito, presupponendo una decisione positiva in ordine alla sussistenza della giurisdizione, va riguardata come una implicita decisione sull'esistenza della giurisdizione. Di conseguenza, se questo riconoscimento (anche solo隐式的) non viene impugnato dalla parte, il giudice del grado successivo non potrà autonomamente valutare la sussistenza della sua giurisdizione, ed eventualmente rigettare in rito la domanda nel caso la giurisdizione manchi (v. subito oltre, sugli effetti di questa decisione di rito).

4. Le conseguenze della sentenza di rito che rileva la carenza di giurisdizione del giudice adito: la *translatio iudicij* tra giurisdizioni

Ogni volta che il giudice riconosce il suo difetto di giurisdizione, dovrà pronunciare una sentenza di rito, con la quale dà atto della carenza di questo presupposto processuale (c.d. declinatoria di giurisdizione). Fino a non molto tempo fa, la declinatoria di giurisdizione chiudeva definitivamente il processo: l'attore, quindi, se lo voleva, poteva agire nuovamente in giudizio proponendo una nuova domanda ad un giudice appartenente ad un diverso plesso giurisdizionale.

Con la riforma del 2009 (legge n. 69/2009), la situazione è mutata: oggi il giudice (ordinario o speciale) che rileva il suo difetto di giurisdizione e riconosce la giurisdizione di un altro plesso giurisdizionale dell'ordinamento statale, non può limitarsi a pronunciare una sentenza di rigetto in rito della domanda, ma è tenuto anche ad individuare il giudice, appartenente al diverso plesso giurisdizionale, che ritiene abbia giurisdizione, avanti al quale le parti, se vorranno, potranno riassumere il processo.

Il ricorso al meccanismo della c.d. *translatio iudicij* anche in caso di difetto di giurisdizione (art. 59 legge n. 69/2009) attribuisce così alle parti la facoltà di proseguire lo stesso processo inizialmente instaurato davanti ad un giudice privo di giurisdizione, mediante riassunzione del processo davanti al giudice *ad quem* (ossia davanti al giudice che il primo giudice adito, c.d. giudice *a quo*, ritiene avere giurisdizione sulla lite).

Già prima della riforma del 2009, sia la Corte di cassazione (sez. un., sent. 4109 del 2007), che la Corte costituzionale (sent. 77 del 2007) avevano ritenuto possibile, nel nostro ordinamento, individuare meccanismi tesi a sterilizzare l'errore commesso dalla parte nella scelta del giudice giurisdizionalmente competente. Per le Sez. un., il meccanismo sarebbe stato proprio quello della *translatio iudicij*, ossia della riassunzione del medesimo processo avanti al giudice giurisdizionalmente competente (ed è questa la modalità che ha poi scelto il Legislatore della riforma del 2009: v. Cap. 3, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*); secondo la Corte costituzionale, invece, non vi sarebbe stata alcuna riassunzione dello stesso processo, che si chiudeva definitivamente con la sentenza di rigetto in rito. Semplicemente, secondo la Consulta, se la parte avesse riproposto la domanda al giudice giurisdizionalmente competente, entro un certo termine, gli effetti processuali (ad esempio: prevenienza) e sostanziali (ad esempio: interruzione della prescrizione) della domanda nuovamente proposta sarebbero retroagiti al momento della proposizione della prima domanda, rigettata in rito perché proposta al giudice carente di giurisdizione.

5. Le modalità operative della *translatio iudicij* tra giurisdizioni delineate dall'art. 59 legge n. 69/2009

Vediamo allora un po' più da vicino come funziona la *translatio iudicij* tra giurisdizioni. L'istituto è disciplinato dall'art. 59 della legge n. 69/2009, ossia da una disposizione che **non è inserita nel c.p.c.** L'art. 59, infatti, deve essere applicato non solo dal giudice ordinario, ma anche dai giudici speciali che rilevino il proprio difetto di giurisdizione, ad eccezione del giudice amministrativo: per quest'ultimo, infatti, le modalità della *translatio* sono espressamente disciplinate dall'art. 11 c.p.a. (v. oltre).

Il co. 1 dell'art. 59 prevede che il giudice che rilevi il proprio difetto di giurisdizione, deve altresì indicare il giudice che ritiene giurisdizionalmente competente. Può però accadere che il

giudice giurisdizionalmente competente venga individuato dalla Corte di cassazione, quando si pronuncia sul ricorso per cassazione svolto per motivi di giurisdizione (art. 360, co. 1, n. 1: v. Cap. 3, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*), oppure quando si pronuncia sul regolamento di giurisdizione (ad istanza di parte o d'ufficio: v. Cap. 6, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*, nonché § B di questo capitolo). **La statuizione della S.C. sulla giurisdizione ha una efficacia particolare, c.d. panprocessuale, perché vincola tutti i giudici dell'ordinamento e le stesse parti di quel giudizio, anche se poi esso si estingue** (v. Cap. 4, Sez. VI, tomo II, *Spiegazioni*).

Nel caso di estinzione del giudizio, infatti, la parte potrà riproporre la domanda, ma dovrà rivolgersi al giudice che già la S.C. aveva indicato come avente giurisdizione; sì che se la domanda venisse proposta ad un giudice diverso, questi dovrà rilevare d'ufficio il suo difetto di giurisdizione ed indicare il giudice giurisdizionalmente competente come già individuato dalla S.C.

L'indicazione del giudice giurisdizionalmente competente effettuata dal giudice *a quo*, invece, non vincola le parti e il giudice del processo instaurato *ex novo* (ossia decorsi i termini per la riassunzione del primo processo reso pendente davanti ad un giudice carente di giurisdizione); il giudice così nuovamente adito potrà quindi decidere anche diversamente da come ha deciso il primo giudice.

Una ulteriore conseguenza della natura panprocessuale della statuizione della S.C. sulla giurisdizione, è che il giudice individuato come competente dalla S.C., avanti a cui il processo sia stato riassunto, non potrà esperire il regolamento di giurisdizione d'ufficio (v. § B di questo capitolo).

A seguito della declinatoria di giurisdizione, ciascuna delle parti potrà procedere alla riassunzione del processo avanti al giudice indicato come giurisdizionalmente competente. Il co. 2 dell'art. 59 indica **il termine ultimo per procedere alla riassunzione del processo** (quello di **tre mesi dal passaggio in giudicato della declinatoria di giurisdizione**); nulla vieta, però, che la parte interessata possa procedere alla riassunzione anche prima del passaggio in giudicato della sentenza che abbia rigettato in rito la domanda. Alla riassunzione potrà provvedere sia l'attore (proponendo domanda al giudice indicato dal giudice *a quo*, ri-adattandola, se necessario, in relazione alle disposizioni che regolano il rito avanti al giudice *ad quem*), sia il convenuto (in questo caso si farà riferimento all'art. 125 disp. att. c.p.c., che regola in via generale la forma dell'atto di riassunzione del processo).

La riassunzione effettuata entro il termine **fa salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda**, che quindi si produrranno come se fosse stato sin da subito adito il giudice giurisdizionalmente competente. Al contrario, il co. 4 dell'art. 59 stabilisce che **se la riassunzione è tardiva, allora il processo non potrà proseguire avanti al giudice che ha giurisdizione, ma si estinguerrà** (come sempre accade nel caso in cui la riassunzione del processo non avvenga tempestivamente: v. Cap. 4, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*).

Anche se il processo è stato tempestivamente riassunto l'art. 59, co. 2, dispone che **restano ferme le preclusioni e le decadenze [già] intervenute**. Questa precisazione è in verità molto ambigua. Infatti il riferimento alle preclusioni è inutile: le preclusioni potranno scattare solo davanti al giudice che ha giurisdizione, in accordo con il rito che si applicherà. Il riferimento alle decadenze, invece, va inteso in relazione alle **decadenze relative all'esercizio del potere di azione**. In tal modo il Legislatore afferma che se l'attore, nel proporre domanda avanti al giudice carente di giurisdizione, non ha rispettato i termini eventualmente previsti per l'esercizio dell'azione, la riassunzione davanti al giudice che ha giurisdizione sarà inutile, perché comunque la decadenza dalla proposizione della domanda si sarà già verificata.

Facciamo un esempio: Tizio impugna un atto della p.a. 80 giorni dopo la sua pronuncia, proponendo erroneamente domanda al giudice civile. Quest'ultimo, rilevato il suo difetto di giurisdizione, pronunerà una declinatoria di giurisdizione a favore del giudice amministrativo. Poiché però Tizio ha impugnato l'atto amministrativo ben oltre il termine dei 60 giorni, la riassunzione del processo davanti al giudice amministrativo – pur avvenuta rispettando l'art. 59, co. 2 (ossia entro tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza del giudice ordinario) – gli impedirà comunque di ottenere una tutela di merito: il TAR dovrà prendere atto che, sin dall'inizio, non è stato rispettato il termine decadenziale di 60 giorni per l'impugnativa del provvedimento della p.a. La domanda di Tizio verrà allora comunque riettata dal giudice amministrativo.

Un altro effetto della tempestiva riassunzione del giudizio è legato alle **prove che eventualmente il giudice abbia raccolto prima della declinatoria di giurisdizione**: esse conserveranno la loro efficacia, se ammissibili anche davanti al giudice avente giurisdizione. Questa conclusione si desume del co. 5 dell'art. 59, che disciplina la sorte del materiale istruttorio raccolto qualora il processo non sia stato riassunto (o non lo sia stato tempestivamente). La norma richiamata prevede che in caso di riproposizione della domanda (ossia di proposizione *ex novo* della domanda, per mancata riassunzione del processo a seguito della declinatoria di giurisdizione) le prove raccolte nel primo giudizio avranno, nel secondo, efficacia di mero argomento di prova (esattamente quello che avviene per le prove raccolte in un processo che si sia poi estinto, se successivamente viene riproposta la stessa domanda, *ex art. 310: v. Cap. 4, Sez. VI, Tomo II, Spiegazioni*).

Un'ultima questione, di cui l'art. 59 non si occupa, è quella della **sorte delle misure cautelari eventualmente pronunciate dal giudice poi dichiaratosi carente di giurisdizione**. Al riguardo crediamo debba valere la soluzione espressa approntata dall'art. 11, co. 7, del codice del processo amministrativo per l'ipotesi di *translatio* da altro giudice al giudice amministrativo (su cui v. Cap. 3, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*, nonché oltre nel prosieguo di questa trattazione): le misure già disposte conserveranno la loro efficacia solo per i 30 giorni successivi alla declinatoria di giurisdizione; dopo questo termine, spetterà al giudice individuato come competente pronunciare, se del caso, una misura cautelare di analogo contenuto, ove sia richiesto dalle parti.

6. Il meccanismo della *translatio iudicii*: riassunzione o riproposizione della domanda? La *translatio iudicii* dal o al giudice amministrativo (art. 11 c.p.a.)

Il principale problema che l'art. 59 ha posto è se la *translatio iudicii* si attui mediante la riassunzione dell'unico rapporto processuale, oppure mediante la chiusura del primo processo, e la riproposizione (tempestiva: entro 3 mesi dal passaggio in giudicato della declinatoria di giurisdizione) della domanda avanti al giudice giurisdizionalmente competente, con retrodatazione degli effetti di questa seconda domanda, al momento di proposizione della prima. Come abbiamo visto, l'alternativa è la stessa che avevano già posto, nel 2007, le Sez. un. e la Corte costituzionale.

Il dubbio origina dalla formulazione un poco ambigua ed imprecisa dell'art. 59 (che discorre talvolta di riassunzione del medesimo processo e talaltra, invece, di riproposizione della domanda). Pur nell'ambiguità del dato letterale, **il modello scelto dal Legislatore del 2009 pare essere quello della riassunzione dello stesso processo; lo dimostra proprio il co. 4**

dell'art. 59, che prevede che il mancato rispetto del termine di 3 mesi dalla declinatoria di giurisdizione, comporta l'estinzione del processo tardivamente riassunto avanti al giudice *ad quem*.

Ed invero, solo se il meccanismo prescelto è quello della riassunzione, il co. 4 ha un senso. Se si trattasse di proporre *ex novo* la domanda, con semplice retrodatazione dei suoi effetti, è chiaro che la riproposizione tardiva (oltre 3 mesi dal passaggio in giudicato della declinatoria) non potrebbe comportare comunque l'estinzione del giudizio avanti al giudice indicato come giurisdizionalmente competente. Semplicemente, in questo caso, la domanda ri-proposta varrebbe come domanda in tutto e per tutto nuova: ossia come domanda i cui effetti si produrranno solo dal momento della sua proposizione (e non potranno essere retrodatati). La sanzione dell'estinzione del processo, si giustifica solo se è sempre lo stesso rapporto processuale a proseguire davanti ad altro giudice: solo in questo caso, la riassunzione tardiva potrà comportarne l'estinzione.

La stessa conclusione non vale in relazione all'**art. 11 del Codice del processo amministrativo (c.p.a.), che disciplina come il passaggio da un plesso giurisdizionale ad un altro debba operare qualora sia il giudice amministrativo a rilevare il suo difetto di giurisdizione, o a risultare giudice *ad quem* (ossia il giudice indicato da altro quale giurisdizionalmente competente).**

L'art. 11 c.p.a. si discosta infatti dall'art. 59 legge n. 69/2009, principalmente proprio sotto il profilo delle **modalità di attuazione della *translatio***: l'art. 11, co. 3, infatti, espressamente prevede che la *translatio* si attui mediante **la riproposizione della domanda** (e non la riassunzione del processo), **con retrodatazione degli effetti della nuova domanda, al momento in cui è stata proposta la precedente**. Questo significa che la *translatio* avverrà attraverso la riassunzione del medesimo processo, a meno che il giudice *ad quem* non sia il giudice amministrativo. In quest'ultimo caso, infatti, la *translatio* si attuerà con la riproposizione della domanda al giudice amministrativo, con retrodatazione dei suoi effetti.

Una seconda, ed importante, differenza attiene alla **sorte delle prove raccolte dal giudice privo di giurisdizione, se giurisdizionalmente competente risulti il giudice amministrativo**. In questo caso, infatti, il co. 6 dell'art. 11 c.p.a. dispone che queste prove vadano dal giudice amministrativo valutate sempre solo come argomenti di prova (mentre, nel caso in cui il giudice *ad quem* sia il giudice civile, o altro giudice speciale, le prove raccolte eventualmente anche dal giudice amministrativo carente di giurisdizione, conserveranno la loro piena efficacia: v. *retro*). Infine, il co. 5 dell'art. 11 prevede espressamente che, in relazione alle preclusioni e alle decadenze maturate prima della riproposizione della domanda al giudice amministrativo avente giurisdizione, la parte possa chiedere – se ne ricorrono i presupposti – la rimessione in termini (su questo istituto, v. Cap. 2, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*). Analogi principio – nel silenzio dell'art. 59 – si ritiene valga anche in relazione alle ipotesi di *translatio ex art. 59* legge n. 60/09.

