
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 CHIARAVALLOTTI (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 LUPIA (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.).

Titolarità del diritto ed onere probatorio. Eccezione in senso stretto o mera difesa? La risposta di [SS.UU., n. 2951 del 16 febbraio 2016](#).

1. Titolarità del diritto e situazioni affini. - 2. Il contrasto giurisprudenziale - 3. La soluzione delle Sezioni Unite. - 4. Conclusioni.

Gianluca CASCELLA¹

¹Docente Diritto Processuale Civile Università "PEGASO", Napoli; avvocato cassazionista del Foro di Torre Annunziata.

1. Titorarità del diritto e situazioni affini.

Al riguardo, occorre tenere ben presente come, nonostante le evidenti differenze, spesso nella pratica è dato riscontrare sovrapposizioni tra l'aspetto della titorarità del diritto e quello relativo, invece, al diverso istituto della legittimazione, al punto che, secondo qualche non recentissima opinione dottrinale, dovrebbe parlarsi addirittura di una totale identificazione tra le due nozioni, ricollegandosi la legittimazione ad un elemento, quale appunto la titorarità del diritto, che diversamente dalla prima viene in evidenza già in *limine litis*², attraverso la sola allegazione dei fatti come contenuta nella domanda, con conseguente sovrapposizione con gli aspetti di merito della pretesa azionata.

Con riguardo alla titorarità del diritto, attiva e passiva, senza tema di smentita può affermarsi come la stessa vada tenuta distinta dalla legittimazione.

Per la prima, infatti, non è consentito alcun esame d'ufficio, poichè la contestazione della titorarità del rapporto controverso si configura come una questione che attiene al merito della lite e rientra nel potere dispositivo e nell'onere deduttivo e probatorio della parte interessata: a tanto consegue che, quando il convenuto eccepisca la propria estraneità al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, ovvero contesti la sussistenza, in capo all'attore, della titorarità del diritto da questi azionato, viene a discutersi non di una condizione per la trattazione del merito della causa, quale è la *legitimatío ad causam*, nel suo duplice aspetto di legittimazione ad agire e a contraddire, bensì dell'effettiva titorarità attiva e/o passiva del rapporto controverso, cioè dell'identificabilità o meno nel convenuto del soggetto tenuto alla prestazione richiesta dall'attore, ovvero di tale ultimo soggetto come effettivo titolare della situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio.

La questione si pone, allora, in ordine all'inquadramento della relativa difesa – e cioè, in particolare, della contestazione sulla titorarità attiva e/o passiva del rapporto – tra le eccezioni in senso lato (o mere difese) e le eccezioni in senso proprio e/o stretto, con le intuibili differenze sul piano del riparto dell'onere probatorio.

Guardando le norme sparse tra codice di procedura e codice sostanziale, balza all'occhio che il legislatore scrive le norme presupponendo – e dando anzi per scontata – l'esistenza di due diverse tipologie di eccezione, omettendo tuttavia di prevedere per ciascuna la relativa definizione, rimettendo pertanto il compito ai teorici ed agli operatori pratici del diritto; prova di tanto si ricava agevolmente considerando come l'art. 112 cod. cit., secondo cui il giudice non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti, viene ritenuto da autorevole dottrina

²MONTELEONE G., *Dir. proc. civ.*, I, Padova, 1994, 179 e ss.

alla stregua di norma in bianco, necessitante cioè il suo completamento al momento applicativo con riguardo quanto alla nozione di eccezione rilevabile d'ufficio oppure riservata all'iniziativa di parte.³

Tuttavia, in alcuni casi è lo stesso Legislatore che viene in soccorso, individuando alcune ipotesi in cui è precluso al giudice il rilievo d'ufficio di determinate eccezioni, come ad esempio: i) l'eccezione di compensazione, ex art. 1242,1°c.c.; ii) l'eccezione di annullabilità del contratto, ex art. 1442,4° c.c.; iii) l'eccezione di inadempimento prevista dal primo comma dell'art. 1460 c.c.; iv) infine, l'eccezione di prescrizione prevista dall'art. 2938 c.c.

Si tratta, come appare evidente, di un novero ristretto di ipotesi che se pur semplificano il compito dell'interprete con il loro chiaro tenore, tuttavia non consentono di addivenire ad una esatta ricostruzione della nozione di eccezione in senso stretto e/o proprio, ricostruzione cui ha provveduto la S.C., supplendo al richiamato vuoto legislativo, con la decisione 3 febbraio 1998 n. 1099 delle Sezioni Unite.⁴

Per tale Sentenza, infatti, con riguardo alla scelta difensiva del convenuto che si concretizza nel contrapporre alla pretesa attorea fatti ai quali la legge attribuisce autonoma idoneità modificativa, impeditiva o estintiva degli effetti del rapporto sul quale la predetta pretesa si fonda, occorre distinguere il potere di allegazione da quello di rilevazione⁵; per la Corte, infatti, il primo di tali poteri compete esclusivamente alla parte e va esercitato nei tempi e nei modi previsti dal rito in concreto applicabile (pertanto sempre soggiacendo alle relative preclusioni e decadenze), mentre il secondo compete alla parte (e soggiace perciò alle preclusioni previste per le attività di parte) solo nei casi in cui la manifestazione della volontà della parte sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nel caso di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva), ovvero quando singole disposizioni espressamente prevedano come indispensabile l'iniziativa di parte, dovendosi in ogni altro caso ritenere la rilevabilità d'ufficio dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultanti dal materiale probatorio legittimamente acquisito, senza che, peraltro, ciò comporti un superamento del divieto di scienza privata del giudice o delle preclusioni e decadenze previste, atteso che il generale potere - dovere di rilievo d'ufficio delle eccezioni facente capo al giudice si

³ORIANI R., *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, 114, V, p. 14.

