
Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

È tardiva la contestazione in ordine alla legittimazione passiva formulata nella prima memoria ex art. 183 c.p.c.?

La contestazione del convenuto in ordine alla legittimazione passiva, intesa come negazione della coincidenza tra il soggetto chiamato in causa e il soggetto obbligato a subire la pronuncia giudiziale richiesta dall'attore, attiene alla titolarità del rapporto controverso e come tale integra una mera difesa. La titolarità del rapporto controverso - sia dal lato attivo che dal lato passivo - costituisce, infatti, un requisito di fondatezza della domanda, del quale l'attore è tenuto a provare la sussistenza ex art. 2697 c.c., potendosi ritenere esonerato solamente quando il convenuto non lo contesti. Pertanto la contestazione del convenuto in ordine al difetto di titolarità passiva del rapporto azionato si sottrae alle preclusioni temporali fissate per le eccezioni di parte. Non può dunque ritenersi tardiva la contestazione svolta - nella memoria ex [art. 183 co. 6 n. 1 c.p.c.](#) - in ordine alla titolarità del rapporto dedotto in giudizio, a fronte della quale l'attore è onerato della prova circa la sussistenza dell'obbligo risarcitorio in capo al medesimo convenuto, in quanto elemento costitutivo della domanda dalla avanzata.

Massime rilevanti

La titolarità, costituendo un elemento costitutivo del diritto fatto valere in giudizio, può essere negata dal convenuto con una mera difesa e cioè con una presa di posizione negativa, che contrariamente alle eccezioni in senso stretto, non è soggetta a decadenza ex [art. 167, secondo comma, c.p.c.](#) (Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 16.2.2016, n. 2951). La legittimazione ad agire attiene al diritto di azione, che spetta a chiunque faccia valere in giudizio un diritto assumendo di esserne titolare. La sua carenza può essere eccepita in ogni stato e grado del giudizio e può essere rilevata d'ufficio dal giudice. Cosa diversa dalla titolarità del diritto ad agire è la titolarità della posizione soggettiva vantata in giudizio. La relativa questione attiene al merito della causa. La titolarità della posizione soggettiva è un

elemento costitutivo del diritto fatto valere con la domanda, che l'attore ha l'onere di allegare e di provare. Può essere provata in positivo dall'attore, tua può dirsi provata anche in forza del comportamento processuale del convenuto, qualora quest'ultimo riconosca espressamente detta titolarità oppure svolga difese che siano incompatibili con la negazione della titolarità. La difesa con la quale il convenuto si limiti a dedurre, ed eventualmente argomentare (senza contrapporre e chiedere di provare fatti impeditivi, estintivi o modificativi), che l'attore non è titolare del diritto azionato, è una mera difesa. Non è un'eccezione, con la quale si contrappone un fatto impeditivo, estintivo o modificativo, né quindi, un'eccezione in senso stretto, proponibile, a pena di decadenza, solo in sede di costituzione in giudizio e non rilevabile d'ufficio. Essa pertanto può essere proposta in ogni fase del giudizio (in cassazione solo nei limiti del giudizio di legittimità e sempre che non si sia formato il giudicato). A sua volta il giudice può rilevare dagli atti la carenza di titolarità del diritto anche d'ufficio ([Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 16.2.2016, n. 2951](#)).

Tribunale di Milano, sentenza prima, sentenza del 26.2.2016, n. 2521

...omissis...

In data 3 luglio 2013 xxxxxha proposto ricorso ex art. 702-bis c.p.c. nei confronti dell'Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento e ne ha chiesto la condanna al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti in seguito alla terapia trasfusionale che le fu praticata nel 1987 presso l'Istituto Ostetrico L. M., dalla quale erano derivati il contagio e lo sviluppo di epatite cronica.

In particolare l'attrice ha affermato: di essere stata ricoverata presso l'Istituto Ostetrico M. di Milano il 10 maggio 1987 e di essere stata sottoposta durante la degenza a terapia trasfusionale il 29 maggio 1987; che negli anni successivi si era evidenziato un quadro clinico ed ematochimico di sofferenza epatica con ipertransamixxxnasemia; che solo nel 2004, a seguito di un grave malessere astenico, l'attrice aveva riscontrato l'esistenza di xx che l'infezione epatica era xxxx e aveva liquidato in suo favore l'indennizzo previstoxxx

Con comparsa depositata in data 9 gennaio 2014 si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera I., la quale ha chiesto il mutamento del rito, ha eccepito la prescrizione del diritto risarcitorio azionato e, nel merito, ha negato qualunque responsabilità xx chiesto che fosse dichiarata la prescrizione del diritto azionato, o in subordine che le domande attoree fossero respinte o, per il caso di accoglimento anche parziale delle domande di parte attrice che la compagnia assicuratrice A. Limited fosse condannata a tenere indenne la struttura ospedaliera da ogni obbligo risarcitorio.