B. I regolamenti di giurisdizione

7. I regolamenti di giurisdizione: natura

Il nostro ordinamento prevede due diversi tipi di regolamento di giurisdizione: quello pre-

ventivo e quello d'ufficio. Il primo è esperibile, *ex art. 41 c.p.c.*, solo dalle parti e prima che la causa sia decisa con una sentenza di merito (v. Cap. 6, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*); il secondo (introdotto dalla legge n. 69/2009) può essere sollevato dal giudice avanti al quale il processo sia riassunto a seguito della *translatio iudicii* (art. 59), se anche questo giudice si ritienga privo di giurisdizione.

Entrambi questi regolamenti mirano ad ottenere il prima possibile **una statuizione delle Sez. Un. (art. 374) sulla questione di giurisdizione ex art. 37, e così una decisione che individui una volta per tutte quale sia il giudice che deve decidere sulla domanda della parte. Nessuno di questi regolamenti ha natura impugnatoria.**

In particolare non è una impugnazione il regolamento di giurisdizione ad istanza di parte, *ex art. 41 c.p.c..* Questo regolamento si svolge infatti in via preventiva: può essere richiesto **solo fino a che il giudice di I grado non abbia deciso la causa nel merito** (ma v. oltre sui più ristretti limiti imposti dalla giurisprudenza), e può essere proposto sia dall'attore che dal convenuto. Il regolamento preventivo di giurisdizione, quindi, non si indirizza avverso una decisione del giudice, ma la vuole prevenire. Nemmeno il regolamento di giurisdizione d'ufficio (art. 59, co. 3, legge n. 69/2009) può essere qualificato come un'impugnazione: certamente si pone a valle della pronuncia di una precedente sentenza sulla giurisdizione (ad opera di altro giudice), ma è proposto su iniziativa del giudice *ad quem* e non delle parti.

Il regolamento di giurisdizione d'ufficio è teso a prevenire i c.d. conflitti negativi di competenza: il giudice *ad quem* (individuato come giudice giurisdizionalmente competente dal primo giudice adito) se si ritiene sfornito di giurisdizione non può declinarla a sua volta ed indicare alle parti un diverso giudice, ma deve adire le Sez. Un. perché individuino una volta per tutte a quale giudice compete la decisione della causa.

8. Il regolamento di giurisdizione ad istanza di parte (art. 41)

Il regolamento di giurisdizione ad istanza di parte può essere proposto **sia dall'attore che dal convenuto**, per ottenere in tempi più rapidi – comunque circa 2 anni – una statuizione delle Sez. Un. in ordine alla questione di giurisdizione di cui all'art. 37. In particolare, questo regolamento può essere proposto sia nel processo ordinario (art. 41), che in quello amministrativo (art. 10 c.p.a.), contabile (legge n. 19/1994) e tributario (art. 3, co. 2, d.lgs. n. 546/1992), e pure in relazione alla questione del riparto della giurisdizione civile ed ecclesiastica in materia matrimoniale.

Il regolamento di giurisdizione, infine, può essere proposto anche quando sia dubbio se la giurisdizione compete ad un giudice dello Stato italiano o ad un giudice di uno Stato estero (anche se l'abrogazione, ad opera della legge n. 218/1995, del co. 2 dell'art. 37, potrebbe fare sorgere qualche dubbio al riguardo). In queste ipotesi, però, la S.C. potrà limitarsi ad affermare che la giurisdizione non spetta ad alcun giudice dello Stato.

In tutti gli altri casi, **la S.C. (a Sez. un.), nel decidere sulla questione di giurisdizione, indicherà qual è il giudice cui la giurisdizione compete, avanti al quale il processo potrà proseguire** (se ha giurisdizione il giudice già adito), **oppure essere riassunto** (se è giurisdizionalmente competente un diverso plesso giurisdizionale). La statuizione della S.C. resa all'esito del regolamento è **vincolante per tutti i giudici italiani** (art. 382, co. 1), sia ordinari che speciali, e questo spiega la necessità di una pronuncia a Sez. un.

Non è invece possibile proporre regolamento di giurisdizione per far valere l'improponi-

bilità assoluta della domanda, per carenza di una situazione giuridica soggettiva tutelabile (c.d. difetto assoluto di giurisdizione: *retro*, Cap. 1, di questa Sezione del Testo Ausiliario). Qui, infatti, è in gioco una questione non di giurisdizione, ma di radicale infondatezza della domanda, per inesistenza di un idoneo oggetto del giudizio.

Il regolamento di giurisdizione si propone con **ricorso** (il cui contenuto è disciplinato dagli art. 365 ss.), sul quale **la S.C. decide, a seguito del procedimento in camera di consiglio** (artt. 375, e 380-bis e -ter), **con ordinanza**, con la quale individua il giudice giurisdizionalmente competente.

La proposizione del ricorso per regolamento di giurisdizione, è soggetta ad un **limite temporale mobile**: l'art. 41, infatti, prevede che ciascuna parte possa proporre regolamento “finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado”. Pertanto impediscono il regolamento di giurisdizione ad istanza di parte non solo la sentenza resa all'esito del giudizio di I grado, ma anche le sentenze non definitive di merito (v. Cap. 3, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*): anche la loro pronuncia, infatti, configura un riconoscimento (implicito) della propria giurisdizione da parte del giudice adito, e pure un suo esercizio.

A partire dal 1996, l'art. 41 è stato oggetto di un'interpretazione molto restrittiva da parte della S.C., che considera precluso il ricorso per regolamento di giurisdizione non solo nel caso di pronuncia di una sentenza non definitiva di merito, ma anche di una sentenza non definitiva su una questione pregiudiziale di rito, e pure sulla stessa giurisdizione.

Questa esegesi, che si discosta (anzi: contraddice) il dato positivo, non sembrava condivisibile già prima della riforma del 2009. Con l'entrata in vigore di questa riforma, e l'introduzione dell'istituto della *translatio iudicii*, l'impostazione della giurisprudenza di legittimità si mostra ancor meno persuasiva: precludere la proponibilità del regolamento di giurisdizione, anche a fronte della sola sentenza di rito declinatoria della giurisdizione, comporta un allungamento notevole dei tempi processuali, perché obbliga la parte che ritiene che il giudice originariamente adito abbia giurisdizione (e abbia così erroneamente pronunciato la declinatoria), a proporre appello e poi ricorso per cassazione, anziché adire direttamente la S.C. con il regolamento di giurisdizione per ottenere – in tempi più rapidi – una decisione definitiva al riguardo.

Un tempo (prima della riforma del 1990, entrata in vigore nel 1995) l'art. 367 disponeva che la proposizione del regolamento di giurisdizione comportasse *ex lege* la sospensione del giudizio pendente, in attesa della pronuncia delle Sez. un. Tuttavia, questa automatica sospensione aveva indotto gli avvocati dei convenuti a proporre sovente il regolamento, al solo fine di lucrare un po' di tempo, anche a fronte di questioni di giurisdizione assolutamente infondate. Per tale ragione, oggi **l'art. 367 prevede il potere discrezionale del giudice di sospendere il processo pendente nell'attesa della pronuncia delle Sez. un., se l'istanza non si mostra manifestamente inammissibile** (ad esempio perché tardiva), **o manifestamente infondata**. La sospensione è disposta con ordinanza, non impugnabile ma revocabile dal giudice. Del pari, il giudice che originariamente non abbia sospeso il processo, potrà successivamente pronunciare anche d'ufficio l'ordinanza di sospensione (purché in un momento anteriore alla pronuncia sul merito).

In mancanza di sospensione, il processo di merito potrà proseguire, e così il giudice potrà addirittura addivenire ad una pronuncia sul merito della lite. Tuttavia gli atti e i provvedimenti del giudice verranno **caducati ex post**, se successivamente l'ordinanza della S.C. neghi la giurisdizione del giudice originariamente adito, e individui un diverso giudice avente giurisdizione.

Recentemente le Sez. Un. hanno poi definitivamente riconosciuto che **la questione di arbitrato estero involge un profilo relativo alla giurisdizione** (del giudice italiano, o degli arbitri stranieri) e, come tale, può ammissibilmente dar luogo al regolamento di giurisdizione ad istanza di parte, *ex art. 41* (Sez. Un., ord. 25.10.2013, n. 24153). Come vedremo invece, nell'ambito della giurisdizione ordinaria, il riparto tra A.g.o. e arbitri dà luogo questione di competenza (v. Cap. 7, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*).

Rinviamo, invece, alla lettura dell'art. 41, co. 2, per lo speciale regolamento di giurisdizione, spettante alla p.a. non parte in causa (ed ormai di nessuna importanza e frequenza pratica).

9. Il regolamento di giurisdizione d'ufficio (art. 59, co. 3, legge n. 69/2009)

Quando sulla questione della giurisdizione non si sia già pronunciata la S.C., **il giudice davanti al quale il processo è stato riassunto a seguito della *translatio iudicii*, se si ritiene anch'egli carente di giurisdizione, potrà proporre regolamento di giurisdizione d'ufficio alle Sez. un., affinché esse statuiscano una volta per tutte a chi spetta la giurisdizione.**

Il co. 3 dell'art. 59 legge n. 69/2009 si limita ad affermare che l'istanza di regolamento d'ufficio assume la forma dell'ordinanza. Nel silenzio della legge, **si ritiene operante sia l'art. 47, co. 4 e 5** (sulle modalità di proposizione del regolamento di competenza d'ufficio), **sia l'art. 48** (che dispone la sospensione necessaria del processo nelle more del regolamento di competenza d'ufficio, salva la possibilità di compiere atti urgenti, come ad esempio pronunciare misure cautelari). Il procedimento per regolamento di giurisdizione d'ufficio si svolge anch'esso in camera di consiglio (artt. 375 e 380-bis e –ter), e si conclude con una ordinanza che regola la giurisdizione.

C. Il riparto di giurisdizione tra giudici interni e giudici di Stati esteri: profili dinamici

Come si ricorderà dagli studi di diritto internazionale privato e diritto europeo, a livello interno, europeo e internazionale, esistono norme che individuano la competenza dei giudici dei diversi Stati che possono essere in qualche modo coinvolti in una determinata lite.

Su questi aspetti non ci dilungheremo; ci limitiamo solo a ricordare che il principale criterio di collegamento (ossia l'elemento che consente di ritenere sussistente la giurisdizione dei giudici di un certo Stato) è ormai quello della residenza o del domicilio del convenuto nello Stato avanti ai giudici del quale la domanda dev'essere proposta. Questo vale sia per la disciplina europea (e così per i diversi regolamenti dell'UE), sia per la disciplina interna del diritto internazionale privato (legge n. 218/1995, il cui ambito di applicazione è, com'è noto, residuale, poiché opera, nel pertinente ambito di materia, solo qualora non vi siano disposizioni di fonte internazionale o europea, destinate a prevalere). Ed infatti, con la legge n. 218/1995, il Legislatore ha abbandonato il criterio generale della cittadinanza (prima previsto quale criterio di collegamento dall'art. 4, c.p.c., ora abrogato) a favore, appunto, del criterio generale della residenza o del domicilio del convenuto (sì che, in via tendenziale, si può affermare che i giudici italiani avranno giurisdizione – in base alla legge n. 218/1995 – se il convenuto è residente o domiciliato in Italia).

Lasciate da parte le regole statiche, che disciplinano il riparto di giurisdizione tra i diversi

Stati, concentreremo qui la nostra attenzione su alcuni profili dinamici del rapporto tra giurisdizioni di Stati diversi, e ci occuperemo solo della legge n. 218/1995, e dei regolamenti europei in materia civile e commerciale (Regolamento Bruxelles I-bis, n. 1215/2012), e in materia matrimoniale e di responsabilità parentale (c.d. Regolamento Bruxelles II-bis, n. 2201/2003).

Segnaliamo, ma non ce ne occuperemo oltre, che l'art. 39 del Reg. 1215/2012 prevede che il provvedimento che abbia, nello Stato di origine, efficacia esecutiva, sia tale anche nello Stato membro ove l'esecuzione forzata deve essere posta in essere, senza necessità di esperire il procedimento di c.d. *exequatur* e pure se il provvedimento potrebbe essere ancora soggetto ad impugnazioni nello Stato membro di origine (un procedimento di *exequatur* era invece previsto dal Reg. 44/2001, ma solo per i provvedimenti di condanna, mentre per quelli di accertamento e costitutivi era già previsto il riconoscimento automatico, con la conseguenza che i loro effetti potevano prodursi immediatamente anche negli altri Stati membri, senza necessità di alcun provvedimento).

10. Il rilievo del difetto di giurisdizione del giudice italiano

In materia civile e commerciale, **il difetto di giurisdizione è disciplinato dagli artt. 27 e 28 del Reg. Bruxelles I-bis, n. 1215/2012 (e, prima della sua entrata in vigore, dagli artt. 25 e 26 del Reg. 44/2001)**. Quel difetto sarà rilevato d'ufficio solo se il convenuto non si sia costituito (art. 28, co. 1), oppure in relazione alle cause per le quali l'art. 24 prevede una competenza esclusiva degli organi giurisdizionali di un determinato Stato contraente (art. 27). Al di fuori di questi casi, il difetto di giurisdizione sarà rilevabile solo su eccezione del convenuto, da proporsi nel primo atto difensivo.

In materia matrimoniale, invece, il Reg. Bruxelles II-bis (n. 2201/2003) prevede la regola del rilievo ufficioso della carenza di giurisdizione da parte del giudice adito, indipendentemente dalla circostanza che il convenuto si sia costituito ed abbia eccepito il difetto di giurisdizione. Questo regime si giustifica in ragione del carattere indisponibile delle situazioni soggettive coinvolte.

La legge n. 218/1995 (che opererà ove non vengano in rilievo regolamenti europei), disciplina l'eccezione di giurisdizione al suo art. 11; questa norma, però, dev'essere letta unitamente a quanto prevede l'art. 4, co. 1 (che si occupa dell'accettazione espressa o tacita della giurisdizione italiana).

Il regime che se ne ricava è il seguente: il giudice italiano potrà rilevare d'ufficio (in ogni stato e grado del processo) il suo difetto di giurisdizione nei confronti del convenuto non domiciliato o residente in Italia, se il convenuto non si è costituito in giudizio; oppure se si è in presenza di azioni reali aventi ad oggetto beni immobili situati in Italia. La rilevabilità ufficiale del difetto di giurisdizione cessa se il convenuto si è costituito in giudizio e, nel farlo, non ha sollevato l'eccezione di difetto di giurisdizione, e prima di ogni sua difesa. Si noti il momento in cui il convenuto si costituisce non rileva in vista della ammissibilità formulazione, da parte sua, dell'eccezione di difetto di giurisdizione. L'unica cosa che conta è che nell'atto con il quale il convenuto si costituisce, sia fatta valere, e per prima, la carenza di giurisdizione del giudice adito dall'attore.

In tal senso depone il combinato disposto degli artt. 11 e 4, co. 1 legge n. 218/1995: l'art. 11, infatti, prevede che il difetto di giurisdizione possa sì essere eccepito dal convenuto "in ogni stato e grado", ma solo se il convenuto "non abbia espressamente o tacitamente accettato

la giurisdizione italiana”; l’art. 4, co. 1, ult. parte, dispone che la giurisdizione italiana si ha per accettata se il convenuto compare nel processo senza eccepire il difetto di giurisdizione nel suo primo atto difensivo.

Quanto all’accettazione espressa della giurisdizione (la quale pure, *ex art. 11*, preclude al convenuto di contestare la giurisdizione italiana, ed al giudice di rilevare d’ufficio il suo difetto) questa può esprimersi con qualsiasi manifestazione verbale o scritta. Può trattarsi anche di un accordo in tal senso delle parti, che deve però assumere forma scritta ed essere sottoscritto da tutte (art. 4, co. 1, prima parte).

11. La litispendenza e la connessione internazionale e comunitaria

Anche nello studio degli istituti della litispendenza e della connessione è bene iniziare l’analisi dai regolamenti europei, che si applicheranno con preferenza rispetto alle disposizioni della legge n. 218/1995.

Il regolamento Bruxelles I-bis prevede che qualora la stessa domanda sia proposta avanti a giudici di differenti Stati membri, il giudice adito per secondo – indipendentemente da ogni prognosi circa le *chances* di riconoscimento del provvedimento straniero – debba **sospendere d’ufficio il procedimento, finché non sia accertata la competenza giurisdizionale in ordine alla causa preventiva**. Se la competenza del giudice adito per primo viene negata, il processo avanti al giudice adito per secondo potrà proseguire; diversamente, quest’ultimo dovrà dichiarare la propria incompetenza giurisdizionale (art. 29, co. 1 e 3). Questo regime comporta che, se il provvedimento reso dal giudice adito per primo non verrà poi riconosciuto nello stato membro, il processo dovrà qui iniziare *ex novo*.

Il co. 2 dell’art. 29 prevede una sorta di meccanismo di *disclosure* sulla prevenienza della lite; infatti, esso dispone che “su istanza di un’autorità giurisdizionale investita della controversia, ogni altra autorità giurisdizionale comunica senza indugio all’autorità giurisdizionale adita per prima la data in cui è stata adita”.

Il Reg. Bruxelles I-bis, inoltre, disciplina per la prima volta il caso in cui uno dei due giudici aditi sia competente in base ad un accordo di proroga della competenza: gli artt. 25 e 26 stabiliscono **la prevalenza non del processo iniziato per primo, ma di quello avanti al giudice scelto dalle parti con l’accordo di proroga della competenza giurisdizionale**. Merita, poi, sottolineare che il concetto di identità di domande – sul quale si fonda l’istituto della **litispendenza – è oggetto di un’interpretazione assai lata da parte della Corte di Giustizia**, che comprendere anche ipotesi che, in Italia, si direbbero piuttosto di c.d. continenza qualitativa (v. Cap. 2, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*).

Ad esempio, con la sentenza Gubisch c. Palumbo (8.12.1987, C-144/86), la Corte di Giustizia ha riconosciuto sussistere la litispendenza fra un’azione di adempimento contrattuale (pendente in Germania) e quella di annullamento del medesimo contratto (proposta successivamente in Italia): la Corte ha infatti ritenuto che il giudice italiano – in quanto autorità giurisdizionale adita per seconda – dovesse declinare la propria giurisdizione “per litispendenza” a favore del giudice tedesco. Ancora, nel caso Tatry c. Maciej Rataj (6.12.1994, C-406/92), la Corte di Giustizia ha ritenuto sussistere litispendenza tra un’azione preventiva di accertamento negativo della responsabilità contrattuale proposta in Olanda, e quella di condanna, proposta ovviamente a parti invertite, in un secondo momento nel Regno Unito.

L'art. 30 Reg. 1215/2012 disciplina invece l'ipotesi di **connessione tra cause**, intendendosi connesse le cause legate da un vincolo "così stretto da rendere opportune una trattazione e decisione uniche anche per evitare soluzioni tra loro incompatibili". In questi casi, il giudice adito per secondo può sospendere il procedimento, o addirittura – su istanza di parte – dichiarare la propria carenza di giurisdizione a favore del giudice adito per primo, al fine di consentire la riunione dei procedimenti. Questo però sarà possibile solo al ricorrere di due condizioni: il giudice preventivamente adito deve essere giurisdizionalmente competente a conoscere entrambe le domande; la riunione deve risultare possibile in base alla legge processuale applicabile da quel giudice.

Da ultimo, il Reg. Bruxelles I-bis individua autonomi criteri di prevenzione della lite, e così: **(a)** il momento del deposito della domanda presso l'autorità giurisdizionale competente, o **(b)** se la domanda o l'atto introduttivo equivalente richiedono la notifica o la comunicazione, il momento in cui la domanda o l'atto sono portati all'autorità incaricata della notifica o della comunicazione (art. 32).

In materia matrimoniale e di responsabilità parentale, il Reg. Bruxelles II-bis (Reg. 2201/2003) adotta una peculiare, perché larghissima, nozione di litispendenza. L'art. 19, infatti, considera in termini di litispendenza il rapporto tra le domande di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio, anche se sul piano formale le domande non abbiano il medesimo oggetto ed il medesimo titolo. Come contemperamento, il co. 3 dell'art. 19 stabilisce però che in caso di declaratoria di litispendenza, la parte che ha proposto la domanda innanzi al giudice adito per secondo, possa promuovere l'azione davanti al giudice preventivamente adito, ivi trasferendo la relativa azione.

La disciplina internazional-privatistica della litispendenza è dettata dall'art. 7 legge n. 218/1995, che dispone che a fronte dell'eccezione di litispendenza (eccezione **in senso stretto**, non rilevabile d'ufficio quindi), il giudice italiano che risulti essere stato adito dopo il giudice straniero, **se ritiene che il provvedimento straniero atteso possa produrre effetto per l'ordinamento italiano, sospende il giudizio**. Di modo che, se il giudice straniero declini la propria giurisdizione, oppure il provvedimento straniero non venga poi riconosciuto, il giudizio pendente avanti al giudice italiano potrà proseguire (previa riassunzione). In caso contrario, ossia se il giudizio avanti al giudice straniero proseguisse fino alla decisione, e questa venisse riconosciuta nel nostro ordinamento, allora il processo ancora sospeso avanti al giudice italiano, si chiuderà con una sentenza di rigetto in rito della domanda.

La sospensione prevista dall'art. 7, legge n. 218/95 ha, però, natura **facoltativa**: se il giudice italiano dubitasse delle *chances* di riconoscimento nell'ordinamento italiano del provvedimento che verrà pronunciato dal giudice straniero, allora il processo potrà in ogni caso proseguire.

Quanto al vaglio di **prevenzione della lite** il **co. 2 dell'art. 7** legge n. 218/1995 impone al giudice italiano di fare capo alle norme interne che regolano l'inizio della pendenza del processo, rispettivamente, nello Stato straniero e in Italia.

La legge n. 218/1995 non detta, invece, alcuna disposizione generale che si occupi delle ipotesi di connessione tra cause pendenti avanti al giudice italiano e straniero, sì che in questi casi è esclusa la possibilità di una sospensione (discrezionale) del processo italiano. L'unica eccezione è data dal caso di **vera e propria connessione per pregiudizialità** (quella che, nell'ordinamento interno, dà luogo alla sospensione necessaria per pregiudizialità, *ex art. 295*). Per questa ipotesi, infatti, l'**art. 7, co. 3**, prevede che il giudice italiano adito con domanda relativa al rapporto dipendente, **può sospendere il processo** (con valutazione discrezionale, quindi, e non obbligata), e sempre che ritenga che il provvedimento straniero sia idoneo a produrre effetti nell'ordinamento italiano.

3. La competenza

1. La competenza: criteri di distribuzione. – 2. La competenza per valore. – 3. La competenza per materia. – 4. La competenza per territorio ... – 5. (segue): la competenza per territorio derogabile e inderogabile. L'accordo di deroga e il c.d. foro convenzionale. – 6. Profili dinamici della competenza: l'eccezione di incompetenza ed il suo rilievo officioso. – 7. La decisione sulla competenza e la *translatio iudicii ex art. 50.* – 8. I regolamenti di competenza ad istanza di parte: il regolamento necessario (art. 42) ... – 9. (segue) ... ed il regolamento facoltativo (art. 43). – 10. Il regolamento di competenza d'ufficio. – 11. Il principio della c.d. *perpetuatio competentiae ac iurisdictionis.*



Questo capitolo ripercorre il contenuto dei Cap. 3 e 6, Sez. III,
Tomo I delle *Spiegazioni di diritto processuale civile*

1. La competenza: criteri di distribuzione

Il secondo presupposto processuale che attiene al giudice è la competenza, ossia la misura della giurisdizione che spetta a ciascun magistrato all'interno del plesso giurisdizionale (civile, amministrativo, tributario e via dicendo) cui appartiene.

Il c.p.c. contempla tre criteri di distribuzione della competenza (per materia, per valore e per territorio), che servono a **distribuire le liti tra giudici di diverso tipo (criteri di competenza c.d. verticale: per valore e per materia), o tra giudici dello stesso tipo, ma dislocati nel territorio dello Stato (criterio di competenza orizzontale: per territorio, appunto).** La competenza per materia e quella per valore sono tendenzialmente inderogabili (con le conseguenze che a breve vedremo); invece, la competenza per territorio è di norma derogabile con accordo tra le parti, salvo alcuni casi particolari.

Le disposizioni del c.p.c. dedicate alla competenza sono gli artt. 7-36, così suddivisi: artt. 7-17 (sulla competenza per materia – da integrare però con le legislazioni speciali – e sulla competenza per valore); artt. 18-30-bis (sulla competenza per territorio); artt. 31-36 (che prevedono delle deroghe alla competenza per territorio, per ragioni di connessione). Di questo ultimo gruppo di norme ci siamo in parte già occupati (quando abbiamo studiato la domanda riconvenzionale: art. 36; la domanda di accertamento incidentale: art. 34; e l'eccezione di compensazione: art. 35: v. Cap. 9, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*), le altre le studieremo invece più avanti.

2. La competenza per valore

Il criterio di riparto della competenza per valore **serve a distribuire le liti tra i due tipi di**

giudici di primo grado: il giudice di pace ed il tribunale. La competenza per valore **del giudice di pace è prevista dall'art. 7, co. 1 e 2** (che è bene leggere subito), mentre **quella del tribunale è residuale:** l'art. 9, infatti, dispone che il tribunale sia competente “per tutte le cause che non sono di competenza di altro giudice” (e questo vale sia per la competenza per valore, che per materia).

I criteri per la determinazione del valore della causa, ai fini della competenza, sono indicati agli artt. 10-17. La regola generale è tratta dall'art. 10, co. 1, per il quale la competenza per valore **si determina in base alla domanda dell'attore, in ragione del valore del petitum.** Il valore così come individuato dall'attore al momento della proposizione della domanda non potrà poi essere cambiato al fine di modificare la competenza già individuata (in ragione del c.d. principio della *perpetuatio competentiae et iurisdictionis*, di cui all'art. 5, v. oltre). Quel che conta, quindi, è la prospettazione dell'attore, indipendentemente da eventuali contestazioni del convenuto.

In alcune ipotesi, per individuare il valore della domanda, verrà in rilievo non solo il *petitum*, ma **anche il titolo, se questo è controverso** (artt. 12, co. 1 e 13). Anche in questo caso, però, non perché è il convenuto a contestarlo (la sua attività difensiva non incide sul valore della causa ai fini della competenza), ma perché è l'attore stesso che propone una domanda in relazione ad un rapporto giuridico (il titolo, appunto) che afferma controverso (si v., ad esempio, l'art. 12, co. 1, che riguarda il caso di domanda relativa all'esistenza, alla validità o alla risoluzione del rapporto giuridico).

L'attività del convenuto potrà incidere sulla determinazione della competenza per valore solo in due casi: (a) nelle cause relative al pagamento di somme di denaro o beni immobili, se il convenuto contesta – ai fini della competenza – il valore individuato dall'attore o presunto (art. 14, co. 2): qui il giudice dovrà decidere, sempre solo ai fini della competenza, allo stato degli atti, senza ulteriore apposita istruttoria; (b) quando il convenuto propone domanda riconvenzionale (art. 36), domanda di accertamento incidentale (art. 34); o eccezione di compensazione (art. 35). Si è detto infatti che in queste ipotesi, il valore della domanda proposta dal convenuto (o del credito dedotto in compensazione) viene in rilievo, e può determinare la rimessione della causa al giudice superiore (ossia dal giudice di pace al tribunale: v. *retro* Cap. 6, Sez. I, di questo Testo Ausiliario).

Se nel processo sono proposte più domande contro la stessa persona, il loro valore si somma, così come si sommano al capitale gli interessi scaduti, le spese, e i danni sofferti prima della proposizione della domanda. Al contrario, se vengono proposte più domande, basate sullo stesso titolo, ma nei confronti di persone diverse (è questo il caso del creditore che chiede la condanna in solidi dei due condebitori convenuti), il valore delle diverse domande non si somma, e la competenza per valore si determinerà con riguardo al *petitum* della domanda più elevata (artt. 10, co. 2 e 11).

Una regola particolare è poi prevista per le cause relative a somme di denaro o beni mobili. L'art. 14, co. 1, infatti, dispone che se l'attore non individua il valore della domanda, la causa si presume di competenza del giudice adito. Inoltre, se il convenuto non contesta il valore dichiarato dall'attore o presunto, il valore della causa così individuato avrà effetti non solo ai fini della competenza, ma pure nel merito: la sentenza, infatti, non potrà attribuire all'attore una somma o un bene di valore superiore al tetto massimo della competenza del giudice adito. Si vedano, infine, le regole particolari dettate dagli artt. 12-17, quanto all'individuazione del valore di alcune specifiche cause.

3. La competenza per materia

L'altro criterio di competenza c.d. verticale è quello per materia, che viene in rilievo solo quando una disposizione lo prevede, ed in tal caso accanterà il diverso criterio di competenza per valore. L'art. 7, co. 4 (che è bene leggere), individua la competenza per materia del giudice di pace; l'art. 9 si occupa invece di quella del tribunale. Anche in questo caso il tribunale ha competenza residuale, ossia per tutte le cause che non sono attribuite alla competenza per materia di un diverso giudice. Rientrano invece esplicitamente nella competenza per materia del tribunale, sempre a norma dell'art. 9, le cause relative allo stato e alla capacità delle persone, e le controversie relative alla querela di falso (v. Cap. 3, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*). L'art. 9, poi, si riferisce alle cause "in materia di imposte e tasse", anche se l'art. 12 del D.lgs. n. 448/2001 ha attribuito la giurisdizione a conoscere di queste liti alle Commissioni tributarie, eliminando ogni residuale giurisdizione del giudice civile (e così, di fatto, abrogando parzialmente l'art. 9).

Sono inoltre considerate ipotesi di competenza per materia quelle relative alla competenza delle c.d. sezioni specializzate (ammesse dall'art. 102, co. 2 Cost.), quali: le sezioni specializzate agrarie (leggi nn. 320/1963 e 203/1982); i tribunali delle acque pubbliche; i tribunali dei minorenni e le corrispondenti Corti di appello (legge n. 11/1971); la Corte di appello in materia antitrust. Fanno eccezione, però, le sezioni specializzate in materia di impresa (d.lgs. n. 168/2003 e ss. mm., da ultimo, legge n. 72/2012): per le sez. un. (sent. n. 19882/2019) il riparto tra sezione ordinaria e sezione specializzata in materia di impresa appartenenti allo stesso tribunale non darà luogo a questione di competenza, ma a una mera questione organizzativa, di cui le parti non potranno dolersi.

Non dà luogo, invece, ad una questione di competenza (né per materia, né per territorio), la ripartizione delle liti tra sede centrale e distaccata del tribunale: quest'ultima, infatti, costituisce una mera articolazione interna, pur se territorialmente distaccata, appunto, dello stesso ufficio.

4. La competenza per territorio ...

I criteri di competenza per territorio servono invece a distribuire le cause tra giudici dello stesso tipo, che si trovano in parti diverse del territorio dello Stato. Questi criteri sono dettati dagli artt. 18-30-bis, che individuano diversi fori, in relazione o alle parti della lite (artt. 18-19 e 25), o all'oggetto della domanda (gli altri).

Abbiamo anzitutto il c.d. **foro generale delle persone fisiche** (che corrisponde al tribunale del luogo ove il convenuto ha residenza, domicilio, o – se questi sono sconosciuti – la dimora: art. 18); e delle **persone giuridiche** (quello della loro sede, legale o effettiva, o dello stabilimento con rappresentante autorizzato a stare in giudizio; se si tratta di persone giuridiche non riconosciute, la sede si localizza nel luogo ove questi enti svolgono attività in modo continuativo: art. 19).

Accanto al foro generale, è prevista una serie di **fori speciali**, che si distinguono in fori **fascoltativi** e **fori esclusivi**. I primi si affiancano al foro generale, sì che l'attore potrà scegliere se evocare il convenuto avanti al suo foro generale, o al foro speciale (v. l'art. 20, che disciplina il foro generale dei diritti di obbligazione, derivanti sia da contratto che da fatto illecito). Quando invece ricorre un foro esclusivo, il giudice indicato è l'unico competente in relazione

a quella categoria di controversie. Sono fori esclusivi quelli previsti: in materia di lavoro (art. 413); in materia di locazioni (art. 447-bis); in materia di previdenza ed assistenza obbligatoria (art. 444); in materia di diritti reali e di azioni possessorie (art. 21); in materia successoria (art. 22); per le controversie tra soci e tra condomini (art. 23); e in materia di gestioni tutelari e patrimoniali (art. 24).

È poi stabilita una disciplina particolare in relazione alla competenza per l'esecuzione forzata e per le cause di opposizione all'esecuzione (v. art. 26), così come per le cause in cui è parte una amministrazione dello Stato (art. 25). Quest'ultima norma distingue a seconda che l'amministrazione dello Stato sia attrice o convenuta, e si applica solo per le cause in cui lo Stato è obbligatoriamente rappresentato dagli uffici dell'Avvocatura di Stato (e dunque non opera nei giudizi avanti al giudice di pace, ove questa rappresentanza non è obbligatoria).

5. (segue): la competenza per territorio derogabile e inderogabile. L'accordo di deroga e il c.d. foro convenzionale

Nell'ambito della competenza per territorio, la distinzione più importante è quella tra **competenza derogabile** e **competenza inderogabile** (si tratta infatti di una distinzione che incide, ad esempio, sul regime dell'eccezione di incompetenza).

La regola generale è che la competenza per territorio (anche ove vengano in rilievo i c.d. fori esclusivi) è derogabile con accordo delle parti (v. oltre). Ci sono però dei casi – **tassativamente individuati dall'art. 28** – in cui la competenza territoriale non può essere derogata dalle parti. In queste ipotesi, dunque, le parti non possono, attraverso un loro accordo, individuare come competente un giudice diverso da quello indicato dal codice.

Se non si verte in ipotesi di competenza inderogabile (art. 28), è invece riconosciuta alle parti la possibilità di disciplinare diversamente la localizzazione del loro eventuale, futuro, processo, con un accordo anteriore all'instaurazione del giudizio. In tal modo, viene individuato un diverso foro, il **c.d. foro convenzionale**.

L'accordo di deroga è disciplinato dall'art. 29, e può essere già contenuto in una apposita clausola del contratto, o – altrimenti – deve essere fatto per iscritto e deve riferirsi “ad uno o più affari determinati”. Inoltre, solo se l'accordo lo prevede, il giudice così individuato avrà competenza esclusiva; altrimenti il risultato dell'accordo sarà solo quello di aggiungere un altro foro facoltativo, al foro generale e a quelli speciali già previsti dalla legge. In ogni caso, il foro convenzionale non può mai coincidere con quello generale.

Sempre nell'ambito della competenza per territorio derogabile, è poi possibile una deroga successiva all'instaurazione del giudizio (**c.d. proroga**), che si verifica se il convenuto eccepisce l'incompetenza del giudice adito individuandone un altro come competente, e l'attore aderisce a questa individuazione (v. oltre).

6. Profili dinamici della competenza: l'eccezione di incompetenza ed il suo rilievo officioso

Fin qui abbiamo studiato gli aspetti statici dell'istituto della competenza, vediamo ora come questo si comporta nella dinamica del processo.

A tal riguardo, viene anzitutto in rilievo **l'eccezione di incompetenza**. Il convenuto può

infatti ritenere che il giudice al quale si è rivolto l'attore, non sia competente (per valore, materia, o territorio). In tal caso, il convenuto potrà eccepire l'incompetenza del giudice adito (art. 38). Questa eccezione deve essere formulata – a pena di decadenza – nella comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata (ossia depositata 20 giorni prima dell'udienza fissata nell'atto di citazione: v. Cap. 1, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*). Inoltre, se si tratta di incompetenza per territorio semplice (o derogabile) l'eccezione sarà valida – ed il giudice potrà decidere su di essa – solo se il convenuto abbia contestato la competenza del giudice adito dall'attore sotto ogni possibile profilo (ossia passando in rassegna criticamente tutti i possibili criteri attributivi della competenza), e abbia pure individuato il diverso giudice che ritiene competente.

L'incompetenza può anche essere **rilevata d'ufficio dal giudice adito, ma solo nei casi più gravi, ossia nelle ipotesi di competenza inderogabile**: quella per materia, quella per valore, e quella per territorio nelle sole ipotesi previste dall'art. 28. Anche questa attività del giudice è soggetta ad un limite temporale: il giudice potrà rilevare la sua incompetenza solo entro la prima udienza, quella di comparizione e trattazione di cui all'art. 183 (v. Cap. 2, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*).

La possibilità di rilievo officioso dell'incompetenza in ipotesi di competenza inderogabile, influisce dunque sulla gravità della mancata formulazione dell'eccezione di incompetenza da parte del convenuto. Infatti, se si tratta incompetenza per materia, valore o territorio inderogabile, il convenuto – che non l'abbia eccepita tempestivamente – potrà pur sempre contare sul fatto che il giudice rilevi d'ufficio la propria carenza di competenza. Se invece si tratta di incompetenza per territorio semplice, la mancata eccezione tempestiva da parte del convenuto avrà quale effetto quello di radicare definitivamente la causa davanti al giudice adito, senza che della competenza si possa più tornare a discutere.

Tuttavia, anche in ipotesi di competenza inderogabile, per il convenuto non è indifferente eccepire o meno l'incompetenza del giudice adito dall'attore. Infatti, se il giudice non rileva d'ufficio la propria incompetenza entro l'udienza *ex art. 183*, il convenuto che non abbia proposto tempestiva eccezione, non potrà dolersi in fase di gravame della incompetenza del giudice adito. Solo il convenuto che abbia eccepito l'incompetenza del giudice adito, e che si sia visto rigettare l'eccezione, potrà impugnare la sentenza che verrà resa all'esito del I grado di giudizio facendo valere anche l'incompetenza del giudice adito dall'attore.

7. La decisione sulla competenza e la *translatio iudicii ex art. 50*

Gli stretti limiti cronologici che l'art. 38, co. 1 e 3, assegna affinché la questione della competenza possa emergere nel processo, non implicano necessariamente che tale questione – una volta emersa – debba essere immediatamente decisa dal giudice. Il giudice, infatti, potrà scegliere se riservare la decisione sulla sua competenza all'esito del giudizio, o decidere subito. A tale ultimo riguardo, il **co. 4 dell'art. 38 consente al giudice di decidere velocemente sulla questione, senza dedicarvi una particolare istruttoria**. La norma, infatti, ammette che – ai soli fini della competenza – i fatti che rilevano vengano appurati senza istruttoria, basandosi solo sulle mere risultanze eventualmente agli atti o, se ciò non è possibile, attraverso la raccolta di sommarie informazioni.

Normalmente il giudice sceglierà di decidere immediatamente sulla questione, se la ritiene plausibilmente fondata (ossia se si ritiene plausibilmente incompetente). In questo caso fisserà

sin da subito l'udienza di precisazione delle conclusioni, e poi si riserverà la decisione (v. Cap. 3, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*), ex art. 187, co. 2 e 3. La pronuncia sulla competenza, in queste ipotesi in cui il giudice si pronuncia solo su di essa, avrà la **forma di ordinanza**, e potrà essere una ordinanza di incompetenza, ma anche una ordinanza con cui il giudice si afferma competente (il che accadrà se la sua prognosi di plausibile incompetenza, si rilevi poi errata, e così il giudice si ritenga infine competente).

Il giudice, però, potrà anche riservarsi la decisione sulla competenza **all'esito della trattazione complessiva della causa**, se la questione si profili meno plausibilmente fondata. In questo caso, i fatti materiali che rilevassero sia per la competenza che per il merito saranno esaminati dal giudice a seguito di rituale ed esauriente trattazione ed istruzione (in base a vere e proprie prove, non solo a sommarie informazioni). La decisione avrà allora la **forma di ordinanza, solo se il giudice giungerà ad escludere la sua competenza, mentre avrà forma di sentenza, se il giudice – ritenendo sussistente la sua competenza – deciderà la questione insieme al merito della lite**. Tanto la ordinanza sulla competenza, quanto la sentenza che decide anche sulla competenza, saranno impugnabili, seppur in modi diversi, come vedremo.

L'ordinanza con cui il giudice si dichiara incompetente non è un provvedimento di rigetto in rito della domanda dell'attore: **il giudice originariamente adito dovrà, infatti, indicare il diverso giudice che ritiene competente, avanti al quale le parti potranno riassumere sempre lo stesso processo in origine reso pendente avanti ad un giudice incompetente**. Se la riassunzione avviene nel termine fissato dal giudice (oppure, in mancanza di fissazione, nel termine di tre mesi dalla comunicazione dell'ordinanza: art. 50), il processo potrà proseguire avanti al giudice indicato come competente (c.d. giudice *ad quem*), e saranno fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta al giudice incompetente. Proprio a questo meccanismo di *translatio* si è ispirato il legislatore del 2009, nel disciplinare la *translatio iudicij* tra giurisdizioni.

La riassunzione potrà avvenire ad opera dell'attore (ed è questa l'ipotesi normale, perché è l'attore ad essere interessato alla prosecuzione del giudizio), o da parte del convenuto, con un atto che dovrà contenere gli elementi indicati dall'art. 125 disp. att. c.p.c. In particolare, l'atto conterrà l'indicazione dell'udienza fissata dalla parte che riassume, dalla quale si conteranno i 20 giorni a ritroso per la costituzione dell'altra parte avanti al giudice *ad quem*; non ci sarà invece alcuna formulazione di nuova domanda, ma semmai un riassunto delle domande già formulate, e l'indicazione del precedente svolgimento del processo e dell'ordinanza di incompetenza. **Le prove assunte davanti al giudice dichiarato incompetente manterranno piena efficacia nel processo riassunto**, e non degraderanno a meri elementi di prova ex art. 116, come accadrebbe se quel processo si estinguesse, e fosse poi riproposta ex novo la domanda (v. Cap. 4, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*).

Se invece nessuna parte provveda a riassumere il processo nei termini (fissati dal giudice, o – in mancanza – dall'art. 50), allora **il processo si estinguera** (art. 50, co. 2: v., per gli effetti dell'estinzione, Cap. da ultimo indicato).

La *translatio iudicij* può operare anche se il giudice non si dichiari prima incompetente. È questa l'ipotesi di c.d. **proroga della competenza** che si verifica quando il convenuto eccepisce l'incompetenza **per territorio semplice del giudice adito**, e l'attore (insieme alle altre parti eventualmente costituite, per es. il terzo interveniente) aderisce all'individuazione effettuata dal convenuto. A seguito dell'adesione, il primo giudice disporrà la cancellazione della causa dal ruolo, e la competenza così individuata per consenso delle parti rimarrà ferma in capo al giudice indicato dal convenuto, se avanti a lui la causa verrà riassunta entro tre mesi dalla cancellazione dal ruolo (art. 38, co. 2).

8. I regolamenti di competenza ad istanza di parte: il regolamento necessario (art. 42) ...

Come per la giurisdizione, anche in relazione alla competenza sono previsti due tipi di regolamenti che si svolgono avanti alla Corte di cassazione: quello ad istanza di parte, e quello d'ufficio.

A differenza del regolamento di giurisdizione, però, quello di competenza, proposto ad istanza di parte (nelle sue due *species*: necessario e facoltativo) rappresenta **una vera e propria impugnazione**. Questa tipologia di regolamento si indirizza infatti avverso la decisione del giudice sulla propria competenza, e la sua proposizione sospende il passaggio in giudicato della pronuncia, *ex art. 324*; si tratta quindi di una impugnazione ordinaria (v. Cap. 6, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*).

Il regolamento di competenza ad istanza di parte si propone alla S.C. con ricorso, si svolge secondo il procedimento delineato dall'art. 49, e si conclude con una ordinanza che individua il giudice competente, e che avrà anch'essa (come l'ordinanza che chiude il regolamento di giurisdizione ad istanza di parte) **efficacia panprocessuale**: vincolerà tutti i giudici, e fisserà la competenza anche per futuri giudizi sulla stessa domanda, se – ad esempio – dopo la pronuncia della S.C. il processo dovesse estinguersi. Il **termine per la proposizione del regolamento ad istanza di parte (necessario o facoltativo che sia)**, è di **30 giorni**, che decorrono però dalla semplice comunicazione del solo dispositivo del provvedimento del giudice **ad opera della cancelleria** (art. 47, co 2, in relazione agli artt. 133 e 136), ossia da un adempimento che – per le altre impugnazioni – non fa decorrere alcun termine (v. art. 326, Cap. 1, Sez. VII, Tomo II, *Spiegazioni*).

Il regolamento ad istanza di parte può essere necessario o facoltativo. **Il regolamento di competenza necessario (art. 42) è l'unico mezzo di impugnazione esperibile avverso l'ordinanza con cui il giudice decide solo sulla sua competenza (declinandola, o confermandola)**. Il regolamento potrà essere allora proposto dal convenuto (nel caso di ordinanza che conferma la competenza del giudice adito), o dall'attore (a fronte di una ordinanza di incompetenza).

La proposizione del regolamento determina, *ex art. 48*, **la sospensione ex lege (e non discrezionale) del giudizio di merito**, e così: del giudizio di I grado, se si tratta di una ordinanza che afferma la competenza del giudice adito; del termine per la riassunzione del giudice avanti al giudice *ad quem*, se si tratta di una ordinanza di incompetenza. Se l'ordinanza resa dalla S.C. rigetta il regolamento di competenza, confermando la competenza del giudice originariamente adito, il processo potrà proseguire avanti a lui attraverso la sua riassunzione nel termine concesso dalla S.C., oppure nel termine di tre mesi dalla comunicazione dell'ordinanza pronunciata dalla S.C.: artt. 49 e 50). Se invece la S.C. accoglie il regolamento di competenza, individuerà il diverso giudice munito di competenza, avanti al quale il processo potrà essere riassunto, ancora una volta nel termine indicato dalla S.C. o nel termine residuale di tre mesi (artt. 49 e 50).

Si noti poi che il regolamento di competenza necessario (*ex art. 42*) è l'unico mezzo per impugnare anche le ordinanze rese in materia di litispendenza (art. 39), di continenza (art. 39, co. 2), e di connessione e relative deroghe alla competenza, *ex art. 40* in relazione agli artt. 31-36, ossia quei provvedimenti sulla permanenza o meno della causa avanti al giudice adito. Va poi impugnata con regolamento di competenza necessario anche l'ordinanza con cui viene disposta la sospensione necessaria del processo *ex art. 295* (v. Cap. 5, Sez. VI, Tomo II, *Spie-*

gazioni), ma non anche l'ordinanza che tale sospensione esclude, e le ordinanze rese in altre ipotesi di sospensione (ad es. *ex artt.* 279, ult. co; 337, co. 2; 398 ult. co.; e 367).

9. (segue) ... ed il regolamento facoltativo (art. 43)

Il regolamento di competenza facoltativo (art. 43) opera invece nei casi in cui il giudice di I grado abbia deciso la questione della sua competenza unitamente al merito della lite (e dunque con la sentenza resa all'esito del giudizio), oppure insieme ad altre questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito (con una sentenza non definitiva: v. art. 187, Cap. 3, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*). In entrambi i casi il giudice avrà ritenuto sussistente la sua competenza, sì che legittimato a proporre il regolamento di competenza sarà **solo il convenuto**.

Diverse sono le iniziative processuali che il convenuto potrà esperire. Se il giudice di primo grado, oltre a rigettare l'eccezione di incompetenza abbia anche accolto la domanda avversaria, il convenuto potrà scegliere: impugnare con il regolamento di competenza facoltativo la sola statuizione sulla competenza, e proporre altresì appello, qualora soccombente anche nel merito; oppure proporre solo appello, con il quale dolersi della soluzione offerta dal giudice di I grado anche in punto di competenza. Può però accadere che il giudice, pur affermando la sua competenza, abbia poi rigettato nel merito la domanda dell'attore. In questo caso il convenuto potrà proporre regolamento di competenza *ex art.* 43, oppure impugnare in via incidentale la decisione sulla competenza nel giudizio di appello promosso dall'attore contro la decisione di rigetto della domanda proposta.

In definitiva, poiché con il regolamento di competenza facoltativo si può investire la S.C. solo della questione della competenza (e non anche di altre questioni), è ben possibile che vi sia un **concorso tra il regolamento di competenza facoltativo e l'appello**, di cui si occupa l'*art. 43, co. 3*.

Ove il regolamento di competenza facoltativo venga proposto per primo, i termini per la proposizione dell'appello resteranno sospesi *ex lege* (v. *art. 48*) in attesa della decisione della S.C. Nel caso in cui la S.C. confermi la competenza del giudice originariamente adito, i termini per la proposizione dell'appello ricominceranno a decorrere dalla comunicazione dell'ordinanza della S.C.; in caso contrario (ossia se la S.C., in accoglimento del regolamento di competenza, individui come competente un giudice diverso), l'appello diverrà inutile, ed il processo potrà essere riassunto (nel termine indicato dalla S.C., o entro tre mesi dalla comunicazione dell'ordinanza) avanti al diverso giudice di I grado indicato come competente.

Se il regolamento di competenza ex art. 43 è proposto dopo l'appello, sarà il giudizio di appello ad essere sospeso *ex lege*, e potrà essere riassunto (sempre entro i termini detti) a valle dell'ordinanza della S.C. che rigetta il regolamento e riconosce la competenza del giudice originariamente adito. Al contrario, se la S.C. accolga il regolamento di competenza, l'appello pendente non potrà che chiudersi per presa d'atto dell'incompetenza del giudice originariamente adito, ed il processo potrà invece essere riassunto avanti al diverso giudice di I grado che la Corte di cassazione avrà indicato come competente.

10. Il regolamento di competenza d'ufficio

L'ordinanza di incompetenza, se non impugnata, vincola anche il giudice *ad quem* avanti a cui il processo sia stato tempestivamente riassunto, il quale giudice **non potrà contestare la sua designazione come giudice competente (art. 44)**.

Questa regola generale patisce però un'**eccezione** (art. 44, ult. parte): nei soli casi di competenza per materia e per territorio inderogabile (ma non in quelli per valore o per territorio derogabile), il c.p.c. consente al giudice *ad quem* di rimettere in discussione la designazione effettuata dal giudice *a quo*. Non però attraverso la pronuncia di una nuova ordinanza di incompetenza, ma attraverso il regolamento di competenza d'ufficio, strumento finalizzato ad evitare i c.d. conflitti negativi di competenza (ossia ad evitare che l'attore veda negare la competenza a decidere sulla domanda dai diversi giudici di volta in volta aditi *ex art. 50 c.p.c.*, in una catena infinita).

Il regolamento di competenza d'ufficio è disciplinato dall'art. 45, e consente appunto al giudice *ad quem*, che dubiti di essere competente in ipotesi di competenza per materia e territorio inderogabile, di adire la S.C. (con ordinanza) per ottenere – attraverso il procedimento che abbiamo già descritto – un'ordinanza che individui una volta per tutte il giudice competente. Questo regolamento non potrà però essere esperito, all'evidenza, dal giudice la cui individuazione come giudice competente sia stata effettuata già dalla S.C., adita con regolamento di competenza ad istanza di parte.

11. Il principio della c.d. *perpetuatio competentiae ac iurisdictionis*

L'art. 5 prevede, in relazione sia alla competenza che alla giurisdizione, il c.d. principio della *perpetuatio*: **una volta proposta domanda al giudice avente giurisdizione e competenza, eventuali successivi mutamenti legislativi che conferiscano giurisdizione o competenza per quella lite a giudici diversi, saranno ininfluenti per il processo in corso.** Esso rimarrà, perciò, incardinato avanti al giudice che – al momento della proposizione della domanda – risultava essere il giudice competente, anche giurisdizionalmente.

Si tratta di un principio tesò a tutelare l'attore che abbia rettamente individuato il giudice cui proporre la sua domanda, che si pone quale deroga al principio generale (comunemente riconosciuto, anche se inespresso) per cui la sussistenza delle condizioni di decidibilità della causa nel merito va valutata avendo riguardo anche al momento di pronuncia della sentenza che accerta la loro esistenza, e non (solo) al momento di proposizione della domanda.

4. Le condizioni del diritto di azione

1. Il diritto di azione e le sue condizioni. – A. *La legittimazione ad agire.* – 2. La legittimazione ad agire e contraddirre (accezione tecnica ed a-tecnica). – 3. Le ipotesi di legittimazione straordinaria ad agire. – 4. Il caso tipico: l’azione surrogatoria ex art. 2900 c.c. – 5. La c.d. surroga satisfattiva. – 6. Le azioni dirette, le azioni popolari e le *class actions* (cenni). – B. *L’interesse ad agire.* – 7. L’interesse ad agire ex art. 100 c.p.c.: definizioni ed inquadramento del problema della sua rilevanza. – 8. Il ruolo dell’interesse ad agire nelle azioni di condanna e costitutive. – 9. L’interesse ad agire nelle azioni di accertamento.



Questo capitolo ripercorre il contenuto dei Cap. 8-9-10, Sez. III,
Tomo I delle *Spiegazioni di diritto processuale civile*

1. Il diritto di azione e le sue condizioni

La locuzione “condizioni dell’azione” (con cui si indicano cumulativamente la legittimazione ad agire e l’interesse ad agire) sta sinteticamente ad indicare quelle che più propriamente si devono definire le c.d. **condizioni del diritto di azione**. Anch’esse, come abbiamo visto (v. Cap. 1, di questa Sezione del Testo Ausiliario), sono condizioni di decidibilità della causa nel merito, ma si distinguono dai presupposti processuali proprio perché **attengono all’esistenza del diritto di azione, e non al modo di instaurazione del processo**.

Il diritto di azione è un diritto soggettivo peculiare, di natura non sostanziale ma processuale; è il diritto alla decisione nel merito (ossia sulla domanda proposta), che – come tale – va tenuto ben distinto dal diritto sostanziale che con la domanda viene fatto valere. Ed infatti il diritto di azione può esistere anche se non esiste il diritto sostanziale fatto valere (nel qual caso l’esito del giudizio sarà una sentenza di rigetto nel merito, per infondatezza, della domanda proposta).

Varie sono le accezioni del diritto di azione. Una prima (risalente a Chiovenda, e ormai abbandonata), può definirsi **“concreta”**: il diritto di azione sarebbe, secondo questa impostazione, il diritto ad ottenere una sentenza di accoglimento della domanda proposta. Questa ricostruzione, però, non si mostra soddisfacente, perché per sapere se il soggetto ha il diritto di azione così inteso si dovrebbe valutare se egli è titolare del diritto sostanziale, che è proprio quello che il giudice dovrà dire all’esito del giudizio. In questo modo, la questione dell’esistenza del diritto di azione (che incide sulla possibilità per il giudice di decidere il merito della lite), e quella dell’esistenza del diritto sostanziale dedotto in giudizio verrebbero a coincidere, perché il giudice – per poter dire se esiste il suo potere-dovere di decidere il merito della lite – dovrebbe già valutare se la domanda proposta dall’attore è fondata.

La seconda accezione, propone una concezione estremamente “astratta” del diritto d’azione, perché lo definisce come il diritto del soggetto ad ottenere una decisione da parte del giudice, quale che sia, e così anche di rigetto in rito. Anche questa definizione però è poco

soddisfacente, perché non aiuta a capire se il giudice abbia il potere-dovere di decidere il merito della lite: il diritto ad ottenere una decisione purchessia, e così anche solo di mero rito, sussiste sempre in capo all'attore, per il solo fatto di avere proposto una domanda.

L'accezione più convincente del diritto di azione, è allora quella c.d. "semi-astratta": il diritto di azione è il diritto della parte ad ottenere una pronuncia sul diritto sostanziale dedotto in giudizio, ossia una pronuncia sul merito (a prescindere dal suo contenuto: di accoglimento o di rigetto). Proprio questa è l'accezione del diritto di azione che si ricava dall'art. 24 Cost., secondo cui "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi"; detto altrimenti, se qualcuno pensa di avere un diritto, il legislatore deve consentirgli di ottenere una sentenza che dica se quel diritto esiste o no.

Così inquadrato il diritto di azione, si comprende perché le condizioni del diritto di azione sono anch'esse condizioni di decidibilità della causa nel merito: se ricorrono l'interesse ad agire e la legittimazione ad agire (ossia se c'è il diritto di azione), allora vi sarà il potere-dovere del giudice di decidere la domanda nel merito, e dunque di accettare se esiste o no il diritto soggettivo dedotto in giudizio dall'attore.

La legittimazione ad agire e l'interesse ad agire, quindi, stanno ad indicare, come vedremo meglio, la titolarità formale ed astratta (legittimazione) e quella nel caso concreto (interesse) del diritto di azione.

A. La legittimazione ad agire

2. La legittimazione ad agire e contraddirsi (accezione tecnica ed a-tecnica)

La legittimazione ad agire non è espressamente prevista dal c.p.c.; la necessità della sua sussistenza si ricava, a contrario, dall'art. 81, che – salvo casi eccezionali (v. oltre) – afferma che "nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui".

Nell'accezione semi-astratta del diritto di azione, **per verificare se sussiste legittimazione ad agire, il giudice dovrà esclusivamente valutare se chi propone domanda chieda tutela per un diritto che affermi essergli proprio** (a prescindere dalla circostanza che, successivamente, nel corso del giudizio, quel diritto risulti inesistente). Sì che la carenza di legittimazione ad agire (che escluderà il potere-dovere del giudice di decidere il merito della lite, e così imporrà al giudice di pronunciare una sentenza di rigetto in rito), si avrà solo in ipotesi di scuola, quando l'attore affermi egli stesso di agire in giudizio per la tutela di un diritto che non gli fa capo.

La **legittimazione a contraddirsi**, invece, spetta sempre al convenuto, per il solo fatto di essere destinatario della domanda dell'attore (anche se la domanda risulti poi infondata): è semplicemente **un corollario del principio del contraddittorio**, di cui agli artt. 99 e 100 c.p.c., e 24, co. 2, Cost.

Assai spesso però, nella pratica, si fa un uso **a-tecnico della locuzione "legittimazione ad agire"**, con ciò intendendosi la carenza, in capo alla parte, della **titolarità della situazione giuridica soggettiva sostanziale**. Onde evitare confusione, meglio sarebbe in questi casi parlare di carenza non di legittimazione ad agire o contraddirsi, ma di legittimazione sostanziale attiva e passiva, perché ciò che si intende così far rilevare, è pur sempre che la domanda proposta dall'attore è infondata, e dovrà essere rigettata nel merito (e non in rito).

Ad esempio, l'attore propone domanda nei confronti di un dato convenuto, chiedendo la condanna di costui al risarcimento del danno occorsogli a seguito di un incidente stradale; il convenuto si difende eccependo la sua "carenza di legittimazione passiva" perché sostiene di non essere stato alla guida dell'auto, condotta da altro soggetto. È chiaro che in questo caso il convenuto sta semplicemente dicendo che la domanda dell'attore è infondata, perché non è lui l'obbligato sostanziale ma un altro. Oppure: si pensi al caso in cui l'attore propone domanda nei confronti del convenuto, chiedendo la sua condanna al pagamento di una certa somma; il convenuto si costituisce eccependo la carenza di legittimazione attiva dell'attore, perché l'attore aveva già prima del processo ceduto il credito in questione. Anche in questa ipotesi non si può parlare di carenza di legittimazione attiva; non manca una condizione dell'azione né allora la domanda dell'attore va rigettata in rito: qui la domanda è infondata (e quindi va rigettata nel merito), perché l'attore sta facendo valere in nome proprio una diritto che non gli spetta più.

3. Le ipotesi di legittimazione straordinaria ad agire

In linea generale, dunque, non è concepibile che si deducano in giudizio i torti subiti da altri, e si interferisca nelle loro scelte esclusive (garantite dagli artt. 24, co. 1 Cost., 2907 c.c. e 99 c.p.c.).

Ci sono però dei **casi eccezionali e tassativi di c.d. legittimazione straordinaria ad agire** (si tratta di quelle eccezioni cui fa riferimento l'art. 81, che però non si preoccupa di indicarle espressamente, sì che si dovrà guardare alle previsioni del c.c.). Ove ricorra una di queste ipotesi, è consentito ad un soggetto (anche detto sostituto processuale), di agire in giudizio in nome proprio, ma facendo valere un diritto che egli stesso afferma essere altrui (del c.d. sostituto). La circostanza che il sostituto agisca in nome proprio, differenzia le ipotesi di sostituzione processuale (o legittimazione straordinaria ad agire), da quelle di rappresentanza processuale (dove la parte che agisce in giudizio, lo fa in nome altrui: v. Cap. 9, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*).

Ebbene, in queste fattispecie, anche se ad agire è il sostituto, **il giudicato che si formerà all'esito del giudizio avrà ad oggetto il diritto del sostituto, e quindi vincolerà anche quest'ultimo**. Proprio per questo, **il sostituto è litisconsorte necessario ex art. 102**: ciò significa che il sostituto deve essere sempre citato in giudizio dal sostituto, e deve essere messo in condizione di partecipare, se lo vorrà, al processo, proprio perché il diritto di cui si discute in lite gli appartiene (v. Cap. 10, Sez. V, Tomo II, *Spiegazioni*, anche per un'analisi sulle conseguenze della mancata citazione del litisconsorte necessario).

L'ipotesi più nota di legittimazione straordinaria ad agire è quella disciplinata dall'art. 2900 c.c., in tema di azione surrogatoria (su cui ci soffermeremo un po' di più nel prossimo paragrafo). Altre ipotesi nelle quali il c.c. consente ad una parte di agire esercitando diritti che essa espressamente afferma di titolarità di altri sono: l'art. 1705, co. 2, c.c., che attribuisce al mandante il potere di sostituirsi al mandatario nell'esercitare – anche giudizialmente – i diritti di credito nascenti dal mandato in capo formalmente al mandatario; l'art. 2789 c.c., che legge il creditore pignoratizio a rivendicare la *res* oggetto del pegno; l'art. 1012, co. 2, c.c., che consente all'usufruttuario di agire con l'azione *confessoria o negatoria servitutis* al posto del proprietario; l'art. 117 c.c., che riconosce al genitore (che non è quindi parte del rapporto di coniugio) di esperire l'azione di nullità del matrimonio contratto dal figlio.

Vi sono poi anche alcune disposizioni del c.p.c. che prevedono casi di legittimazione straordinaria ad agire un po' particolari. La loro specialità è data dal fatto che il sostituto non sarà litisconsorte necessario, anche se la sentenza resa all'esito del giudizio farà comunque

stato anche nei suoi confronti: si tratta dell'art. 108 (sull'estromissione del garantito: v. Cap. 9, Sez. V, Tomo II, *Spiegazioni*), che disciplina l'uscita dal processo del legittimato ordinario per sua estromissione e l'assunzione della sua posizione da parte di un altro soggetto garante; e dell'art. 111, sulla successione a titolo particolare nel diritto controverso (v. Cap. 12, Sez. V, Tomo II, *Spiegazioni*), che disciplina un fenomeno di sostituzione processuale sopravvenuta, se il dante causa faccia constare l'evento successorio e così modifichi la sua iniziale prospettazione di titolarità del diritto fatto valere, nel senso che ne è ora titolare l'avente causa.

Si pongono invece su di un diverso piano i casi di attribuzione al p.m. di un potere di azione (art. 69 c.p.c., che rinvia a vari ipotesi previste dal c.c.), che rispondono all'esigenza di tutela di un interesse pubblico che prescinde dal piano dei rapporti privati.

4. Il caso tipico: l'azione surrogatoria ex art. 2900 c.c.

L'ipotesi principale di legittimazione straordinaria ad agire (e dunque di sostituzione processuale) è quella prevista dall'**art. 2900 c.c. che consente al creditore di esercitare i diritti e le azioni che il proprio debitore trascura di esercitare, purché i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale, e non si tratti di diritti o azioni che, per loro natura o disposizione di legge, possono essere esercitati solo dal loro titolare.**

I presupposti dell'azione surrogatoria sono tre: l'attore deve affermarsi creditore del surrogato; quest'ultimo deve omettere di esercitare diritti di credito o azioni che gli spettano; l'inerzia del surrogato deve arrecare un pregiudizio alla garanzia patrimoniale che assiste il creditore e che riguarda, ex art. 2740 c.c., tutti i beni del debitore. Se ricorrono tutti e tre questi presupposti, il creditore potrà agire in giudizio nei confronti del *debitor debitoris*, per far valere il diritto che il debitore ha nei suoi confronti. **L'azione del creditore andrà a vantaggio diretto del debitore** (perché è nel patrimonio di quest'ultimo che confluiranno gli effetti dell'accoglimento della domanda del creditore), e pure – indirettamente – a vantaggio del creditore stesso, che vedrà ampliarsi il patrimonio del debitore (art. 2740 c.c.).

Abbiamo già visto che nell'azione surrogatoria (così come nelle altre ipotesi di legittimazione ad agire straordinaria) il sostituito è litisconsorte necessario ex art. 102, ossia parte necessaria del processo. L'attore, quindi, dovrà citarlo in giudizio, e se non l'avesse fatto, il giudice dovrà rilevare d'ufficio la mancanza in giudizio del sostituito, e concedere un termine per l'integrazione del contraddittorio (se nessuna delle parti adempie citando in giudizio il sostituito, allora il giudice dovrà dichiarare l'estinzione del processo: v. Cap. 10, Sez. V, Tomo II, *Spiegazioni*).

La partecipazione al giudizio del sostituito è necessaria perché – ed anche questo l'abbiamo già detto – il giudicato che si formerà all'esito del giudizio vincolerà anche il sostituito, e non solo l'attore ed il convenuto. La partecipazione necessaria al processo del sostituito, ed il vincolo anche per lui del giudicato, si spiegano in ragione del diritto di difesa del convenuto. Infatti, **se il sostituito non fosse parte del giudizio e l'attore perdesse, il giudicato di rigetto nel merito della domanda non sarebbe vincolante, ex art. 2909 c.c., anche per il sostituito.** Quest'ultimo potrebbe allora far valere autonomamente quel diritto, già azionato dal sostituto, nuovamente nei confronti dell'originario convenuto.

Facciamo un esempio: Tizio si afferma creditore di Caio, che vanta nei confronti di Sempronio un credito, che però non esercita. Tizio decide allora di agire in giudizio, ex art. 2900 c.c., proponendo in

nome proprio domanda di condanna di Sempronio al pagamento del credito di Caio, ed a favore di quest'ultimo. Sempronio si costituisce in giudizio ed eccepisce la prescrizione del diritto di credito di Caio. Il giudice ritiene fondata l'eccezione di Sempronio, e rigetta la domanda di condanna proposta da Tizio. Se Caio non fosse parte necessaria del giudizio, il giudicato che si formerà sul rigetto della domanda di condanna ad adempiere il diritto di credito di Caio (è ormai prescritto), sarà un giudicato che non vincolerebbe Caio, che potrebbe proporre lui stesso domanda nei confronti di Sempronio per ottenerne la condanna al pagamento di quel credito. Poiché, però, Caio è parte necessaria di quel giudizio, egli non potrà in un momento successivo proporre di nuovo domanda di condanna nei confronti di Sempronio, proprio perché il giudicato che si forma sul rigetto della domanda proposta da Tizio, ma avente ad oggetto il credito di Caio, vincolerà anche quest'ultimo. Ed allora, se Caio riproporisse la domanda, Sempronio potrebbe eccepire l'esistenza del precedente giudicato, ed invocare così il suo effetto preclusivo, da *ne bis in idem*.

Uno dei presupposti dell'azione surrogatoria è la qualità di creditore del surrogante. Il debitore sostituito, parte necessaria del processo, potrà allora costituirsi in giudizio ed eccepire, anzitutto, che l'attore in realtà non può agire con l'azione surrogatoria perché non è suo creditore. In questo caso, quindi, il giudice dovrà per prima cosa valutare se in effetti sussiste o no questo presupposto dell'azione surrogatoria. Questa valutazione, però, avverrà solo *incidenter tantum*, ossia senza efficacia di giudicato. Si tratta infatti di una questione pregiudiziale di merito (avente ad oggetto un rapporto pregiudiziale, quello tra il creditore surrogante e il debitore surrogato), su cui il giudice non può decidere con efficacia di giudicato in assenza di una apposita domanda di parte (art. 34, v. Cap. 9, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*). Di conseguenza, se il giudice ritiene che, in effetti, l'attore non sia creditore del surrogato, rigetterà la domanda affermando – ma solo in motivazione – che manca un presupposto dell'azione surrogatoria. Questa affermazione, però, proprio perché effettuata senza efficacia di giudicato, non sarà vincolante in altri processi, e così non impedirà al creditore di agire successivamente nei confronti del suo debitore.

È però possibile che il creditore attore, oppure il debitore surrogato, propongano domanda di accertamento incidentale, volta ad accertare l'esistenza del loro rapporto *ex art. 34* (v. Cap. 9, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*). In questo modo, avremo due cause cumulate nello stesso processo: quella originaria, che avrà ad oggetto il diritto di credito del surrogato nei confronti del suo debitore, e quella nuova, pregiudiziale, che avrà ad oggetto il diritto di credito dell'attore nei confronti del surrogato. Su entrambe queste cause il giudice deciderà con efficacia di giudicato.

Nulla vieta che anche il convenuto (ossia il *debitor debitoris*) costituendosi in giudizio eccepisca la carenza di un presupposto dell'azione surrogatoria, e così affermi che in realtà l'attore non è creditore del proprio creditore. Tuttavia, poiché il convenuto *debitor debitoris* non è parte del rapporto pregiudiziale (tra attore-credитore e surrogato), egli non potrà proporre domanda di accertamento incidentale del rapporto tra surrogante e surrogato. In questo caso – se né il surrogante né il surrogato propongano domanda di accertamento incidentale – il giudice deciderà sull'eccezione sollevata dal *debitor debitoris* senza efficacia di giudicato, solo ai fini dell'eventuale rigetto della domanda proposta dall'attore.

5. La c.d. surroga satisfattiva

Normalmente il creditore che agisca con l'azione surrogatoria si avvantaggerà solo indiret-

tamente dell'accoglimento della sua domanda, perché la sentenza condannerà il convenuto a pagare al debitore surrogato (e non direttamente all'attore) quanto dovuto.

La giurisprudenza, però, ammette la possibilità di una c.d. surroga satisfattiva. Nei soli casi in cui il credito che l'attore vanta nei confronti del surrogato abbia ad oggetto una prestazione specifica, che risulti essere la stessa che il debitore surrogato vanta nei confronti del proprio debitore, la giurisprudenza **riconosce al creditore la possibilità di chiedere direttamente a suo favore la condanna del *debitor debitoris***. In questo caso, l'adempimento del *debitor debitoris* estinguerebbe due prestazioni: quella dovuta dal *debitor debitoris* al debitore, e quella dovuta dal debitore al creditore attore. Tuttavia, questo sarà possibile **solo nel caso in cui la prestazione sia la stessa, ossia si tratti di un bene o di una prestazione infungibile**; non basterebbe invece la presenza di prestazioni pecuniarie anche di identico ammontare, o relative a beni fungibili.

Un caso di surrogatoria c.d. satisfattiva considerato dalla giurisprudenza è quello relativo a contratti preliminari a catena: Sempronio conclude un contratto preliminare di vendita con Caio, avente ad oggetto un determinato bene immobile; e poi Caio (questa volta in veste non di promissario acquirente, ma di promittente venditore) conclude un contratto preliminare di vendita dello stesso bene immobile con Tizio. Nel caso di inadempimento di Sempronio e di inerzia di Caio, la giurisprudenza consente a Tizio di agire in giudizio ex art. 2932 c.c. nei confronti di Sempronio (e citando in giudizio Caio), per ottenere direttamente a suo favore una sentenza che produca gli effetti del contratto definitivo non concluso con Caio, e che quindi trasferisca in capo a Tizio la proprietà del bene.

6. Le azioni dirette, le azioni popolari e le *class actions* (cenni)

Non dissimili, nel funzionamento, dalle ipotesi di c.d. surroga satisfattiva, sono i casi di **c.d. azione diretta**, figura **che ricorre quando il c.c. o leggi speciali consentono ad un soggetto di agire direttamente nei confronti di altro soggetto al quale non è direttamente legato da un rapporto giuridico**.

L'esempio tipico di azione diretta è quello previsto dall'art. 144 d.lgs. 209/2005 (c.d. codice delle assicurazioni private) in materia di r.c. auto. L'art. 144 consente al danneggiato di agire per il risarcimento dei danni direttamente nei confronti dell'assicurazione del danneggiante, che potrà essere così condannata a risarcire direttamente il danneggiato estinguendo contemporaneamente due obbligazioni: quella del danneggiante nei confronti del danneggiato, e quella dell'assicurazione nei confronti del danneggiante. Altri esempi sono dati dagli artt. 1676 c.c. (con riguardo al rapporto lavoratori-appaltatore-committente dell'opera), e 1595, co. 1, c.c. (che prevede che il locatore abbia azione diretta nei confronti del subconduttore, per il pagamento del canone di locazione).

L'azione diretta **si differenzia dall'azione surrogatoria**, perché **(a)** non si richiede l'inerzia del soggetto intermedio (danneggiante, sublocatore, etc.); **(b)** non si richiede nemmeno che la situazione patrimoniale del soggetto intermedio sia tale da far ritenere a rischio la sua solvibilità; **(c)** nel processo sono sempre, sin da subito, dedotti due rapporti giuridici, entrambi oggetto di accertamento con efficacia di giudicato: quello tra attore e soggetto intermedio (danneggiato-danneggiante; oppure locatore-conduttore), e quello tra soggetto intermedio e convenuto (danneggiante-sua assicurazione; conduttore-subconduttore).

Ancora diversa è poi la categoria delle **c.d. azioni popolari**, azioni che **hanno ad oggetto situazioni giuridiche caratterizzate da spersonalizzazione, più o meno latamente ricon-**

ducibili alle figure del diritto superindividuale o dell'interesse diffuso. Qui la tutela in via giurisdizionale di queste situazioni giuridiche esige l'attribuzione esplicita di mere azioni (per lo più inibitorie) da parte della norma, a salvaguardia dei corrispondenti beni collettivi. La legittimazione ad agire potrà così essere riconosciuta dalla norma a ciascun appartenente al novero di coloro il cui interesse complessivo è leso, o a soggetti particolarmente qualificati.

Un esempio di azione popolare è dato dalla previsione della legge n. 416/1981 sull'editoria, che attribuisce a qualunque persona fisica o giuridica l'azione per far dichiarare la nullità del contratti di concentrazione della stampa quotidiana.

Dalle azioni popolari, vanno invece tenute ben distinte le *class actions*, disciplinate dall'art. 140-bis cod. consumo (come modificato, da ultimo, dalla legge n. 27/2012). La ***class action*, infatti, non è tesa a tutelare interessi collettivi, ma veri e propri diritti soggettivi dei consumatori e utenti, purché omogenei tra loro, e rientranti in una delle tre categorie considerate dall'art. 140-bis** (diritti contrattuali identici di più consumatori e utenti nei confronti di una stessa impresa; diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del produttore, anche a prescindere dall'esistenza di un diretto rapporto contrattuale; e diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali).

La legittimazione ad agire spetta a ciascun consumatore od utente (verrà allora scelto il c.d. *class representative*), che potrà anche conferire mandato alle associazioni consumeristiche ed ai comitati. Nella *class action*, quindi, **l'attore è formalmente uno solo, ma vengono dedotti in giudizio i diritti di tutti coloro che – trovandosi in una delle tre situazioni sopra descritte – hanno deciso di aderire**. L'adesione non comporta che la parte si debba costituire in giudizio, ma solo che anche il suo diritto soggettivo verrà deciso nel corso di quel processo (sì che il giudicato che si formerà al suo esito vincolerà tutti gli aderenti, pur se non hanno partecipato al processo in veste di parti formali). La possibilità di adesione è uno degli aspetti che distingue la *class action* italiana da quella americana, dove invece tutti i soggetti che si trovano nella stessa situazione sono virtualmente già compresi nella classe, e potranno invece decidere di uscirvi.

Il procedimento è minutamente descritto dall'art. 140-bis cod. consumo (che si consiglia di leggere subito), e si articola in un filtro preliminare di ammissibilità dell'azione di classe, cui segue il giudizio vero e proprio, all'esito del quale – se la domanda è fondata – ci potrà essere una condanna con diretta liquidazione del dovuto, oppure una condanna generica, con enunciazione, però, dei criteri di liquidazione del dovuto. In questo secondo caso, le parti avranno 90 giorni per addivenire ad un accordo sul *quantum*; se l'accordo non verrà raggiunto, si aprirà la via a giudizi individuali circoscritti alla sola liquidazione del dovuto.

B. L'interesse ad agire

7. L'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c.: definizioni ed inquadramento del problema della sua rilevanza

La seconda condizione del diritto di azione (la cui mancanza determinerà essa pure l'obbligo per il giudice di pronunciare una sentenza di rigetto in rito), è espressamente prevista

dall'art. 100, secondo cui "per proporre una domanda o per contraddirne alla stessa è necessario avervi interesse". L'interesse ad agire indica la titolarità in concreto del diritto di azione, e **presuppone l'affermazione della lesione al diritto sostanziale, e l'idoneità del provvedimento domandato a proteggerlo e soddisfarlo.**

Come per la legittimazione ad agire, anche per l'interesse ad agire ciò che conta è l'affermazione della lesione, e non la sua concreta ricorrenza (se la affermata lesione risulterà poi non esserci, allora significa che la domanda è infondata e dovrà essere rigettata nel merito). Il vaglio della sussistenza dell'interesse ad agire prescinde quindi dall'accertamento dell'esistenza della lesione affermata, e non implica in alcun modo (ancora) accoglimento nel merito della domanda. Più semplicemente, se il giudice riterrà sussistente l'interesse ad agire, sorgerà il suo potere-dovere di valutare la fondatezza della domanda.

L'interesse ad agire esprime quindi l'affermato bisogno di tutela della parte, ed **assume diversa rilevanza a seconda del tipo di azione**: questa condizione del diritto di azione, infatti, gioca un ruolo determinante nelle azioni di accertamento, mentre ha un ruolo marginale in quelle di condanna e costitutive.

In ogni caso, l'interesse ad agire deve essere **concreto ed attuale, e non solo teorico o generico**: la lesione – anche se solo affermata – ed il conseguente (sempre affermato) bisogno di tutela devono sempre esserci, perché al giudice non è consentito risolvere questioni puramente astratte o accademiche, che non attengono ad una lite in atto.

8. Il ruolo dell'interesse ad agire nelle azioni di condanna e costitutive

In dottrina si è molto dubitato (e tutt'ora si dubita) che l'interesse ad agire possa assumere rilevanza rispetto alle azioni di condanna, pur se nessuno contesta l'ammissibilità della domanda di condanna anche là dove l'attore già disponga di un titolo esecutivo stragiudiziale. Ed infatti, l'accertamento contenuto nella sentenza di condanna è comunque assai prezioso all'atto pratico: comprime non poco la possibilità per il debitore di opporsi all'esecuzione forzata *ex art. 615* per ragioni di merito (v. Cap. 8, Sez. II, Tomo I, *Spiegazioni*); e sbarra il passo ad una futura azione di ripetizione dell'indebito (v. Cap. 6, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*).

In via generale, però, il ruolo dell'interesse ad agire nelle azioni di condanna è controverso. **Secondo la dottrina classica** (ad esempio Liebman) nelle azioni di condanna l'interesse ad agire è **dato dalla affermata lesione del diritto della parte che propone la domanda** (sia essa l'attore, il convenuto in riconvenzionale, o il terzo interveniente: sull'intervento del terzo che proponga domanda, v. Cap. 4-5, Sez. V, Tomo II, *Spiegazioni*). **Altra impostazione**, invece, **ritiene che l'interesse ad agire non rivesta qui alcun ruolo, perché le ipotesi di "carenza di interesse ad agire" che si possono immaginare, sono in realtà casi di evidente infondatezza nel merito della domanda.**

Facciamo qualche esempio: l'attore agisce in condanna facendo valere il suo diritto a una prestazione che è rimasta inadempita. Secondo la dottrina classica, sussisterebbe qui l'interesse ad agire, perché vi è la affermazione della lesione del diritto (appunto l'inadempimento). La dottrina critica, invece, afferma che qualora il diritto risulti adempiuto, la questione non sarebbe tanto quella di carenza di interesse ad agire, ma di infondatezza nel merito della domanda proposta dall'attore. Oppure ancora, se emergesse che la prestazione non è ancora dovuta, perché sottoposta a termine non scaduto, o a condizione, anche in questo caso non si dovrebbe fare questione di carenza di interesse ad agire (con conseguente rigetto in rito), ma di infondatezza della domanda per (quantomeno attuale) inesistenza del diritto, sì che il giudice dovrebbe rigettarla nel merito (e non in rito).

A ben vedere, però, la contrapposizione tra le due impostazioni ricordate è più apparente che reale: la dottrina classica, infatti, non sostiene che l'interesse ad agire in condanna presuppone la (effettiva) lesione del diritto (questa sì è una valutazione che riguarda il merito, ossia la fondatezza della domanda), ma che **l'interesse ad agire in condanna presuppone l'affermazione della lesione**.

Così inteso, l'interesse ad agire riveste allora un ruolo certo modesto, ma comunque innegabile, nelle azioni di condanna: la domanda di condanna potrà infatti essere rigettata in rito per carenza di interesse ad agire nei casi – dal sapore indubbiamente scolastico, ma non implausibili – in cui l'attore stesso chieda tutela per una lesione che egli già afferma non sussistere.

Ad esempio, l'attore propone domanda di condanna del convenuto all'adempimento della prestazione dovuta, affermando già nella domanda che non è ancora decorso il termine per l'esecuzione, o non si è avverata la condizione suspensiva. Oppure l'attore chiede la condanna del convenuto al pagamento di un credito, che egli già afferma essere prescritto.

La rilevanza, ancorché limitata, dell'interesse ad agire in queste ipotesi si comprende se si pone mente a ciò, che il giudice – se dovesse rigettare nel merito, per infondatezza, la domanda proposta dall'attore – non potrebbe accontentarsi della semplice affermazione dell'attore secondo cui la prestazione che egli richiede, l'ha già ricevuta. Il giudice dovrebbe invece verificare questa affermazione, e così procedere ad istruire la causa. Mentre questo non sarà necessario ai fini del riscontro dell'interesse ad agire: il giudice, preso atto che l'attore non afferma l'esistenza di una lesione attuale, potrà rigettare in rito la domanda, senza alcuna ulteriore istruttoria e verifica. Quel che conta, quindi, è evitare affermazioni generalizzanti.

Analogo discorso vale pure in relazione alle **azioni costitutive**. Rispetto a queste azioni, anche la dottrina classica afferma che **l'interesse ad agire è per lo più *in re ipsa***, perché in queste ipotesi, al fine di ottenere una modifica giuridica, il soggetto deve necessariamente ricorrere al giudice, sì che l'interesse ad agire sussiste per definizione.

Si badi che l'interesse ad agire viene tendenzialmente considerato sempre sussistente non solo nei casi di domande costitutive necessarie (v. Cap. 2, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*), ma anche quando le parti, nell'ambito della loro autonomia privata, possono raggiungere lo stesso risultato cui condurrebbe il provvedimento del giudice.

Ad esempio, non sarebbe corretto affermare che l'interesse ad agire con domanda di risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. non è *in re ipsa*, perché lo stesso effetto la parte lo potrebbe ottenere in via di diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c. Questo perché anche in tal caso non viene meno la possibilità per la parte di scegliere, anche senza dare alcuna motivazione, la via dell'azione costitutiva di risoluzione ex art. 1453 c.c.

Anche in quest'ambito, però, l'affermazione non va generalizzata, perché sono pur sempre immaginabili dei casi nei quali l'interesse ad agire viene ad assumere – anche per le azioni costitutive – un ruolo suo proprio; soprattutto se si guarda al contesto più generale nel quale l'azione si colloca.

Così, ad esempio, in giurisprudenza è stata rigettata per carenza di interesse ad agire la domanda dell'erede legittimo di annullamento di un testamento, a fronte dell'esistenza di un precedente te-

stamento di identico contenuto, ormai non più impugnabile per decaduta. Anche in questo caso, il rigetto nel merito della domanda di annullamento, avrebbe comportato la necessità di valutarne la fondatezza (e magari la domanda sarebbe risultata fondata); tuttavia l'erede – ormai già escluso dal testamento – non avrebbe tratto alcuna utilità da tale pronuncia, stante l'esistenza di un precedente testamento, di identico contenuto, e non più impugnabile. Sì che si è scelta la via del rigetto in rito per carenza di interesse ad agire.

9. L'interesse ad agire nelle azioni di accertamento

La regola dell'interesse ad agire ha un'importanza maggiore, l'unica che in realtà merita davvero tenere presente sul piano pratico, nelle azioni di mero accertamento.

Abbiamo visto, infatti, che manca una norma generale che regoli l'azione di mero accertamento (*retro*, Cap. 2, Sez. I, di questo Testo Ausiliario); sono previste esclusivamente fatti-specie tipizzate, per lo più nell'ambito dei diritti reali. Tuttavia, **proprio in forza dell'art. 100, che pone come unico limite all'agire in giudizio la sussistenza di un interesse, si argomenta l'ammissibilità di azioni di mero accertamento anche non espressamente considerate dal legislatore**, purché sorrette da un interesse.

L'interesse ad agire in mero accertamento **deriva dall'incertezza del diritto**; incertezza che, però, non deve essere meramente soggettiva, ma concreta, attuale e obiettiva.

L'incertezza **può dunque derivare dall'agire altrui, ossia da vanti o contestazioni; oppure da una apparenza giuridica**. In questo secondo caso – che si darà in materia contrattuale – non è necessario alcun vanto o contestazione altrui: è sufficiente che ricorra una situazione di apparenza del diritto o del rapporto, che la parte vuole superare.

Un esempio di apparenza giuridica si ha nel caso di contratto nullo: se anche non vi è contestazione ad opera della controparte, ciascun interessato può proporre domanda di accertamento della nullità per rimuovere l'apparenza del contratto. La stessa cosa vale per il caso di simulazione assoluta del contratto: anche qui vi è una situazione di apparenza, che una delle parti o un terzo può chiedere al giudice di rimuovere, per far emergere la situazione effettiva. L'esempio tipico dell'incertezza del diritto derivante da vanti altrui è costituito dall'azione negatoria, che l'art. 949, co. 1, c.c. attribuisce al proprietario del bene non per recuperarne il possesso (non si tratta, infatti, di una azione di condanna), ma per far accettare che il terzo che pretende di avere diritti sulla cosa di proprietà dell'attore, in realtà non ne ha. Quanto all'incertezza derivante da contestazioni, si v. l'art. 1079 c.c., che consente al titolare del diritto di servitù di agire in giudizio per farne accettare l'esistenza nei confronti di colui che contesti il diritto reale.

5. Effetti sostanziali della proposizione della domanda giudiziale

1. Gli effetti della domanda giudiziale: distinzioni e categorie. – 2. Domanda giudiziale e prescrizione. – 3. (segue): il rapporto tra sentenze di rito ed effetto interruttivo (solo istantaneo o anche permanente) della prescrizione. – 4. La domanda giudiziale e la decadenza



Questo capitolo ripercorre il contenuto del Cap. 5, Sez. III, Tomo I delle *Spiegazioni di diritto processuale civile*

1. Gli effetti della domanda giudiziale: distinzioni e categorie

A chiusura di questa sezione dedicata alle condizioni di decidibilità della causa nel merito, si deve affrontare un tema connesso: quello degli effetti sostanziali della domanda giudiziale. Ne parliamo ora perché – come vedremo – vengono a tal fine in rilievo proprio le nozioni di sentenza di merito e di sentenza di rito (ossia resa in mancanza di una delle condizioni di decidibilità della causa nel merito).

In linea generale gli effetti sostanziali della domanda giudiziale possono essere ricondotti a tre diverse categorie: gli effetti prodotti dalla sola domanda; gli effetti prodotti dalla domanda e dalla pendenza del processo; ed infine gli effetti prodotti dalla domanda, dalla pendenza del processo e dalla pronuncia di una sentenza favorevole alla parte, che accerti il diritto oggetto della domanda.

Alla **prima categoria (effetti prodotti dalla sola domanda)** appartengono, ad esempio: **(i)** l'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione (art. 2943, co. 1, c.c.: v. oltre); **(ii)** l'effetto di impedimento della decadenza nei casi in cui il c.c. prevede che a tal fine sia sufficiente la affermazione del diritto ed il suo esercizio in qualsiasi forma, anche stragiudiziale (v., ad esempio, l'art. 2113, c.c. sulla impugnativa delle rinunce o delle transazioni nel diritto del lavoro); **(iii)** la scelta tra le obbligazioni alternative (*ex art. 1286, co. 2, c.c.*, quando la scelta è rimessa al creditore); **(iv)** la scelta tra le azioni edilizie di cui all'art. 1492 c.c.; **(v)** la scelta irreversibile a favore della risoluzione del contratto anziché della condanna al suo adempimento, *ex art. 1453, co. 2, c.c.*; ed ovviamente **(vi)** l'effetto di costituzione in mora del convenuto-debitore, *ex art. 1219, co. 1, c.c.*

Alla **seconda categoria di effetti, che si producono con la proposizione della domanda ma in relazione alla pendenza del processo** (secondo la formula, dunque: **domanda+pendenza del processo**), possono essere ricondotti: **(i)** l'effetto interruttivo permanente della prescrizione (la quale, *ex art. 2945, co. 2*, ricomincerà a decorrere *ex novo* solo dal momento del passaggio in giudicato della sentenza); **(ii)** la trasmissione agli eredi dell'azione di impugnazione del matrimonio *ex art. 127 c.c.* (che si avrà solo se la morte dell'attore interviene a giudizio pendente); **(iii)** la trasmissione ai discendenti (legittimi, legittimati o naturali ri-

conosciuti) del potere di proseguire l’azione per la dichiarazione di paternità o maternità naturale, di cui all’art. 270 c.c.; **(iv)** l’impedimento della divisione dell’eredità, *ex art.* 715, co. 1, seconda ipotesi, c.c.

Infine, vi sono effetti che si producono solo se il processo instaurato con la domanda della parte si chiuderà con il suo accoglimento (secondo lo schema: **domanda+pendenza del processo+sentenza favorevole alla parte**). A questa categoria appartiene anzitutto **(i)** l’effetto di impedimento della decadenza, se a tal fine è richiesta l’esercizio dell’azione giudiziale. E ancora: **(ii)** l’effetto di prevalenza dato dalla trascrizione delle domande giudiziali (artt. 2652 e 2563 c.c.): la trascrizione della domanda e poi della sentenza favorevole alla parte, offrono all’attore la prevalenza del suo diritto sui diritti dei terzi aventi causa dal convenuto, che abbiano trascritto il loro titolo successivamente alla trascrizione della domanda giudiziale; **(iii)** l’obbligo di restituzione dei frutti da parte del possessore in buona fede (art. 1148 c.c., che sorge dal giorno di proposizione della domanda di rivendica, se – ovviamente – tale domanda risulterà fondata); **(iv)** il c.d. anatocismo, ossia il prodursi degli interessi sugli interessi scaduti (che è possibile solo dal giorno della proposizione della domanda, *ex art.* 1283 c.c., e chiaramente solo nel caso la domanda risulti fondata).

2. Domanda giudiziale e prescrizione

Il principale effetto che la proposizione della domanda giudiziale produce sul piano sostanziale, riguarda la prescrizione del diritto oggetto della domanda. Come sappiamo dagli studi di diritto civile, il termine di prescrizione può essere interrotto (**c.d. effetto interruttivo istantaneo**) con un atto di messa in mora, che altro non è che un atto con il quale il titolare del diritto comunica all’obbligato la sua volontà di esercitare il diritto. Dal momento in cui l’atto è portato a conoscenza del destinatario, il termine di prescrizione viene interrotto, ed un nuovo termine inizia a decorrere. Il termine di prescrizione può però essere anche sospeso (**c.d. effetto interruttivo permanente, o sospensivo**): in questo caso, dal momento di compimento dell’atto, il termine di prescrizione si interrompe, e rimarrà altresì sospeso per tutto il periodo in cui perdura la causa di sospensione. Solo una volta che la causa di sospensione sarà cessata, un nuovo termine di prescrizione inizierà a decorrere.

La proposizione della domanda giudiziale determina, anzitutto, l’interruzione istantanea del termine di prescrizione, dal momento in cui la domanda è portata a conoscenza del convenuto (e così dalla notifica dell’atto di citazione, o dalla successiva notifica del ricorso unitamente al decreto del giudice di fissazione dell’udienza, nei giudizi che iniziano con ricorso): art. 2493 c.c.

La domanda giudiziale, però, diversamente dagli atti di messa in mora stragiudiziale, determina altresì **l’interruzione permanente del termine di prescrizione, che resterà sospeso per tutto il corso del processo, e inizierà a decorrere ex novo dal “momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio”** (art. 2945, co. 2, c.c.). Questo effetto interruttivo permanente si verifica, *ex art.* 2945, co. 2 (che rinvia all’art. 2943, co. 1 e 2 c.c.), anche nel caso di domanda di pronuncia di provvedimenti cautelari (v. Cap. 5 Sez. II, Tomo I, *Spiegazioni*); di domanda con cui si instaura un processo esecutivo (che si esprime sostanzialmente con la notifica del titolo esecutivo e del precezzo: v. Cap. 7, Sez. II, Tomo I, *Spiegazioni*); ed anche nel caso di domanda di arbitrato (ossia dal momento della notificazione dell’atto contente i quesiti e la nomina di arbitro, fino al momento in cui il lodo non potrà es-

sere più impugnato, oppure passerà in giudicato la sentenza che ha deciso sulla sua impugnazione: art. 2945, co. 4 c.c.: v. Cap. 7, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*).

L'art. 2945, co. 3, c.c. **esclude però che l'effetto interruttivo permanente si verifichi nel caso di estinzione del processo.** In questa ipotesi, infatti, rimarrà fermo solo l'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione, che scaturisce dalla sola proposizione della domanda giudiziale. Di conseguenza, la parte potrà nuovamente agire in giudizio, solo se non si sia ancora compiuto il nuovo termine di prescrizione, che ha iniziato a decorrere dal momento della notificazione dell'atto di citazione.

Facciamo un esempio: nel 2007 Tizio agisce in giudizio contro Caio per ottenere il risarcimento del danno patito a causa del recesso ingiustificato di Caio dalle trattative, intervenuto nel 2006. Si tratta di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale (*ex art. 1337 c.c.*), che la giurisprudenza riconduce al regime della responsabilità extracontrattuale (il termine di prescrizione del diritto risarcitorio è quindi di 5 anni). In pendenza della lite, ma fuori dalle aule giudiziarie, si apre un dialogo tra Tizio e Caio, al fine di comporre bonariamente la lite, con il riconoscimento a Tizio di una somma di denaro da parte di Caio. L'aspettativa di chiudere la lite in via transattiva induce le parti ad estinguere il processo (nessuna di esse compare a due udienze di fila: è un meccanismo spesso utilizzato dagli avvocati, per chiudere il processo quando sia stato raggiunto un accordo al di fuori, *ex art. 309: v. Cap. 4, Sez. VI, Tomo II, Spiegazioni*). Il processo così si estingue nel 2011. Le trattative tra Tizio e Caio proseguono, ma si interrompono per mancato raggiungimento di un accordo sull'importo del risarcimento dovuto da Caio a Tizio. Quest'ultimo, allora, decide di agire di nuovo in giudizio, proponendo contro Caio la stessa domanda già proposta (lo può fare perché, come vedremo, l'estinzione estingue il processo, e non il diritto: *v. ult. Cap. richiamato*). L'atto di citazione è notificato nel 2013. A questo punto Caio si costituisce in giudizio ed eccepisce la prescrizione del diritto di Tizio. E la sua eccezione è, in effetti, fondata: infatti se il processo si estingue, l'unico effetto sostanziale che la domanda giudiziale produce *ex art. 2945, co. 3*, è quello interruttivo istantaneo della prescrizione, e quindi sono ormai decorsi più di 5 anni dal momento della proposizione della prima domanda da parte di Tizio (2007).

Quindi, riassumendo, la proposizione della domanda giudiziale produrrà sempre l'interruzione istantanea della prescrizione. Se poi il processo si concluderà con una sentenza di merito di accoglimento della domanda, si produrrà anche l'effetto interruttivo permanente, con la conseguenza che se anche la sentenza definitiva arriverà molto tempo dopo il decorso del termine di prescrizione (da computarsi a partire dalla proposizione della domanda giudiziale), la circostanza non avrà rilievo, perché quel termine sarà rimasto sospeso per tutto il corso del processo. Evidentemente, se il processo si chiude con una sentenza definitiva di rigetto nel merito della domanda, la questione della prescrizione diviene ininfluente, perché manca – a monte – il diritto. Se invece il processo si chiude per estinzione, resterà in vita il solo effetto interruttivo istantaneo legato alla proposizione della domanda, e non anche l'effetto di sospensione del decorso del nuovo termine di prescrizione, con le conseguenze che abbiamo visto.

3. (segue): il rapporto tra sentenze di rito ed effetto interruttivo (solo istantaneo o anche permanente) della prescrizione

Fin qui, la disciplina della prescrizione in rapporto alla domanda giudiziale e alla pendenza del processo non pone molti problemi interpretativi. Molto più discussa è, invece, la questione degli **effetti della proposizione della domanda giudiziale in relazione alla pendenza del processo**, se questo si chiude con una sentenza di rigetto in rito, per man-

canza, quindi, di una condizione di decidibilità della causa nel merito.

Secondo **parte della dottrina** (Andrioli e Montesano, sulla scia di Chiovenda) in questo caso si produrrà **il solo effetto interruttivo istantaneo**, legato alla proposizione della domanda giudiziale (art. 2943, co. 1), non anche quello interruttivo permanente, perché l'art. 2945, co. 2, che disciplina questo secondo effetto, lo riconosce solo in presenza di un processo validamente instaurato perché idoneo a sfociare in una decisione di merito. Questa dottrina, quindi, ragiona in termini di rapporto giuridico processuale (figura un poco ambigua, come abbiamo visto, v. retro Cap. 1, di questa Sezione del Testo Ausiliario), che sarebbe invalido (nullo, quindi) in mancanza di uno dei suoi presupposti (ossia se manca una condizione di decidibilità della causa nel merito). In realtà, abbiamo già osservato che – quando manca una condizione di decidibilità della causa nel merito – non si può dire che il processo sia invalido: esso è pendente e si deve svolgere, pur se al solo fine di giungere ad una sentenza di rigetto in rito (l'invalidità vi sarebbe solo se, a fronte della mancanza di una condizione di decidibilità della causa nel merito, venisse ugualmente pronunciata una decisione sul merito della lite).

Proprio per questo ci pare più convincente l'**orientamento della giurisprudenza e la posizione di quegli autori (Oriani)** che ritengono che l'**effetto interruttivo istantaneo e quello permanente operino anche in caso di chiusura del processo con sentenza di rigetto in rito**. Sicché, anche in queste ipotesi, il termine di prescrizione rimarrà sospeso fino al passaggio in giudicato formale della sentenza. Del resto, l'art. 2945, co. 2, c.c. stabilisce che l'effetto sospensivo si produce dal momento della proposizione della domanda, “fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio”: tale può considerarsi anche la **sentenza in rito, suscettibile di divenire immutabile, e così passare in giudicato formale** (anche se non potrà mai sfociare in un giudicato sostanziale, in assenza di una decisione su diritti, come sappiamo).

A questo punto, ci si deve però chiedere quale sia la *ratio* sottesa al co. 3 dell'art. 2495 c.c., là dove esclude espressamente l'effetto interruttivo permanente se il processo si estingue. Infatti anche la pronuncia che dichiara estinto o estingue il processo è pur sempre una sentenza di rito, idonea a passare in giudicato formale. Ebbene, la peculiarità del co. 3 dell'art. 2945 c.c. riposa su ciò, che l'estinzione del processo ricorre quando c'è stata la rinuncia da parte dell'attore, oppure una inattività di tutte le parti (v. Cap. 4, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*). Ed allora, è comprensibile che la legge statuisca a danno dell'attore – che ha per sua scelta lasciato estinguere il processo – che quello che rimane in vita è solo l'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione. La **ratio dell'art. 1945, co. 3, c.c., quindi, è sanzionatoria**. Al contrario, se il processo termina con una sentenza di rigetto in rito per mancanza di una condizione di decidibilità della causa nel merito, l'attore non ha scelta, e deve subire tale esito. Non ricorre però qui alcun suo “concorso” in tale risultato, e dunque non vi è ragione per negare a suo favore anche l'effetto interruttivo permanente.

4. La domanda giudiziale e la decadenza

Il c.c. non definisce il fenomeno della decadenza, ma si limita a sottolineare (artt. 2964-2969) che ai termini di decadenza non si applicano le previsioni relative all'interruzione e alla sospensione dei termini di prescrizione.

In linea generale, si può affermare che **la prescrizione colpisce diritti reali o di credito il cui titolare sia rimasto troppo a lungo inerte**, mentre **la decadenza elide un potere di mo-**

dificazione di un rapporto giuridico o una azione costitutiva, se non sono stati esercitati nel lasso di tempo a ciò concesso. Pertanto, se il legislatore ha inteso mirare al consolidamento di uno stato di fatto in uno stato di diritto, si applicheranno le norme sulla prescrizione; se invece si tratta di limitare nel tempo la possibilità di attivare una data modifica giuridica, si applicheranno le norme sulla decadenza. Per impedire la decadenza, a volte sarà **sufficiente il compimento di un atto, anche solo stragiudiziale** (v., ad esempio, l'art. 2113 c.c.): queste ipotesi di decadenza **rientrano allora nella prima categoria di effetti della domanda giudiziale**. Altre volte il legislatore richiede invece la proposizione – entro quel termine – di una domanda giudiziale: si tratta, perlopiù, dei casi di esercizio di una azione costitutiva. Proprio per tale ragione crediamo che a torto il c.c. parli di prescrizione anziché di decadenza per le azioni di annullamento e di rescissione del contratto, e pure per le azioni edilizie.

Quando ai fini dell'impeditimento della decadenza è richiesto l'esercizio dell'azione, si rientra nell'ambito della terza categoria degli effetti della domanda giudiziale, ossia quelli che sono dati dalla formula: domanda+pendenza del processo+sentenza favorevole alla parte. Ed infatti, **la decadenza non può essere semplicemente interrotta o sospesa, ma solo impedita in via definitiva, una volta per tutte**. In questi casi, quindi, **la proposizione della domanda giudiziale, in sé sola ancora non impedisce la decadenza**: solo se il processo, cui ha dato inizio la domanda giudiziale proposta nel termine, giunge fino alla decisione di merito che accoglie la domanda, avremo la salvezza (ossia l'impeditimento della decadenza), e pure però la efficace realizzazione del potere soggetto a tale forma di decadenza.

Se la domanda viene proposta entro il termine, ma successivamente l'attore rinuncia agli atti o comunque lascia estinguere il processo, non si può dire che la decadenza sia stata effettivamente impedita. Analoga soluzione varrà, qui, anche nel caso in cui il processo si concluda con una sentenza di rigetto in rito: per la decadenza, infatti, la finalità di certezza della situazione giuridica implica che si avrà la salvezza del diritto solo nel momento in cui il processo giunge alla decisione di merito che attua il diritto attraverso la sentenza costitutiva che accoglie la domanda.

L'effetto impeditivo della decadenza, quindi, non si perfezionerà sia se il processo si estingua, sia se si chiuda con una pronuncia di rigetto in rito della domanda (se poi la domanda venisse rigettata nel merito, sarebbe inutile discorrere di decadenza, perché mancherebbe il diritto stesso).

Ovviamente stiamo qui parlando della decadenza prevista da norme sostanziali, e non di quella connessa a termini processuali perentori, fissati dal c.p.c. a pena di preclusione della relativa attività (questa decadenza, di cui ci occuperemo studiando lo svolgimento del giudizio di I grado, è rilevabile d'ufficio; non lo è invece quella di diritto sostanziale, che deve essere eccepita dalla parte interessata).