⁴La nozione di eccezione in senso stretto accolta nella sentenza n. 1099 del 1998 viene riaffermata dalle stesse Sezioni unite con la sent. 25 maggio 2001 n. 226, in tema di rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di giudicato esterno, nonché dalle sentenze 1 aprile 2004 n. 6450, 8 aprile 2004 n. 6943 e 21 agosto 2004 n. 16501 ed, ancora, con la n. 15661 del 27 luglio 2005 delle Sezioni Unite, e da altre ancora.

⁵Cass. civ., Sez. Un., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Giur.it.*, Mass., 1998.

traduce solo nell'attribuzione di rilevanza, ai fini della decisione di merito, a determinati fatti, sempre che la richiesta della parte in tal senso non sia strutturalmente necessaria o espressamente prevista;⁶ fermo in ogni caso il fatto che, in entrambi i casi, risulta necessario che i predetti fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultino legittimamente acquisiti al processo e provati alla stregua della specifica disciplina processuale in concreto applicabile⁷, allora, si può affermare che solo quelli che costituirebbero i fatti da porre a fondamento di un'azione costitutiva - se esercitata autonomamente dal convenuto - sono suscettibili di integrare un'eccezione in senso stretto, con le relative ricadute in termini di onere probatorio e preclusioni processuali per la sua proposizione, mentre tutti quei fatti che non possiedono simili caratteristiche, a contrario, sono suscettibili di integrare mere difese, come tali aperte alla rilevabilità *ex officio*.

Allora, le eccezioni in senso stretto si ricollegano a tutta una serie di ipotesi in cui il Legislatore ha configurato la fattispecie in modo tale che la presenza di determinati fatti non possiede, *in re ipsa*, efficacia modificativa, impeditiva o estintiva, conseguendola invece per il tramite di una manifestazione di volontà dell'interessato, da sola ovvero seguita da un accertamento giudiziale, manifestazione di volontà il cui esercizio in giudizio da parte del titolare è necessario perchè si verifichi il mutamento della situazione giuridica⁸; inoltre, si tratta di ipotesi in cui tale manifestazione di volontà, rilevando come elemento integrativo della fattispecie difensiva, esclude che, pur acquisita al processo la conoscenza di fatti rilevanti, possa il giudice desumerne l'effetto senza l'apposita istanza di parte, alla quale soltanto a questa è rimessa la scelta del mezzo difensivo, così che l'interesse a valersi dell'eccezione non è necessariamente legato all'interesse a resistere alla pretesa attrice e, ulteriore conseguenza, la volontà di non valersi di quel mezzo rende facilmente tollerabile l'eventuale ingiustizia della sentenza, di guisa che un'eventuale soccombenza non potrà che ascriversi ad un'eventuale assenza di volontà⁹.

In conseguenza, secondo autorevole dottrina, mentre l'elemento caratteristico dell'eccezione in senso lato viene ravvisato nella circostanza per cui i fatti impeditivi, modificativi e/o estintivi a fondamento di essa sono dotati di efficacia automatica, sicchè la deduzione dei fatti medesimi non integra l'esercizio di una potestà riservata alla parte qualificabile in termini di azione costitutiva, con esclusione di eventuali facoltà attribuite *ex officio* dalla legge al giudice,¹⁰ per converso l'eccezione in senso proprio e/o stretto può definirsi come l'atto di esercizio del diritto spettante, al convenuto che

⁶Cass. civ., Sez. Un., 3 febbraio 1998, n. 1099, *cit.*

⁷Cass. civ., Sez. Un., 3 febbraio 1998, n. 1099, *cit.*

⁸Cass. civ., Sez. Un., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Giur.it.*, Mass., 2005.

⁹Cass. civ., Sez. Un., 27 luglio 2005, n. 15661, *cit.*

¹⁰MANDRIOLI C., CARRATTA A., *op. cit.*, p. 155, nt. 34.

resiste alla pretesa attorea, di ottenere un provvedimento di merito sulla domanda che prenda in considerazione anche i fatti come previsti dal secondo comma dell'art. 2697 c.c., che è nella sua disponibilità allegare;¹¹ in ogni caso, però, non va trascurato che, come rilevato da una dottrina appena richiamata, per la rilevabilità anche d'ufficio di un'eccezione non è sufficiente la sola prova dell'eventuale fatto rilevante ex art. 2697, 2° comma c.c., occorrendo comunque anche l'allegazione di esso, intesa quantomeno in termini di riferimento, anche se non esplicito, all'effetto che detti fatti producono sulla domanda attorea, da parte del resistente,¹² con una impostazione che, da tale punto di vista, sembra accomunare ipotesi ben diverse, quali sono, appunto, eccezioni in senso stretto e mere difese; tuttavia, la più recente giurisprudenza di legittimità si pone in disaccordo con tale ricostruzione dottrinale con riguardo alle mere difese, affermando infatti che, il rilievo d'ufficio delle eccezioni in senso lato non è subordinato alla specifica e tempestiva allegazione della parte ed è ammissibile anche in appello, dovendosi ritenere sufficiente che i fatti risultino documentati *ex actis*, in quanto il regime delle eccezioni si pone in funzione del valore primario del processo, costituito dalla giustizia della decisione, che resterebbe quindi soffocato ove anche le questioni rilevabili d'ufficio fossero subordinate ai limiti preclusivi di allegazione e prova previsti per le eccezioni in senso stretto.¹³