In seguito a rituale chiamata in causa si è xxx ha eccepito: xxx 1987; l'inoperatività della copertura assicurativa di cui alla polizza n. *omissis*), in quanto la garanzia riguarderebbe fatti colposi posti in essere in data non antecedente il 31.1.2000 (art. 6, sez. I Polizza del 31.1.2000); la previsione in polizza di un massimale di € 2.000.000,00 e di una franchigia di € 1.000.000,00.

La terza chiamata ha chiesto in via principale il rigetto delle domande proposte dall'attrice nei confronti di I. e, di conseguenza, il rigetto della domanda di manleva proposta da I. nei confronti A.E.L.. In via subordinata, e ha chiesto che fosse dichiarata l'insussistenza di obbligazione indennitaria e di manleva in capo a A. nei confronti di I. per i fatti di causa, con conseguente rigetto delle domande di garanzia avanzate dalla struttura ospedaliera nei confronti di A. In via ulteriormente subordinata, A. ha chiesto che l'eventuale obbligo indennitario nei confronti di I. fosse determinato entro il limite massimo e con applicazione della franchigia previsti dalla Polizza.

All'udienza del 16 settembre 2014 è stato disposto il mutamento del rito da sommario a cognizione piena.

Con memoria ex art. 183, comma 6 n. 1 c.p.c. la convenuta ha eccepito la carenza di legittimazione passiva in quanto soggetto nato nel 1994, dunque in epoca successiva al sinistro de quo. Ha in particolare sottolineato come, nell'ipotesi in cui fosse ritenuto che nel 1987 si era verificato il sinistro lamentato dall'attrice, la legittimazione passiva spetterebbe alla gestione liquidatoria dell'Azienda Ospedaliera - rappresentata dal commissario liquidatore - in forza della Deliberazione della Giunta regionale n. 6/34067 emessa in adempimento della xxx Lombardia n. 31 del 2007, esecutiva del D.Lgs. n. 502 del 1992.x

Nel corso della trattazione I. ha reso noto di aver raggiunto un accordo transattivo con la compagnia di assicurazione e di rinunciare agli atti del giudizio nei confronti xxx atto di rinuncia. A. ha dichiarato di accettare la rinuncia a spese compensate e ha depositato copia della dichiarazione di accettazione.

Va innanzi tutto dichiarata ex art. 306 c.p.c. l'estinzione del processo con riferimento all'azione svolta da Azienda Ospedaliera I. nei confronti di A., avendo la convenuta rinunciato agli atti del giudizio e la terza chiamata accettato la medesima rinuncia a spese compensate.

Risulta assorbente su ogni altra eccezione la questione relativa alla legittimazione passiva di Azienda Ospedaliera I., quale soggetto in astratto obbligato al risarcimento per fatti relativi a prestazioni sanitarie eseguite dall'Istituto Ostetrico M. nel 1987.

La contestazione del convenuto in ordine alla legittimazione passiva, intesa come negazione della coincidenza tra il soggetto chiamato in causa e il soggetto obbligato a subire la pronuncia giudiziale richiesta dall'attore, attiene alla titolarità del rapporto controverso e come tale integra una mera difesa. La titolarità del rapporto controverso - sia dal lato attivo che dal lato passivo - costituisce, infatti, un requisito di fondatezza della domanda, del quale l'attore è tenuto a provare la sussistenza ex art. 2697 c.c., potendosene ritenere esonerato solamente quando il convenuto non lo contesti. La contestazione della titolarità passiva (ma il discorso è identico per la titolarità attiva), investendo un fatto costitutivo della domanda, e cioè che il soggetto convenuto non è quello che nella fattispecie concreta è tenuto per legge al comando richiesto al giudice, non integra un'eccezione in senso stretto (e cioè un fatto modificativo o estintivo), ma una mera difesa che consiste nella contestazione del fatto costitutivo della domanda e non modifica il principio secondo cui l'onere della prova del fatto costitutivo grava sull'attore (cfr. Cass. n. 15759/14).