Diversamente, la legittimazione, sia ad agire in giudizio, sia, specularmente, a contraddire, si colloca nel novero delle condizioni dell'azione (le altre sono la possibilità giuridica e l'interesse ad agire, ed integrano tutti requisiti di ipotetica accoglibilità – sotto il profilo soggettivo e sotto quello oggettivo - della domanda¹⁴) ed esso si

¹¹LIEBMAN E.T., *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 450 e ss.

¹²MANDRIOLI C., CARRATTA A., *op. cit.*, p. 152, nt. 22.

¹³Cass. civ., Sez. Un., ord., 7 maggio 2013, n. 10531, in *CED*, Cassazione, 2013.

¹⁴Mentre l'interesse ad agire risulta normativamente disciplinato nel codice di procedura all'art. 100, la possibilità giuridica, quale condizione dell'azione, richiede che il diritto affermato sia, quantomeno a livello astratto, previsto da una norma dell'ordinamento, anche se, all'evidenza, risulta difficile, in concreto, poter ipotizzare l'inesistenza di una simile condizione; ad esempio nel caso in cui un soggetto intendesse agire per conseguire la restituzione di quanto da egli prestato nello spontaneo adempimento di una c.d. obbligazione naturale, quindi in esecuzione di un avvertito dovere morale e/o sociale, anche perché, per converso, in tale ipotesi è lo stesso ordinamento che esclude la sussistenza di tale condizione di un'eventuale azione restitutoria, con la previsione, ex art. 2034 c.c., della impossibilità di chiedere tale restituzione, per cui si tratterebbe, se proposta, di un'azione affetta a monte da giuridica impossibilità; invece, come afferma autorevole dottrina, l'ulteriore condizione rappresentata dall'interesse ad agire si sostanzia nell'affermazione di fatti, costitutivi da un lato e lesivi dall'altro, di una determinata situazione giuridica, che contestualmente si afferma come necessitante tutela giurisdizionale, per cui si tratta di un interesse sì, ma alla tutela giurisdizionale, bene conseguibile unicamente con il ricorso all'attività giurisdizionale; in tal senso, *ex multis*, Mandrioli C., Carratta A., *Diritto processuale civile*, Torino, 2015, I, 52 e ss.).

ricollega al principio dettato dall'art. 81 c.p.c., secondo il quale nessuno può far valere nel processo un diritto altrui in nome proprio fuori dei casi previsti dalla legge, e deve intendersi quale diritto potestativo di ottenere una pronuncia sul merito della domanda giudiziale.

Tale requisito integra, in particolare, una condizione dell'azione, tale che la verifica in ordine alla sussistenza dello stesso deve essere effettuata sulla base dei soli fatti esposti dall'attore nell'atto introduttivo del giudizio.

Essa, pertanto, risulta integrata dalla titolarità del potere e del dovere di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, mediante l'indicazione di fatti in astratto idonei a fondare il diritto azionato, secondo la prospettazione dell'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa, con conseguente dovere del giudice di verificarne l'esistenza in ogni stato e grado del procedimento.

La legittimazione ad agire costituisce allora una condizione per ottenere cioè dal giudice una qualsiasi decisione di merito, la cui esistenza sarà da riscontrare esclusivamente alla stregua della fattispecie giuridica prospettata dall'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa.

In altri termini, la legittimazione ad agire o a contraddire, quale condizione dell'azione, si fonda sulla mera allegazione fatta in domanda, sicché una concreta ed autonoma questione intorno ad essa si delinea soltanto quando l'attore faccia valere un diritto altrui, prospettandolo come proprio, ovvero pretenda di ottenere una pronuncia contro il convenuto pur deducendone la relativa estraneità al rapporto sostanziale controverso, e la sentenza che statuisce eventualmente la sua insussistenza, in quanto di mero rito, risulta inidonea al giudicato¹⁵.

Allora, per decidere sulla sussistenza o meno di tale condizione, unico compito del giudice consiste nell'accertare se, secondo la sola prospettazione fatta nella domanda giudiziale, l'attore ed il convenuto possano, in relazione alla disciplina prevista per il rapporto controverso, assumere, rispettivamente, la veste di soggetto dotato del potere di chiedere la pronuncia e di subirla, e poiché il principio fissato dall'art. 81 c.p.c. è rivolto a prevenire una sentenza *inutiliter data*, è onere del giudice, anche d'ufficio, accertare l'esistenza di tale condizione dell'azione, in via preliminare, al fine di meglio delineare la materia del contendere;¹⁶ se tanto è vero, però, è altrettanto vero che, per compiere tale verifica, il giudice non è obbligato a compimento, *ex officio*, di atti di istruzione a tanto specificamente finalizzati, se non nel caso in cui vi sia una espressa contestazione sul

¹⁵CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele*, Padova, 2003, 219.

¹⁶App. Roma, sez. II, 30 marzo 2006, in banca dati *Pluris-cedam.utetgiuridica.it*, voce *Legittimazione*.

punto, né del resto deve procedervi nel caso in cui la tardività della contestazione impedisca un effettivo contraddittorio sulla questione;¹⁷ di recente, tuttavia, la S.C. ha ritenuto che nell'ambito applicativo del principio di non contestazione non rientri la questione relativa alla legittimazione attiva e/o passiva delle parti, affermando come la stessa, in quanto attinente il contraddittorio processuale, deve essere sempre verificata d'ufficio dal giudice, anche se le parti non contestino le rispettive legittimazioni, incontrando tale verifica l'unico limite del giudicato interno eventualmente formatosi sul punto specifico.¹⁸

Infatti, la dottrina maggioritaria, che la considera una condizione dell'azione, afferma che la prima, cioè quella attiva, spetti al soggetto che agendo in giudizio abbia allegato di essere il titolare del diritto sostanziale azionato e di cui invoca protezione, mentre la seconda, quella passiva, per converso competa al soggetto che l'attore medesimo allega essere il titolare della posizione passiva rispetto a quella attiva dal primo azionata,¹⁹ e che deve essere verificata dal giudice in *limine litis*²⁰; isolata appare la posizione di chi afferma come la stessa costituisca, invece, un presupposto processuale;²¹ in ogni caso, come rileva altra opinione, la legittimazione, al pari delle altre condizioni, rileva chiaramente come requisito di ipotetica accoglibilità della domanda, nel senso che solo ove le predette condizioni risultino presenti (se carenti, invece, il giudice altro non potrà che fermarsi, senza esaminare il merito, chiudendo il processo in rito) il giudice potrà proseguire nel compimento dell'attività processuale come prevista dal codice di rito, sino all'emanazione di una decisione sul merito;²² del resto, si comprende come la relativa questione non sia soggetta a preclusioni, in quanto una causa non può chiudersi con una pronuncia che riconosce un diritto a chi, alla stregua della sua stessa domanda, non aveva titolo per farlo valere in giudizio, dato che proprio dalla relativa prospettazione emerge come l'azionato diritto non appartiene a colui che se ne prospetta titolare.

Essa risulta integrare, in pratica, una duplice coincidenza soggettiva, il cui positivo riscontro – ovviamente al pari delle altre condizioni – consente al giudice di passare ad esaminare il merito della controversia, esame che resterebbe invece irrimediabilmente precluso (anche se eventualmente l'azionata pretesa risultasse già *ictu oculi* chiaramente fondata): come dire che il giudice in questione in tanto potrà procedere ad accertare se la mia pretesa è fondata nel merito, in quanto io nell'agire in giudizio ho dedotto sia di essere il

¹⁷Cass. civ., sez. II, 3 febbraio 1998, n. 1039, in *Giur.it.*, Mass., 1998.

¹⁸Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2015, n. 21176, in *Giust. civ.*, Mass., 2015.

¹⁹PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, p. 152 e ss.

²⁰COMOGLIO F.P., voce *Allegazione*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987, 273.

²¹CONSOLO C., *op. cit.*, 51 e ss.

²²MANDRIOLI C., CARRATTA A., *op. cit.*, p. 50.

titolare del diritto e/o situazione giuridica soggettiva di cui sto chiedendo tutela, sia che il soggetto che ho convenuto in giudizio è colui nei cui confronti chiedo la tutela in questione, cioè il soggetto cui imputo la condotta pregiudizievole per il mio diritto, e rispetto alla quale chiedo tutela al giudice: ne consegue, allora, quella che può dirsi una equivalenza tra legittimazione ed affermazione della titolarità del diritto, che ovviamente è cosa diversa dalla prova di tale ultima situazione, ed il relativo accertamento, come riconosciuto dalla dottrina, è senza dubbio cronologicamente ed anche (soprattutto) logicamente anteriore a quello sul merito, in quanto proprio il porsi, da parte del giudice, il quesito circa la sussistenza o meno delle condizioni di un'azione portata alla sua cognizione implica necessariamente che detto quesito riguarda esclusivamente detta domanda, in vista del suo successivo (ed eventuale, in caso di risposta positiva) scrutinio nel merito.²³

Allora, in conclusione, se le condizioni in questione sono ritenute sussistenti, parimenti potrà dirsi esistente l'azione esercitata, ed il giudice potrà esaminarla nel merito, mentre il difetto anche solo di una di esse comporterà il difetto di azione, con l'inevitabile chiusura del processo con una pronuncia di rito, al punto che è ammissibile l'ulteriore equivalenza, stavolta in negativo, tra difetto di condizione e difetto di azione giudiziale.

2. Il contrasto giurisprudenziale

Il contrasto che ha determinato la rimessione della questione alle Sezioni Unite da parte della 3ª sezione²⁴ ha riguardato la ricostruzione sistematica – con le ovvie conseguenze a seconda della impostazione accolta – della natura da attribuire alla contestazione che un soggetto processuale formuli nei confronti della sussistenza, in capo alla propria controparte ovvero a sé medesimo, della titolarità attiva ovvero passiva della situazione sostanziale dedotta in giudizio, e se

²³MANDRIOLI C., CARRATTA A., *op. cit.*, p. 55.

²⁴Cass. civ., sez. VI(3), ord., 13 febbraio 2015, n. 2977, in CED, Cassazione, 2015, secondo cui "A differenza di quel che si ritiene concordemente in tema di *legitimatio ad causam*, o *legittimazione ad agire*, quale condizione dell'azione, il cui difetto è rilevabile d'ufficio, la giurisprudenza di legittimità non è unanime in materia di contestazione della reale titolarità attiva o passiva del diritto sostanziale dedotto in giudizio. La tesi minoritaria sostiene che essa costituisce una mera difesa, con le ovvie conseguenze, tra le quali quella che incombe alla parte, la cui titolarità è contestata, fornire la prova di possederla. L'orientamento maggioritario, invece, afferma che la contestazione della reale titolarità attiva o passiva del diritto sostanziale dedotto in giudizio costituisce un'eccezione in senso tecnico, che deve essere introdotta nei tempi e nei modi previsti per le eccezioni di parte. Con l'ulteriore conseguenza che spetta alla parte che prospetta tale eccezione l'onere di provare la propria affermazione."

cioè la stessa debba considerarsi una mera difesa ovvero una eccezione in senso proprio, con la correlata (ben) diversa ripartizione dell'onere probatorio al riguardo nonché la differente possibilità, per il giudice, di esaminare o meno la relativa questione *ex officio*.

Le difese possono, in generale, definirsi come le posizioni assunte dal convenuto per contrapporsi alla domanda, e possono consistere nella esposizione di ragioni giuridiche ovvero in prese di posizione rispetto ai fatti prospettati dall'attore, e queste ultime potranno, a loro volta, consistere in prese di posizione che si limitano a negare l'esistenza di fatti costitutivi del diritto (le c.d. *mere difese*), oppure nella contrapposizione di altri fatti che privano di efficacia i fatti costitutivi, o modificano o estinguono il diritto, e sono le c.d. eccezioni, disciplinate dal 2° comma dell'art. 2697 c.c., nell'ambito delle quali viene poi in rilievo la categoria delle c.d. eccezioni in senso stretto, che sono quelle soggette a decadenza, se non tempestivamente sollevate in sede di costituzione in giudizio, e rispetto alle quali è precluso il rilievo d'ufficio, come ribadito dalla S.C. di recente.²⁵

Sulla specifica questione dell'eccezione relativa alla titolarità del diritto, si contrapponevano due orientamenti, uno minoritario, per il quale tale contestazione va intesa in termini di mera difesa, con le ovvie conseguenze a carico della parte attrice, che ove veda contestata la titolarità del proprio diritto, è onerata a provarla ed uno, invece, maggioritario, che specularmente ritiene tale contestazione integrare un'eccezione in senso proprio, con le relative conseguenze, sia in termini di rispetto delle barriere preclusive previste dalla legge per la sua tempestiva formulazione, sia, inoltre, in termini di ripartizione dell'onere probatorio sul punto che, ai sensi dell'art. 2697, 2° comma c.c., viene integralmente a gravare su colui che tale titolarità contesta.

In particolare, secondo l'orientamento minoritario, in tema di impugnazioni, la deduzione, ad opera dell'appellato, del proprio difetto di titolarità passiva del rapporto fatto valere in giudizio dall'attore, risolvendosi nella contestazione dei requisiti di fondatezza della domanda, non rientra tra le eccezioni riservate alla parte, ma, integrando una mera difesa, può essere sollevata per la prima volta anche in appello, senza incorrere nel divieto dei "nova" nel giudizio di gravame, previsto dall'art. 345 cod. proc. civ.,²⁶ orientamento già riscontrato in pregresse decisioni²⁷ e poi confermato da ulteriori pronunce, sia specificamente attinenti il profilo della ricostruzione sistematica della contestazione della titolarità del diritto in termini di mera difesa,²⁸ sia più in generale riguardanti il riparto dell'onere probatorio circa la sussistenza dei requisiti di fondatezza della

²⁵Cass. civ., Sez. Un., 16 febbraio 2016, n. 2951, in *CED*, Cassazione, 2016.

²⁶Cass. civ., sez. II, 19 luglio 2011, n. 15832, in *CED*, Cassazione, 2011.

²⁷Cass. civ., sez. III, 5 novembre 1997, n.10843, in *Giur. it.*, Mass., 1997.

²⁸Cass. civ., sez. III, 10 luglio 2014, n. 15759, in *CED*, Cassazione, 2014

domanda²⁹, *genus* nel quale rientra la *species* della titolarità, attiva e passiva, del diritto portato in giudizio; anche una recente decisione di legittimità risulta avere condiviso l'orientamento minoritario, con l'affermare che la questione relativa alla titolarità del rapporto controverso, in quanto attiene al merito della lite, non costituisce una eccezione in senso stretto, soggetta al regime decadenziale disciplinato nel sistema processuale, poichè involge la contestazione di un fatto costitutivo del diritto azionato e pertanto integra una mera difesa, sottoposta agli oneri deduttivi e probatori della parte interessata e, quando con essa introdotti nuovi temi di indagine, alle preclusioni connesse alla esatta identificazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, con l'ulteriore conseguenza che l'esclusione dal *thema decidendum* dei fatti tardivamente contestati - come tali inopponibili nelle fasi successive del processo - si verifica solo allorché il giudice non sia in grado, in concreto, di accertarne l'esistenza o l'inesistenza *ex officio*, in base alle risultanze ritualmente acquisite³⁰.

Di contro, l'ordinamento considerato maggioritario dall'ordinanza di rimessione si fonda su una serie di elementi, innanzitutto dalla distinzione tra legittimazione e titolarità effettiva del diritto, inferendone, per quanto riguarda la prima, la rilevabilità anche *ex officio* in ogni stato e grado, da parte del giudice, mentre riconducono la seconda al merito della decisione e, conseguentemente, alla fondatezza o meno della domanda realmente portata all'attenzione del giudice, e, da tale approdo fanno rientrare la relativa questione nell'alveo del potere dispositivo e nell'onere deduttivo e probatorio della parte interessata, conseguentemente escludendo la rilevabilità officiosa di un eventuale difetto di titolarità attiva e passiva del rapporto, ritenendo invece la stessa, quale eccezione in senso proprio, assoggettata al regime di cui all'art. 2697, 2° comma c.c., e come tale da dedurre e provare nel rispetto delle preclusioni previste dal codice di rito in relazione al giudizio di merito, essendosi infatti affermato che la legittimazione ad agire costituisce una condizione dell'azione diretta all'ottenimento, da parte del giudice, di una qualsiasi decisione di merito, la cui esistenza è da riscontrare esclusivamente alla stregua della fattispecie giuridica prospettata dall'azione, prescindendo, quindi, dalla effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa che si riferisce al merito della causa, investendo i concreti requisiti di accoglibilità della domanda e, perciò, la sua fondatezza: a tanto consegue che, a differenza della "legitimatio ad causam" (il cui eventuale difetto è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio), intesa come il diritto potestativo di ottenere dal giudice, in base alla sola allegazione di parte, una decisione di merito, favorevole o sfavorevole, l'eccezione relativa alla concreta titolarità del rapporto dedotto in giudizio, attenendo al merito, non è rilevabile d'ufficio, ma è affidata alla disponibilità delle parti e, dunque, deve

²⁹Cass. civ., sez. III, 24 novembre 2014, n. 24991, in *CED*, Cassazione, 2014.

³⁰Cass. civ., sez. III, 19 novembre 2015, n. 23657, in *CED*, Cassazione, 2015.

essere tempestivamente formulata;³¹ in particolare, l'orientamento maggioritario risulta prevalente nelle più recenti decisioni, in cui si è affermato, a esempio, che l'eccezione relativa alla titolarità del rapporto sostanziale controverso attiene al merito della controversia ed è soggetta alle preclusioni di legge previste per ciascun grado di giudizio dal codice di rito, sicché la sua riproposizione, ove sia stata rigettata dal giudice di prime cure con statuizione che non abbia formato oggetto di specifico motivo di appello, è preclusa dall'avvenuta formazione del giudicato interno,³² mentre, in occasione dell'esame di un caso concreto senza dubbio frequente, quale quella del risarcimento danni da sinistro stradale, ha affermato che, non essendo stato, nello specifico, tempestivamente eccepito, dal convenuto presunto autore del danno, il proprio difetto di titolarità passiva sul veicolo assunto come danneggiante, la relativa questione concerne l'accertamento in concreto dell'effettiva titolarità (nel caso, dal lato passivo) del rapporto fatto valere in giudizio e cioè dell'identificabilità del soggetto tenuto alla prestazione richiesta, il difetto di effettiva titolarità passiva del rapporto giuridico controverso, e pertanto la stessa, poichè ineriva il merito della controversia, il convenuto era onerato a dedurre e provare l'eventuale suo difetto va dedotto nei tempi e nei modi previsti per le eccezioni di parte, per cui né risulta suscettibile di rilievo *ex officio* da parte del giudice, né tantomeno implica la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti dell'effettivo titolare del diritto sul veicolo in questione, non versandosi in ipotesi di litisconsorzio necessario.³³

3. La soluzione delle Sezioni Unite.

Con la decisione n. 2951 del 16 febbraio del 2016, a composizione del contrasto, le Sezioni Unite hanno ritenuto meritevole di condivisione l'orientamento minoritario, considerandolo evidentemente di maggiore coerenza con i principi del processo ed in particolare con quello sulla ripartizione dell'onere probatorio.

Infatti, pur condividendo la ricostruzione e differenziazione formulata dall'orientamento maggioritario tra il profilo della legittimazione e quello della titolarità, nonchè l'affermazione, costante in tale orientamento, che riconduce al merito della decisione, e quindi alla verifica di fondatezza o meno della pretesa azionata, la questione sulla titolarità attiva e/o passiva, del diritto soggettivo posto a base di tale pretesa, ciò che invece ha condotto le SS.UU. a prediligere l'orientamento minoritario è consistito nell'affermazione, sempre rimarcata dalle decisioni ricondotte all'orientamento maggioritario,

³¹Cass. civ., sez. II, 27 giugno 2011, n. 14177, in *CED*, Cassazione, 2011.

³²Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2015, n. 20928, in *CED*, Cassazione, 2015.

³³Cass. civ., sez. III, 28 ottobre 2015, n. 21925, in *CED*, Cassazione, 2015.

per la quale, proprio in quanto inerente al merito della decisione, non solo la questione relativa alla titolarità del diritto rientra nella esclusiva disponibilità della parti, quanto e soprattutto si collocherebbe nell'alveo delle attività di asserzione ed asseverazione cui è tenuta ciascuna parte processuale: in sostanza, essa consisterebbe non in una mera difesa, bensì in una eccezione in senso stretto o proprio; per le Sezioni Unite, infatti, la circostanza che la questione inerente la titolarità del diritto attenga al merito, se per un verso significa che rientra nel problema della fondatezza della domanda, della verifica della sussistenza del diritto fatto valere in giudizio, per altro verso non significa (anche) che la relativa prova gravi sul convenuto e che la difesa con la quale il convenuto neghi la sussistenza della titolarità costituisca un'eccezione, tanto meno in senso stretto, e questo, per le SS.UU., costituisce il punto debole della tesi sostenuta dall'orientamento maggioritario, poiché la circostanza che la relativa questione attenga al merito, ed in particolare al profilo della fondatezza della domanda – con le discendenti conseguenze in termini di allegazione dei fatti costitutivi e di ripartizione dell'onere probatorio – per le SS.UU. non giustifica le conclusioni che da essa fa discendere l'orientamento maggioritario.

Per la Corte, infatti, poiché tra gli elementi costitutivi di un diritto possono esservi anche altri diritti,³⁴ allora, sul piano dell'onere probatorio, in base alla ripartizione fissata dall'art. 2697 c.c., la titolarità del diritto è un fatto, appartenente alla categoria dei fatti-diritto, che della domanda costituisce il fondamento, e va dimostrato da chi ne invoca eventuali effetti positivi in suo favore, sia direttamente, sia come componente di una fattispecie più ampia (la titolarità del diritto reale sul bene è un fatto-diritto che costituisce il fondamento della domanda); se tale assunto dell'attore (cioè di essere titolare della posizione giuridica soggettiva azionata in giudizio) non sia condiviso dalla parte convenuta, quest'ultima potrà limitarsi a negarlo, con ciò formulando una mera difesa, mentre per converso la prova di esso potrà essere fornita dall'attore sia in positivo, sia anche attraverso il comportamento processuale del convenuto, qualora quest'ultimo riconosca espressamente detta titolarità oppure svolga difese che siano incompatibili con la negazione della titolarità, e quindi in applicazione del principio di cui all'art. 115 c.p.c.

In conclusione, per la S.C., poiché la titolarità del diritto costituisce un elemento costitutivo del diritto fatto valere in giudizio, il convenuto potrà negarla con una mera difesa e cioè con una presa di

³⁴ Come nel caso, esaminato dalla decisione in questione, del diritto al risarcimento danni su immobile, tra i cui elementi costitutivi della relativa domanda vi è anche il diritto di proprietà sul bene danneggiato, che il danneggiato deve provare al pari del danno e del nesso di causalità, di guisa che il diritto reale non è il diritto oggetto della domanda, e quindi della tutela giudiziaria, ma è un elemento costitutivo di quel diritto.

posizione negativa, senza contrapporre e chiedere di provare fatti impeditivi, estintivi o modificativi, che contrariamente alle eccezioni in senso stretto, non è soggetta a decadenza ex art. 167 c.p.c., comma 2, a maggiore ragione considerando che, se pure l'art. 167, comma 1 c.p.c. onera il convenuto di proporre nella comparsa di risposta tutte le difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore fondamento delle domanda, tuttavia la norma non sanziona una eventuale inottemperanza del convenuto con la decadenza dalla relativa facoltà difensiva; se tanto è vero, è altrettanto indubbio, però, che il convenuto, ove si costituisca tardivamente, dovrà accettare il giudizio nello stato in cui si trova, con le preclusioni maturate, subendo quindi la preclusione della possibilità di basare la negazione della titolarità del diritto sull'allegazione e prova di fatti impeditivi, modificativi o estintivi non rilevabili dagli atti.

In definitiva, allora, per le Sezioni Unite, ogni questione che non si risolva in un'eccezione in senso stretto non solo potrà essere sollevata dal convenuto anche oltre il termine previsto dall'art. 167, 2° comma c.p.c. e rilevata anche *ex officio* dal giudice, ma potrà essere oggetto di motivo di appello, dato l'art. 345 c.p.c., comma 2, prevede il divieto di "nuove eccezioni che non siano rilevabili anche d'ufficio": in particolare, allora, la questione della eventuale carenza di titolarità del diritto azionato dall'attore, dal punto di vista del convenuto potrà essere formulata in ogni fase del giudizio (in cassazione solo nei limiti del giudizio di legittimità e sempre che non si sia formato il giudicato) mentre, dal punto di vista del giudice, essa potrà, ovviamente se risultante *ex actis*, essere rilevata anche d'ufficio.

La giurisprudenza di merito si è subito conformata all'importante *dictum* delle SS.UU, avendo infatti affermato come la titolarità del rapporto controverso, sia dal lato attivo che dal lato passivo, costituisce 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, di guisa che la contestazione della titolarità passiva (sebbene identico principio vale per la titolarità attiva), investendo un fatto costitutivo della domanda, non integra un'eccezione in senso stretto, 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.³⁵

4. Conclusioni

³⁵Trib. Milano, sez. I, 26 febbraio 2016, in banca dati *Pluris-cedam.utetgiuridica.it*, voce *Legittimazione* (attiva e passiva).

A questo punto, dopo il richiamato intervento delle Sezioni Unite, non può che concludersi nel senso che la contestazione del convenuto in ordine alla titolarità 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 effettiva titolarità del rapporto controverso e come tale integra una mera difesa.

A tanto consegue, allora, che la titolarità del rapporto controverso - sia dal lato attivo che dal lato passivo - deve necessariamente essere ricostruita in termini di 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; quale logico corollario, allora, si evidenzia che la contestazione della titolarità (attiva e/o passiva non cambia) investendo un fatto costitutivo della domanda, e cioè che il soggetto attore/convenuto non è quello che nella fattispecie concreta risulta, *ex lege*, il beneficiario del provvedimento richiesto al giudice ovvero il soggetto che al comando richiesto al giudice deve obbedire, 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, per cui, come già affermato dalla S.C., l'attore, in quanto soggetto agli ordinari criteri sull'onere probatorio, ex art. 2697 cod. civ., potrà dirsi esonerato dalla dimostrazione della titolarità del rapporto solo quando il convenuto ne faccia espresso riconoscimento ovvero opponga una difesa che risulti incompatibile con il disconoscimento di tale titolarità, in applicazione del principio secondo cui "*non egent probatione*" i fatti pacifici o incontrovertibili.³⁶

Si deve, quindi, concludere che la contestazione del convenuto in ordine al difetto di titolarità passiva del rapporto azionato al pari di quella, eventualmente speculare, da parte dell'attore, si sottrae alle preclusioni temporali fissate per le eccezioni di parte (con conseguente possibilità di loro formulazione anche negli atti difensivi finali, con l'unica eccezione del giudicato eventualmente formatosi, come ad esempio, una sentenza parziale sul punto non impugnata con appello immediato, né oggetto di riserva di appello unitamente al definitivo): il che significa, allora, che in ragione della diversa natura, appunto, di mera difesa, della relativa eccezione, una parte potrebbe ad esempio attendere sino alla comparsa conclusionale (nulla dicendo in merito nel corso del giudizio) per dedurre la relativa questione, addirittura attendendo sino a tale atto nel giudizio di appello, nell'ottica di evitare che la sentenza di merito risulti emanata inutilmente;³⁷ il tutto, con evidenti riflessi, allora, anche in termini di

³⁶Cass. civ., sez. III, 10 luglio 2014, n. 15759, *cit.*

³⁷Secondo Cass. civ., sez. II, 20 gennaio 2015, n. 868, in *CED*, Cassazione, 2015 "la deduzione, ad opera dell'appellato, del proprio difetto di titolarità passiva del rapporto fatto valere in giudizio dall'attore, risolvendosi nella contestazione dei

inapplicabilità, alla relativa questione – come del resto a tutte le c.d. *mere difese* – del principio di non contestazione.

In ogni caso, resta ormai fuori di dubbio che le eccezioni in senso lato sono rilevabili d'ufficio o proponibili dalla parte interessata senza preclusioni di sorta che non siano costituite dallo sbarramento del giudicato (e quindi anche in appello) con l'unica condizione che le circostanze di fatto che ne costituiscono il fondamento quantomeno emergano dagli atti di causa, pur se non siano state oggetto di espressa precedente allegazione, come del resto confermato di recente dalla S.C.,³⁸ che del resto, già nel 2013, con la già richiamata decisione a Sezioni Unite, ritenendo rilevabili d'ufficio anche nel giudizio di appello le eccezioni in senso lato la cui esistenza sia ricavabile dagli atti di causa ed in particolare dalla documentazione in atti,³⁹ avevano in qualche misura anticipato la decisione poi resa da SS.UU. n. 2951/2016.

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

requisiti di fondatezza della domanda, non rientra tra le eccezioni riservate alla parte, ma, integrando una mera difesa, può essere sollevata per la prima volta anche in appello, senza incorrere nel divieto dei "nova" nel giudizio di gravame, previsto dall'art. 345 cod. proc. civ."; principio, questo, ribadito ed ulteriormente affinato da Cass. civ., sez. II, 24 marzo 2015, n. 5899, in CED, Cassazione, 2015, secondo cui "La titolarità attiva o passiva del rapporto controverso si traduce nella proposizione di una questione che non è di legittimazione passiva "ad causam", non è questione rilevabile di ufficio, ma costituisce un requisito di fondatezza della domanda. Ne consegue che spetta all'attore dimostrare e provare le circostanze relative all'individuazione nel convenuto del soggetto passivo dell'azione reale e la deduzione di non essere proprietario costituisce una mera difesa; questo principio resta applicabile anche se la difesa è svolta in sede di precisazione delle conclusioni nel giudizio di appello in quanto diretto ad evitare la pronuncia di sentenze inutili, pronuncia che sarebbe anche priva di interesse per gli stessi attori."

³⁸Cass. civ., sez. I, 16 marzo 2016, n. 5249, in *Giust. civ.*, Mass., 2016.

³⁹Cass. civ., Sez. Un., 7 maggio 2013 (ord.), n. 10531, *cit.*