In tal senso si sono recentissimamente pronunciate le sezioni Unite della Cassazione che, dirimendo il contrasto giurisprudenziale sul punto, hanno affermato "la titolarità, costituendo un elemento costitutivo del diritto fatto valere in giudizio, può essere negata dal convenuto con una mera difesa e cioè con una presa di posizione negativa, che contrariamente alle eccezioni in senso stretto, non è soggetta a decadenza ex art. 167, secondo comma, c.p.c.". "La legittimazione ad agire attiene al diritto di azione, che spetta a chiunque faccia valere in giudizio un diritto assumendo di esserne titolare. La sua carenza può essere eccepita in ogni stato e grado del giudizio e può essere rilevata d'ufficio dal giudice. Cosa diversa dalla titolarità del diritto ad agire è la titolarità della posizione soggettiva vantata in giudizio. La relativa questione attiene al merito della causa. La titolarità della posizione soggettiva è un elemento costitutivo del diritto fatto valere con la domanda, che l'attore ha l'onere di allegare e di provare. Può essere provata in positivo dall'attore, tua può dirsi provata anche in forza del comportamento processuale del convenuto, qualora quest'ultimo riconosca espressamente detta titolarità oppure svolga difese che siano incompatibili con la negazione della titolarità. La difesa con la quale il convenuto si limiti a dedurre, ed eventualmente argomentare (senza contrapporre e chiedere di provare fatti impeditivi, estintivi o modificativi), che l'attore non è titolare del diritto azionato, è una mera difesa. Non è un'eccezione, con la quale si contrappone un fatto impeditivo, estintivo o modificativo, né quindi, un'eccezione in senso stretto, proponibile, a pena di decadenza, solo in sede di costituzione in giudizio e non rilevabile d'ufficio. Essa pertanto può essere proposta in ogni fase del giudizio (in cassazione solo nei limiti del giudizio di legittimità e sempre che non si sia formato il giudicato). A sua volta il giudice può rilevare dagli atti la carenza di titolarità del diritto anche d'ufficio." (Cass. s.u. sentenza 16 febbraio 2016 n. 2951).

Si deve, quindi, concludere che la contestazione del convenuto in ordine al difetto di titolarità passiva del rapporto azionato si sottrae alle preclusioni temporali fissate per le eccezioni di parte.

Non può dunque ritenersi tardiva la contestazione svolta - nella memoria ex art. 183 co. 6 n. 1 c.p.c. - dall'Azienda Ospedaliera I. in ordine alla titolarità del rapporto dedotto in giudizio, a fronte della quale l'attrice era onerata della prova circa la sussistenza dell'obbligo risarcitorio in capo alla medesima azienda convenuta, in quanto elemento costitutivo della domanda dalla avanzata.

L'attrice ha indicato nell'Azienda Ospedaliera I. il soggetto tenuto all'obbligazione risarcitoria per la trasfusione eseguita nel 1987 presso l'Istituto Ostetrico M. in quanto - in forza della deliberazione di giunta regionale del n. 19879 del 16 dicembre 2004 - alla prima risulterebbero afferite le attività dell'Istituto Ostetrico M. per eventi verificatisi prima del 1 febbraio 2005.

Tale prospettazione non è condivisibile.

Con D.Lgs. n. 502 del 1992 è stato operato un radicale riordino del Servizio Sanitario nazionale, per effetto del quale sono divenute di competenza regionale "le funzioni legislative ed amministrative in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera" (art. 2).

Nell'ambito della complessiva riorganizzazione del Servizio Sanitario nazionale, le allora esistenti UU.SS.LL. sono state sostituite dalle Aziende USL ed è stata delegata alle Regioni la facoltà - tra le altre - di "proporre la costituzione o la conferma in aziende ospedaliere dei presidi ospedalieri" (art. 4 comma 1-bis).

In tale contesto, ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, con Dxxx.R. n. 4070 del 30.06.1994 è stata costituita l'Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento, alla quale sono stati trasferiti funzioni e beni, nonché personale del già disciolto Pxxx Con la D.C.R. n. 7/74218 novembre 1997, individuate le Aziende Ospedaliere in attuazione della L. n. 31 del 1997, il Consiglio regionale della Lombardia ha determinato l'afferenza all'Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento, tra gli altri, anche della struttura sanitaria del poliambulatorio di via *omissis*.

Va sottolineata la scelta del legislatore che, nell'ambito del generale riordino del sistema sanitario nazionale, ha ritenuto di non gravare le neocostituite aziende dei debiti delle pregresse unità sanitarie e con la L. n. 724 del 1994 (collegata alla finanziaria 1995) all'art. 6 ha istituito le cc.dd. "Gestioni stralcio" e ha previsto che "In nessun caso è consentito alle regioni di far gravare sulle aziende di cui al D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni ed integrazioni, nè direttamente nè indirettamente, i debiti e i crediti facenti capo alle gestioni pregresse delle unità sanitarie locali. A tal fine le regioni dispongono apposite gestioni a stralcio, individuando l'ufficio responsabile delle medesime."

L'art. 6 L. n. 549 del 1995 ha trasformato le gestioni stralcio (anche di aziende ospedaliere) in gestioni liquidatorie, attribuendone ai direttori generali il ruolo di commissari liquidatori.

Tale assetto è stato confermato, per quanto attiene alla regione Lombardia, xxx 11486 del 12 aprile 1996, con la quale sono state attribuite ai direttori generali delle aziende sanitarie le funzioni di commissari liquidatori delle soppresse unità socio-sanitarie locali in esse confluite.

Con Deliberazione della giunta regionale n. 34067 del 29.12.1997, richiamate tra le altre le disposizioni di cui al D.Lgs. n. 502 del 1992 e dell'art. 6 L. n. 724 del 1994 e dato atto che "i commissari liquidatori agiscono in nome e per conto delle soppresse USSL e, ove occorra della Regione Lombardia, con la legittimazione processuale in ordine a eventuali azioni dei creditori nella gestione di tutte le attività di cui alle precedenti lettere a) b) c)", sono state attribuite ai "direttori generali delle aziende sanitarie indicate nell'elenco 1 le funzioni delle sottoindicate gestioni liquidatorie delle soppresse USSL: a) gestione liquidatoria riferita agli esercizi 1994 e precedenti) delibera di attribuire (..) ". Ancora la deliberazione precisa che: il commissario liquidatore è la stessa persona del direttore generale della rispettiva azienda ASL o AO anch'è preesistente) cui si riferiscono le gestioni liquidatorie".

Da tale ricostruzione si ricava in estrema sintesi che i debiti relativi agli esercizi anteriori al 1994 non ricadono sulle aziende costituite in forza del D.Lgs. n. 502 del 1992 (quali l'Azienda Ospedaliera I.) e che di tali debiti rispondono le gestioni liquidatorie in persona dei commissari liquidatori - titolari anche della legittimazione processuale -, ai quali in forza della la D.G.R. n. 34067 /97 è stata attribuita la gestione liquidatoria riferita agli esercizi precedenti il 1994.

Non ha rilievo nella determinazione del soggetto tenuto a rispondere dei debiti dell'Istituto Ostetrico M. risalenti al 1987 la Deliberazione della giunta regionale n. 19879 del 16.12.2004 richiamata dall'attrice. Tale provvedimento, infatti, statuisce che, in seguito all'affermamento (approvato con d.c.r. n. VI/1100 del 16.11.2004) di alcuni presidi dell'Azienda Ospedaliera I. alla Fondazione *omissis* e *xxxxx* assunti da Azienda Ospedaliera I. nel corso della propria esistenza, ovvero dal 1994 al 2005. Nessuna ulteriore implicazione si desume dalla Deliberazione che non esamina le posizioni debitorie non riconducibili direttamente a Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento e dunque, a maggior ragione, i debiti gravanti sulle gestioni liquidatorie.

In tale contesto non vi sono elementi per affermare che l'Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento convenuta sia succeduta nella titolarità dei rapporti obbligatori e nei debiti dell'Istituto Ostetrico. sorti in relazione a gestioni anteriori al 1994 e in particolare - per quanto qui di interesse - alla gestione del 1987. In assenza di prova circa la titolarità passiva del rapporto controverso in capo all'Azienda ospedaliera convenuta, la domanda risarcitoria svolta da *Gxxxx*. va respinta.

Alla soccombenza segue la condanna di *oxxxx* al rimborso delle spese del giudizio sostenute da controparte, liquidate come in dispositivo.

p.q.m.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni ulteriore domanda, eccezione o istanza disattesa: dichiara estinto ex art. 306 *xxxxnge* la domanda svolta *xxx* del giudizio, liquidate in complessivi € 5.000,00 per compensi oltre spese forfettarie ex art. 2 D.M. n. 55 del 2014 ed accessori di legge.

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola