



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



IL DIRITTO ALL'AZIONE GIUDIZIALE. DALLA SCUOLA NAPOLETANA A QUELLA PALERMITANA E PERCHÉ CHIOVENDA HA AVUTO RAGIONE

Il presente contributo passa in rassegna il costruito del diritto all'azione giudiziale, elaborato nei suoi intrinseci corollari da Giuseppe Chiovenda, sulla scia delle intuizioni della scuola napoletana di fine '800, e le revisioni critiche a cui è stato sottoposto ad opera di illustri giuristi quali Satta e Monteleone. Attraverso l'esame della teorica generale, spiegata attraverso il magistrale contributo del Proto-Pisani, si affrontano le tematiche, di maggiore rilievo pratico, afferenti alle condizioni dell'azione giudiziale nonché i vari corollari pratici che l'adesione ad una tesi, piuttosto che ad un'altra, producono sul piano delle azioni di mero accertamento, anche negativo, delle azioni condannatorie e costitutive. All'esito della trattazione si raccolgono le considerazioni di insieme attraverso le quali pare di potersi affermare che il costruito chiovendiano, lungi dall'essere superato, si è consolidato, mutatis mutandis, quale formante del nostro sistema processuale.

di Salvatore Tartaro

IUS/15 - DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Estratto dal n. 4/2020 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Martedì 28 Aprile 2020

IL DIRITTO ALL'AZIONE GIUDIZIALE. DALLA SCUOLA NAPOLETANA A QUELLA PALERMITANA E
PERCHÉ CHIOVENDA HA AVUTO RAGIONE



Abstract ENG

The paper deals with the right to judicial action. I analyze the right to judicial action as initially developed by Giuseppe Chiovenda, who followed the insights of the Neapolitan school (late XIX century), and I take into consideration its critical revision by well-know jurists such as Satta and Monteleone as well. I make use of Proto-Pisani's masterful work to introduce the general theory, and then I deal with some subject matters that are more significant from a practical point of view. The first theme is the conditions of judicial action. The second one is the effect that the endorsement to some particular thesis produces when we take into consideration the different kinds of judicial actions established by the Italian legal system. Based on this analysis, I argue that Chiovenda's paradigm is still crucial for understanding our procedural legal system. Consequently, it is not outdated and old-fashioned, as some scholars claim.

Sommario: 1. L'azione giudiziale nel sistema chiovendiano: critica alla reductio ad unicum della scuola Palermitana; 1.1 1.1 Il diritto azione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale; 2. La legitimatio ad causam; 2.1 La teoria chiovendiana della legitimatio ad causam come titolarità del diritto controverso; 2.2 La legittimazione ad agire nella teorica Sattiana della reductio ad unicum e le differenze con il Filone Palermitano; 2.3 La teoria (dualista) dell'assolutezza del diritto azione giudiziale e le ricadute sulla nozione di legittimazione attiva; 2.4 La legittimazione ad agire come questione di rito: un ulteriore paralogismo della processualistica post-chiovendiana; 2.5 La legittimazione passiva come legittimazione a contraddire ed il vizio di legittimazione passiva come vizio di integrità del contraddittorio; 3. L'interesse ad agire; 3.1 L'interesse ad agire nelle azioni costitutive e nel contenzioso condannatorio; 3.2 (...) nelle azioni di mero accertamento; 3.2.1 Le (presunte) criticità dell'interesse ad agire nell'azione di accertamento negativo: una questione mal posta; 4. Considerazioni di insieme

1. L'azione giudiziale nel sistema chiovendiano: critica alla reductio ad unicum della scuola Palermitana

Ogni discorso intorno al processo e al diritto processuale non può che prendere le mosse dalla nozione di azione giudiziale.

Il Codice di procedura civile non fornisce spunto alcuno per dirimere la prefata questione atteso che, difatti, l'azione giudiziale viene disciplinata, dal diritto positivo,

esclusivamente sotto il profilo dinamico, e cioè con riferimento al suo pratico svolgersi.

Un primo passo verso la risoluzione del problema definitorio può essere compiuto muovendo dall'analisi dell'art. 24, co. 1 Cost.

La predetta disposizione conferisce slancio costituzionale alla concezione, per così dire, sostanziale dell'azione processuale, da intendersi, d'ora in avanti, quale diritto "di agire in giudizio per la tutela" della propria posizione soggettiva.

L'idea dell'azione giudiziale quale diritto soggettivo spettante *uti cives* affonda le sue radici nella tradizione romanistica, nel cui ambito l'azione giudiziale viene concepita quale "ius persecuendi in iudicio quod sibi debetur" (CELSO).

Si noti che, già nella tradizione romanistica, il diritto d'azione è simbiotico al diritto sostanziale sotteso, nel senso che, al diritto del cittadino di pretendere la prestazione giudiziaria dallo Stato fa da pendant un'esistente e corrispettiva posizione di diritto soggettivo (quod sibi debetur), benché avvolta nell'incertezza che l'azione processuale è tesa a rimuovere.

Il diritto di azione, in altri termini, coesiste con il diritto soggettivo e si interseca con esso ove la sua sussistenza sia contestata da terzi o il suo contenuto sia in conflitto con terze posizioni soggettive.

L'idea dell'autonomia concettuale del diritto all'azione ha trovato ampio eco nella dottrina processualistica nostrana del primo '900, sulla scorta del contributo scientifico di Giuseppe Chiovenda che, nel suo saggio "L'azione nel sistema dei diritti", pone le basi per la rottura con la preesistente tradizione dottrina.

Mentre la tradizione giuridica pre-chiovendiana concepiva l'azione giudiziale quale mera funzione del diritto sostanziale e, per tal via, la cd. procedura civile come mero agglomerato di regole formali, il Chiovenda si fece portatore dell'idea di autonomia del diritto di azione e del diritto processuale,^[1] rispetto a quello sostanziale, contrassegnandone le differenze in ordine all'oggetto, rappresentato dall'*editio actionis*, e cioè dall'istanza di tutela giurisdizionale, in ordine alla direzione, che si esplica verso lo Stato e non *erga omnes*, e della legge regolatrice orbitante nell'alveo del diritto pubblico.

Il Chiovenda, pur essendo un ammiratore della pandettistica tedesca, restaura il modello romanistico del diritto all'azione, anche in punto di simbiosi con il diritto sostanziale.

In altri termini, nel sistema chiovendiano l'azione giudiziale è diritto spettante al titolare della posizione soggettiva dedotta in causa e, dunque, è il diritto spettante a chi aziona il processo avendone ragione.

Di precipua importanza nel sistema esaminando è la scissione concettuale dell'azione giudiziaria dal processo, quest'ultimo mero strumento di attuazione della funzione giurisdizionale e, per tal via, la distinzione tra le condizioni dell'azione (legittimazione ed interesse ad agire) dai presupposti del processo di cui sono formanti le regole processuali sine strictu.

Pur non rescindendo dall'immenso pregio della letteratura chiovendiana, non può sottacersi che l'idea dell'autonomia del diritto all'azione rispetto al diritto sostanziale era già diffusa nelle tradizioni dottrinarie del meridione.

Testimonia la veridicità della predetta affermazione il contenuto della Relazione al codice di procedura civile del 1865 ove Domenico Viti, quasi trent'anni prima del rivoluzionario saggio del Chioventa, affermava che "l'azione in esercizio adunque deve supporre un'azione in potenza, cioè l'azione in atto suppone l'azione in diritto".

È lo stesso Domenico Viti, in effetti, a riconoscere l'azione quale "diritto primo dell'uomo, che ha cose a pretendere o difendere", un "diritto di mezzo" discendente dal diritto (sostanziale) non goduto o turbato, ma pur sempre un diritto concettualmente autonomo.^[2]

In disparte la questione, ben nota all'ambiente culturale Palermitano, della (de)mitizzazione dell'opera letteraria del Chioventa, risultato di una svelata "operazione politica"^[3] propugnata dal Calamandrei, e della sua riabilitazione da "l'autoritarismo fascisteggiante"^[4], attribuitogli come un'etichetta da un certo filone dottrinario sviluppatosi nella seconda metà del '900,^[5] quel che qui pare opportuno attenzionare è la sua eredità scientifica, pura e scevra da ogni ideologicizzazione,^[6] muovendo dal noto saggio del Proto-Pisani, pubblicato sul Foro Italiano, in occasione del centenario del magistero del Chioventa.

In disparte, momentaneamente, la critica al Chioventa fatta propria dal minoritario filone Palermitano egregiamente rappresentato dall'esimio prof. Monteleone, su cui ci si soffermerà a breve, veniamo alla lettura del sistema chiovendiano, restituitaci de-ideologicizzata dal Proto-Pisani.^[7]

V'è, in via del tutto preliminare, da ribadire che il pregio del sistema chiovendiano,

motivo per il quale riveste ancora ad oggi un ruolo di preminente rilevanza negli studi processualistici, è quello di aver forgiato la base sulla quale oggi risiede l'attitudine, costituzionalmente orientata, della dottrina processualistica, alla reclamazione di una tutela giurisdizionale effettiva.

Il sistema dell'azione giudiziale risiede, in ultima analisi, su tre argomenti di estrema attualità trasudanti la lungimiranza dell'illustre giurista piemontese.

Anzitutto quello dell'atipicità dell'azione giudiziale, saldamente ancorato al principio in forza del quale si ritiene che ogni volontà di legge, impressa nel diritto sostanziale, deve trovare nella legge processuale idonei strumenti di attuazione.

Qui appare veramente evidente il filo conduttore che lega, a ritroso, il pensiero chiovendiano con quello dell'illustre scuola napoletana, ove si consideri che già Domenico Viti scriveva che "il diritto senza azione non può dirsi una realtà", e che solo per il suo tramite "da astratta affermazione passa ad essere reale godimento, risulta di azione, di persone che lo svolgono, di processo e forme con cui si manifesta".^[8]

Tale postulato, sostrato della teoria dell'estensione dell'attitudine dello strumento processuale a portare sino alle estreme conseguenze l'attuazione delle della legge, è impresso nel principio, di autentico conio, in forza del quale il Chiovenda ritenne che "il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ne ha diritto, tutto quello e proprio quello che egli ha il diritto di conseguire".

Dal prefato principio, inoltre, discende l'irrinunciabile corollario secondo cui "ogni modo di attuazione della legge che sia praticamente possibile e non contraria a norme generali e speciali di diritto deve ritenersi ammissibile".^[9]

In secondo luogo, l'argomento della derivazione pubblicistica della legge processuale, siccome corollario del divieto di farsi giustizia da sé, sulla quale non appare necessario soffermarsi altrimenti.

In chiusura, il principio, fortemente osteggiato dal filone Palermitano, in forza del quale si ritiene che "la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione".^[10]

Qui, mi pare, che i fautori dell'orientamento minoritario della *reductio ad unicum* pecchino di capziosità nell'accusare il Chiovenda di smemorarsi della posizione processuale del convenuto.^[11]

Difatti, il principio di chiusura del sistema chiovendiano, da direzionare in senso propulsivo verso il rafforzamento della tutela giurisdizionale effettiva, costituisce la “base razionale”^[12] della tutela cautelare e di urgenza, strumento evidentemente congeniato per prevenire il danno irreparabile che anche la naturale (e non patologica) durata del processo di cognizione ordinaria potrebbe recare alle pretese attoree.

Appare d'uopo, ricordare, dando atto che lo spunto di riflessione ci è offerto ancora dal prof. Proto-Pisani, che il prefato principio di chiovendiana memoria è stato impiegato fruttuosamente dalla Corte costituzionale che, attingendo propriamente al filone di pensiero di cui il Chiovenda è, se non capostipite, attore principale, ha perseguito lo scopo dell'estensione dell'attitudine attuativa del processo rispetto al diritto sostanziale.^[13]

Non rescindendo in dubbio il valore dell'indagine storica propugnata dal filone Palermitano che restituisce un indubbio vigore diacronico alla tradizione giuridica meridionale, pare, tuttavia, non condivisibile l'approdo finale del lavoro del prof. Monteleone che, in modo speculare rispetto alla tesi, di *sattiana memoria*, della *cd. reductio ad unicum*, professa la primazia del diritto all'azione su quello sostanziale.

L'approdo della teorica propugnata dal filone Palermitano, pur professandosi in stretta aderenza all'idea, di *vichiana memoria*, che individua “il fattore creativo essenziale dell'ordinamento giuridico” nell'esperienza concreta,^[14] collide inevitabilmente con il predetto sostrato concettuale ove finisce con il negare la preesistenza della posizione subiettiva al momento della dialettica processuale.

E', del resto, innegabile che, nelle situazioni di incertezza data dal contrapporsi di posizioni, il contenuto del diritto soggettivo si annichilisce in concreto, pur sussistendo in astratto, mentre si espande il diritto di azione, inteso come diritto soggettivo di ciascuno delle parti di richiedere all'autorità giudiziaria un provvedimento che ricomponga lo stato di incertezza.^[15]

Ciò, tuttavia, non esclude la preesistenza del diritto sostanziale al diritto all'azione giudiziale, né “la normale correlazione tra le situazioni subiettive sostanziali e la titolarità dell'azione”^[16] non potendosi, per altro, sottacere come anche le statuizioni di tipo costitutivo attraversano il fisiologico momento dichiarativo tipico delle azioni di accertamento.

In altri termini, il tentativo di *reductio ab unicum*^[17] operato dal filone Palermitano si pone sulla falsa riga del frettoloso tentativo del Satta di contrassegnare la teorica chiovendiana quale definitivamente superata,^[18] pur distinguendosene per corollari di precipua

importanza concettuale.

Il Monteleone, infatti, a differenza del Satta, prosegue e porta alle estreme conseguenze la teorica Chiovendiana, proseguendo nella perseverante ricerca, non già dell'autonomia, ma della primazia degli studi processualistici rispetto a quelli attinenti al diritto civile sostanziale.

Neppure, qui, vuole recedersi in dubbio l'indiscutibile valore della teoria chiovendiana dell'azione come autonomo diritto potestativo che compete, funditus, al titolare della corrispettiva posizione, come, invece, sostenuto da autorevoli processualisti.^[19]

La contraddizione avversata dal pensiero post-chiovendiano risiederebbe proprio nell'attribuzione della spettanza del diritto di azione al titolare della posizione soggettiva dedotta in lite e sarebbe "smentita" dal fatto che "si può agire anche quando (poi si accerta) che non si ha ragione".^[20]

Qui pare che, volutamente, si diviene smemori del famoso "dualismo chiovendiano" e, per di più, dell'indubbio valore di chiusura, per lo meno sul piano sistematico, della teorica, sempre di chiovendana memoria, della soccombenza in senso tecnico quale regola cardine della ripartizione delle spese di lite.

Invero, non può sottacersi che se, per un verso è vero che non è aprioristicamente determinabile chi delle contrapposte parti processuali sia nella ragione e, per tal via, l'innegabile constatazione dell'impossibilità di stabilire "a monte" su chi delle parti cada l'ago della cd. legitimatio ad causam, per altri versi è evidente che l'inesistenza della posizione soggettiva azionata dall'attore si riverbera "a valle", in punto di carenza delle condizioni dell'azione, anticamera dell'accertamento dell'infondatezza della pretesa azionata, sanzionata, per altro, con la condanna alle spese di lite, anche nelle più gravi manifestazioni della cd. lite temeraria.

Sgomberato il campo da equivoche argomentazioni, qui si vuole, dunque, riaffermare la nozione dell'azione quale diritto potestativo spettante al titolare della correlativa posizione subiettiva dedotta in lite di richiedere l'accertamento e la dichiarazione della volontà obbiettiva di legge e, per tal via, del processo civile quale luogo di positiva manifestazione dell'autonomia delle parti, finalizzato alla ricomposizione dello strappo tra obbiettività della concreta situazione dedotta in lite, preesistente al momento della dialettica processuale, e volontà litigiosa delle parti.^[21]

Se non bastassero le predette considerazioni a smentire l'idea del superamento della

teorica del Chiovenda, si considerino due ulteriori argomenti.

Uno di carattere strettamente ermeneutico, attiene alla formulazione dell'art. 24, co. 1 cost. che, a parere di chi scrive, assorbe il principio chiovendiano dell'azione quale diritto potestativo di chi ha ragione tant'è che, il legislatore costituzionale, ha utilizzato il lemma "propri diritti".

Insomma, mi pare che, anche a livello costituzionale, non sia sostenibile la tesi dell'incertezza delle posizioni soggettive concrete e della "transustanziazione" del diritto astratto nella realtà solo per mezzo dello strumento processuale.

In altri termini ubi lex dixit lex voluit: tutti hanno il diritto soggettivo di agire in giudizio per la tutela delle posizioni soggettive di cui sono titolari ma, di contro, nessuno ha diritto di agire per reclamare posizioni che non gli spettano.^[22]

Il secondo argomento, invece, ha portata sistematica e muove dall'idea, espressa egregiamente dal Satta nel discorso di commemorazione del 1962,^[23] secondo cui il pensiero chiovendiano ha di singolare che presuppone, in chi lo ha espresso, la certezza che la verità esiste e che la legge esiste, quale strumento di libertà.

Che la verità esiste e preesiste alla dialettica processuale è davvero evidente ove si guardi ai mezzi di impugnazione cd. straordinari, principalmente alla revocazione, ed all'attitudine di tale strumento di infrangere il perimetro della res iudicata.

Se, dunque, è innegabile che il processo, essendo un fatto umano che ha una dimensione strettamente tecnica, può pervenire ad esiti diversi dalla realtà fattuale, ed in ciò trova linfa la contrapposizione tra verità sostanziale e verità processuale, per altri versi è innegabile che ove la falsa rappresentazione processuale della realtà consegua ad atteggiamenti dolosi della parte vittoriosa ovvero sia il risultato eziologico di cause di forza maggiore, le legge ammette la revocazione del giudicato e, dunque, della verità processuale per far spazio alla verità sostanziale innegabilmente preesistente, e non già sopravvenuta, alla dialettica processuale.

1.1 Il diritto azione nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Alla luce di quanto sin qui argomentato è lapalissiano ribadire che il Legislatore Costituzionale ha incluso il diritto all'azione giudiziale, e cioè il diritto di agire e resiste in giudizio, nel novero dei diritti soggettivi spettanti a tutti i cittadini.

La disposizione di riferimento è, come anticipato, l'art. 24, co. 1 cost. in forza del quale “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”.

Per quel che si ricava esaminando alcune pronunce allocabili principalmente, *ratione temporis*, nell'ultimo ventennio, è che il costrutto chiovendiano dell'azione giudiziale nel sistema dei diritti ha trovato indubbio ristoro e copertura costituzionale attraverso l'opera adeguatrice della Consulta.^[24]

Ciò vale, indubbiamente, per la qualificazione dell'azione quale diritto spettante *uti cives*; un diritto che, in vero, trova non solo allocazione all'interno delle “libertà inviolabili dell'uomo”,^[25] ma anche tra “i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice ed un giudizio”.^[26]

Un diritto, quello all'azione giudiziale, che come intuito già da Domenico Viti^[27] accompagna, necessariamente, “il riconoscimento della titolarità dei diritti sostanziali”,^[28] e che ha per oggetto la garanzia costituzionale dell'accesso alla tutela giurisdizionale.

Intanto vale la pena ricordare la questione, già trattata in precedenza, dell'estensione della tutela cautelare atipica alle fattispecie, *ratione iurisdictionis*, affidate alle cure del Giudice Amministrativo,^[29] fulgido esempio dell'accoglimento del principio chiovendiano in forza del quale si ritiene che le durata del processo non gravare in danno di chi ha ragione.^[30]

Sul punto, in vero, appare illuminante anche la sent. 7 luglio 2010, n. 181, la quale ci fornisce l'ulteriore conferma dell'inconsistenza dell'obbiezione avversa al prefato principio, sostenuta a gran voce dal filone Palermitano e, per tal via, della correttezza della lettura del Proto-Pisani che, si ricorderà, ha definito il principio in questione, “base razionale”^[31] della tutela cautelare.

La Consulta, infatti, declinando l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 1, co. 1 d. L. 59 del 2008, base normativa del potere di sospensione del titolo di pagamento, ebbe a ravvisarne la ratio “nell'esigenza di evitare che la durata del processo si risolva in un pregiudizio per la parte che dovrebbe vedere riconosciute le proprie ragioni”.

Ma v'è più che il prefato principio è correttamente individuato, ad onta della costrutto chiovendiano, evidentemente ben compreso dal Proto-Pisani, quale fondamento di tutte “le altre misure cautelari a contenuto anticipatorio o conservativo” proprio in “funzione strumentale all'effettività della stessa tutela giurisdizionale, sicché il *vulnus* prodotto dalla sua efficacia contenuta nei ristretti termini sopra indicati incide inevitabilmente sulla detta

effettività e, quindi, sul diritto fondamentale garantito dall'art. 24, secondo comma, Cost.”.^[32]

Anche l'intuizione circa la natura atipica del diritto all'azione giudiziale trova pieno conforto nell'ermeneutica costituzionale dell'art. 24, co. 1, ove si consideri che, la prefata disposizione, viene intesa nella giurisprudenza della Consulta, corollario della volontà di rispettare le posizioni soggettive e, per tal via, di evitare capziose limitazioni e restrizioni della libertà di agire in giudizio.^[33]

Ancor più, il costrutto chiovendiano appare avvallato in punto di identificazione delle condizioni dell'azione (legitimatio ad causam ed interesse ad agire), per ché anche la Corte costituzionale ha precisato che il presupposto per il legittimo esperimento del rimedio giudiziale è la titolarità della rispettiva situazione di diritto sostanziale.^[34]

2. La legitimatio ad causam

Dato pressoché univoco nella letteratura processual-civilistica è quello in forza del quale si ritiene la legittimazione ad agire, il punto di intersezione con il diritto sostanziale.

Il diritto positivo non definisce il concetto di legitimatio ad causam, limitandosi alla generica precisazione, desumibile linearmente dall'art. 81 cod. proc. civ., in forza del quale ciascuno può far valere nel processo, e dunque essere parte processuale, fermo restando la sussistenza della cd. capacità processuale (o legitimatio ad processum) esclusivamente diritti di cui è titolare, salvo ipotesi particolari tassativamente individuabili nel dettato normativo.

Di ciò è corollario il generale divieto dell'azione giudiziale esperita dal mandatario senza rappresentanza atteso che, a rigore testuale, “nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui”.

Va, dunque, rilevato, sin d'ora, che la concezione di legitimatio ad causam si interseca indefettibilmente con la nozione di diritto all'azione, ragion per cui si ritiene necessario prendere le mosse da un'analisi delle varie ricostruzioni teoriche.

Anche sul punto corre l'obbligo di evidenziare come, per lo più, il proliferare in seno alla dottrina processualistica di una varietà di teoremi, si spiega con la compulsiva tendenza alla ricerca di uno spazio di autonomia concettuale della regola della legittimazione ad agire rispetto alla posizione sostanziale dedotta in lite.

Si tratta di costruzioni teoriche per lo più correnti sulla filo del significante, nel senso che, le variabili traggono linfa dall'aspetto esteriore e formale delle pregnanti teorie principali che, in ogni caso, devono ricondursi a quella chiovendiana ed alla reinterpretezione monistica del Satta nonché all'ipotesi dualistica derivata dalla pandettistica tedesca.

In altri termini, la compulsiva ricerca di autonomia concettuale, anche in punto di regole di legittimazione, finisce con il determinare un'ipertrofica produzione teorica su una questione che, in fin dei conti, attiene alla dimensione sostanziale della posizione soggettiva dedotta in lite e, più precisamente, alla titolarità del diritto azionato in capo all'attore in senso sostanziale, anche ove sia in discussione il profilo, squisitamente rituale, colto dai sostenitori del cd. criterio dell'affermazione.

Autonomia concettuale che, invero, si riduce alla pretesa di attribuire alla legittimazione un "proprio spazio applicativo",^[35] e cioè il riconoscimento, in capo alla regola in esame, di capacità selettive preliminari rispetto all'addentrarsi del sindacato giurisdizionale nel merito della controversia.

Dall'inquadramento della legittimazione ad agire, poi, si fanno derivare precipue conseguenze in ordine al profilo dinamico della rilevabilità e della distribuzione dell'onere della prova, nonché in ordine all'efficacia esterna del giudicato, e cioè della portata vincolante della pronunciazione del difetto di legittimazione ad agire quale statuizione di merito o, per converso, della non vincolatività in quanto mera questione di rito.

2.1 La teoria chiovendiana della legitimatio ad causam come titolarità del diritto controverso

Nel sistema chiovendiano la cd. legitimatio ad causam viene allocata tra le condizioni dell'azione giudiziale e corrisponde all'immedesimazione della persona che accede alla tutela giurisdizionale, con il soggetto favorito dalla legge.^[36]

Da ciò derivano due corollari di precipua importanza. Anzitutto che la domanda giudiziale può trovare accoglimento solo se esercitata dal soggetto che è titolare della situazione di diritto soggettivo sottesa; in secondo luogo che il giudizio inerente alla sussistenza della legittimazione ad agire, attenendo al merito della controversia, è statuizione suscettibile di acquisire efficacia di res iudicata.

L'accertamento del difetto di legitimatio ad causam in capo all'attore o, in capo al convenuto struttura le proprie difese spiegando eccezioni o domande riconvenzionali,

insomma, decorsi i termini per l'impugnazione, diviene insuscettibile di essere rimessa in discussione tra le medesime parti.

Tale statuizione dichiarativa, inoltre, ha in oggetto l'accertamento dell'inesistenza della titolarità del diritto sotteso alla controversia in capo a chi ha preteso di azionarlo.

Tale costrutto, confermato anche dall'ermeneutica dell'art. 24, co. 1 cost., incontra due critiche principali, a parere di chi scrive, assolutamente non decisive.

Anzitutto quella, abbracciata anche dal filone Palermitano, in ordine all'impossibilità di stabilire a priori chi sia il soggetto legittimato, visto lo stato di incertezza in cui versa la posizione sostanziale dedotta in lite.

Tale obiezione pare, in vero, volutamente smemora dell'efficacia retroattiva del giudicato che, difatti, spiega i suoi effetti a ritroso sino al momento della proposizione domanda.^[37]

La seconda obiezione inerisce alla problematica svalutazione della regola della legitimatio ad causam che, ove si aderisse alla tesi chiovendiana, sussisterebbe in un rapporto di assoluta coincidenza con la titolarità del diritto soggettivo dedotto in lite.

Poiché chi scrive ritiene che vi sia perfetta coincidenza tra legittimazione ad agire e titolarità, quello che qui intende porsi in risalto è come l'obiezione sollevata corra, giustappunto, sul piano del significante e, dunque, non concerne il significato.

Ciò che si contesta alla teorica chiovendiana dell'azione in senso concreto, infatti, è l'improprio utilizzo della locuzione "condizione" che dovrebbe, a ben vedere, attenere ad un piano esterno e non anche essere un semplice presupposto interno alla posizione giuridica dedotta in lite.^[38]

2.2 La legittimazione ad agire nella teorica Sattiana della reductio ad unicum e le differenze con il Filone Palermitano

Stesse conseguenze in ordine alla coincidenza tra legittimazione ad agire e titolarità della posizione giuridica dedotta derivano dalle teorie cd. moniste, e cioè delle teorie che negano sussistere un discrimen tra diritto sostanziale e diritto all'azione giudiziale.

La teorica di riferimento è, necessariamente, quella Sattiana della cd. reductio ab unicum, nella quale, in effetti, si smarrisce l'idea dell'autonomia, prima concettuale e, poi

sistemica, del diritto all'azione rispetto al diritto sostanziale litigioso.

Secondo la teorica del Satta^[39] il diritto all'azione giudiziale deriva dall'incertezza formatasi, nella realtà empirica, intorno ad una data posizione soggettiva.

In tal senso perderebbe di consistenza tanto la pretesa autonomia del diritto di azione siccome “postulazione di un giudizio favorevole”^[40] a chi lo ha azionato e, per tal via, anche la pretesa autonomia della nozione di legitimatio ad causam che, dunque, si riduce ad unicum, sovrapponendosi all'interesse concreto del titolare del diritto

Rispetto alla tesi del Satta, quella del filone Palermitano appare speculare e contraria. Il Monteleone, a differenza del Satta, riduce ad unità il diritto sostanziale litigioso e il diritto di azione, professando la primazia del secondo sul primo che non esisterebbe, se non quale mera situazione fattuale, sicché soltanto nel momento in cui si addivene alla pronuncia giudiziale, può apprezzarsi l'interesse concreto quale proiezione del diritto sostanziale astratto.

Così, mentre, per un verso, è evidente che la teorica sattiaiana muove da una prospettiva concreta, e cioè muove dal fatto concreto e dalla situazione preesistente per addivenire alla riduzione del diritto all'azione a mero corollario del diritto sostanziale, per altro verso è evidente che lo scopo perseguito e l'esito raggiunto dai sostenitori del filone Palermitano collide e non collima con il sostrato concettuale a cui pur professano di aderire.

Allo stesso modo, mentre il Satta valorizza l'aspetto della tutela giurisdizionale nel momento del suo concreto svolgersi, secondo il dettato costituzionale, per converso, il Monteleone estremizza le conseguenze della teoria della reductio ad unicum e mostra di percepire la realtà come agglomerato informe che solo il sindacato giurisdizionale ha la capacità di ordinare.

Ne segue, in punto di legittimazione ad agire, che se per il Satta questa coincide inevitabilmente con la titolarità del diritto sostanziale litigioso che all'esercizio dell'azione, che ne è postulato, preesiste, per il Monteleone è il l'azione giudiziale a formare il diritto sostanziale e, dunque, la titolarità del diritto mero postulato della legitimatio ad causam.

2.3 La teoria (dualista) dell'assolutezza del diritto azione giudiziale e le ricadute sulla nozione di legittimazione attiva

Dalla teoria dell'azione giudiziale di matrice chiovendiana si distingue quella di cui è capostipite Alfredo Rocco, di evidente ascendenza pandettistica, secondo cui il diritto all'azione giudiziale sarebbe un diritto assoluto spettante uti cives indipendentemente dalla sussistenza di una corrispettiva posizione sostanziale che funge da sostrato.

In disparte, l'evidente astrattezza e formalismo di una teorica che collide inevitabilmente con il dettato costituzionale, qui si vuol precisare che, in tale modello teorico, la legittimazione coincide con lo stesso diritto di azione, risultando, il binomio concettuale, attratto in un'inevitabile dimensione tautologica.^[41]

2.4 La legittimazione ad agire come questione di rito: un ulteriore paralogismo della processualistica post-chiovendiana

Di segno radicalmente opposto rispetto alle teorie sin qui esposte, sono quelle che configurano la valutazione in ordine alla legittimazione ad agire come questione di rito e, per tal via, la regola della legitimatio ad causam come filtro all'accesso alla tutela giurisdizionale.

La carenza di legittimazione ad agire, insomma, inibirebbe a monte "l'esercizio dell'azione" impedendo "di passare a trattare il merito della controversia".^[42]

Tale impostazione è comune a due distinti filoni dottrinali che divergono in punto di criteriologia di valutazione della sussistenza della legitimatio ad causam.

Un primo filone^[43] riconduce la legittimazione attiva al principio del contraddittorio e, dunque, all'opportunità della partecipazione in giudizio di tutti i soggetti coinvolti dall'istanza di tutela giurisdizionale.

Va da sé che il criterio di verifica adottato da tale filone dottrinale attiene agli effetti del provvedimento richiesto, di talché legittimati ad agire e contraddire sarebbero tutti i soggetti interessati dal contenuto della pronuncia giurisdizionale.

Il pregio, in vero sopravvalutato, di tale impostazione sarebbe quello di cogliere, ad ampio raggio, il sostrato concettuale delle ipotesi dell'intervento volontario o della chiamata di terzo nel senso che, attraverso il criterio degli effetti del provvedimento impugnato, si rileva come la legittimazione possa non attenere esclusivamente al correlazione tra la domanda e la sentenza, sussistendo legittimazione anche ove la partecipazione di un soggetto sia necessaria "perché il provvedimento spieghi effetti nei loro confronti" e non perché possa avere effetto.^[44]

Piuttosto, proseguendo per tal via, la regola della *legitimatio ad causam* quale valutazione preliminare di rito a cui è chiamato il giudicante, esalterebbe l'obbligo di collaborazione tra le parti ed il giudice.

Spostando l'attenzione sulla capacità della regola della legittimazione ad agire quale criterio selettivo dell'accesso alla tutela giurisdizionale in *limine litis*, viene in rilievo il cd. criterio dell'affermazione.

La teorica ha il pregio di cogliere un corollario effettuale del principio della domanda, e cioè la soggezione della latitudine del potere giurisdizionale alle allegazioni e richieste delle parti.

Indubbiamente la legittimazione ad agire poggia su una circostanza extraprocessuale che integra, in punto di giudizio, una questione di merito.

Cionondimeno conserva un'efficacia selettiva, a monte, e cioè avuto riguardo al contenuto della domanda attorea, acquisendo la capacità di individuare prima che si inizi la lite la sussistenza della condizione dell'azione presa sin qui esaminata.

Per meglio dire, la regola in forza della quale si vieta l'esercizio dell'azione in nome altrui, esplica efficacia in rito ove l'attore dichiari, nell'atto introduttivo, di non essere il titolare del diritto azionato, salvo non sussistano le ulteriori condizioni previste dalla legge.

In tali circostanze, a ben vedere, la statuizione sulla questione di legittimazione è “in rito” e, dunque, soggetta al solo giudicato formale ex art. 324 cod. proc. Civ., senza preclusioni, dunque, in ordine alla riproposizione del merito della controversia.^[45]

Senonché, a parere di chi scrive, tale conclusione non è condivisibile muovendo da un paralogismo che affligge la Tesi del Buoncristiani “a monte”.

V'è, infatti, una sovrapposizione tra le nozioni di *legitimatio ad causam* e *legitimatio ad processum*, anche questo dualismo di chiovendiana memoria.

Quando l'attore allega, nel corpus del proprio atto introduttivo, di non essere il titolare del diritto azionato, contravvenendo esplicitamente alla regola di cui all'art. 81 c.p.c., la pronuncia di rito non affligge la carenza di legittimazione ad agire, in senso sostanziale,

ma, piuttosto, involge la carenza di uno dei presupposti processuali, cioè la legittimazione al processo, in quanto il soggetto che azione il sindacato giurisdizionale non possiede “il libero esercizio dei diritti che si fanno valere” (cfr. art. 75 c.p.c.).

La pronuncia è in rito non perché la regola della legittimazione attiva ha trovato un proprio spazio di autonomia concettuale, ma, lungi da ciò, perché risultano violate regole processuali che, siccome espressione dell'ordine pubblico, non sono derogabili dalle parti.^[46]

2.5 La legittimazione passiva come legittimazione a contraddire ed il vizio di legittimazione passiva come vizio di integrità del contraddittorio

Sul versante passivo della lite, la legittimazione assume un duplice significato a seconda che si prenda in esame l'aspetto statico o quello funzionale.

Sotto il primo profilo, correttamente si discute di “legittimazione passiva” intesa come soggezione del convenuto alla domanda attorea.

Il convenuto, infatti, ha l'onere di costituirsi nei modi e nelle forme di cui agli artt. 166 e 157 cod. proc. civ., non sussistendo strumenti per sottrarsi a monte dagli effetti della domanda giudiziale, finanche ove proposta avverso soggetto diverso da quello sfavorito dalla legge, e cioè avverso soggetto cd. non legittimato.

Sul piano dinamico, o funzionale, invece, si discute di legittimazione a contraddire e, correlativamente, di vizio del contraddittorio come fattispecie invalidante della domanda proposta dall'attore.^[47]

La ricostruzione del vizio di legittimazione passiva quale vizio di non integrità del contraddittorio muove dall'interpretazione dall'art. 101, co. 1 cod. proc. civ., ove è stabilito che “il giudice (...) non può statuire su alcuna domanda se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata”.

Secondo i sostenitori della tesi in forza della quale si identifica la nozione di legittimazione passiva con il soggetto sfavorito dalla legge, la disposizione fungerebbe, specularmente all'art. 81 cod. proc. civ., da filtro di accesso alla tutela giurisdizionale, nel senso di impedire l'esame nel merito della controversia tutte quelle volte in cui l'attore abbia proposto la domanda avverso la parte sbagliata.

È evidente che, così impostati i termini della questione, il Buoncristiani intenda

addivenire alla conclusione che il vizio di legittimazione a contraddire, impedendo l'esame del merito, conduca ad una pronuncia in rito.

Da ciò dovrebbero discendere due corollari di precipua importanza. Anzitutto che la domanda sarebbe riproponibile tra le medesime parti, in quando la statuizione in rito è sprovvista dell'efficacia vincolante esterna che l'art. 2909 cod. civ. riconosce all'accertamento contenuto nella sentenza. Ma v'è più che se il vizio di legittimazione ad agire attenesse al rito allora dovrebbe essere rilevabile officiosamente in ogni stato e grado del processo, ma ciò è smentito da copiosa casistica giurisprudenziale.

La conclusione, anche in questo caso, segue pedissequamente quella raggiunta nel paragrafo precedente. Il vizio di legittimazione passiva, inteso quale vizio di non integrità del contraddittorio, per l'aver l'attore promosso l'azione giudiziale nei confronti di soggetto non obbligato, per legge, alla prestazione, è questione che attiene esclusivamente al merito della controversia, non essendo, dunque, rilevabile officiosamente dal Giudice e, correlativamente, soggetto alle preclusioni di rito ed all'autorità di cosa giudicata.^[48]

3. L'interesse ad agire

La seconda condizione dell'azione è il cd. interesse ad agire. Trattasi di un istituto polimorfo, tale da declinarsi variabilmente in relazione al caso concreto, che trova disciplina all'art. 100 cod. proc. civ..

Differentemente dalle conclusioni appena raggiunte in tema di legittimazione ad agire, la condizione ex art. 100 cod. proc. civ., si appalesa strumento idoneo a fungere da criterio selettivo per l'accesso alla tutela giurisdizionale.

La norma, del resto, introduce un principio generale, quello in forza del quale si ritiene che, per proporre una domanda sia necessario avervi interesse, idoneo a soccorre l'interprete giuridico nel vaglio di meritevolezza della tutela richiesta dall'attore.

Così, mentre la legititmatio ad causam esprime l'esigenza che il soggetto che si fa istante del sindacato giurisdizionale sia il titolare della posizione giuridica soggettiva dedotta in lite, l'interesse ad agire esige il quid pluris della sussistenza di una lesione dell'interesse concreto che solo la statuizione giudiziale è idonea a rimuovere.

Così impostati i termini della questione occorre anzitutto frugare ogni dubbio sulla paventata coincidenza dell'interesse ad agire, sotto il profilo del cd. interesse al risultato, con la legititmatio ad causam.

Tale impostazione evidentemente tautologica, benché sostenuta in larga misura dalla dottrina,^[49] non merita ulteriore seguito.

Se, infatti, la *legitimatio ad causam* si identifica e coincide in tutto e per tutto con la titolarità del diritto, l'interesse ad agire, postulando "l'utilità del provvedimento richiesto rispetto allo stato di fatto in cui si trova il richiedente",^[50] presuppone due elementi aggiuntivi rispetto alla semplice titolarità della posizione giuridica controversa.

Anzitutto l'esistenza di una situazione fattuale di crisi ed incertezza del diritto litigioso. In secondo luogo, l'utilità del provvedimento giurisdizionale a soddisfare il bisogno di tutela della situazione giuridica lesa.

In altri termini, ove non v'è crisi ed incertezza intorno ad una preesistente situazione di diritto soggettivo, benché sussista indubbiamente la legittimazione del titolare a richiedere il sindacato giurisdizionale, per altro verso è manchevole l'interesse all'azione in quanto, in una situazione di pacificità, il sindacato giurisdizionale nulla dà e nulla può togliere alla situazione soggettiva sostanziale.

In ciò, per altro, si manifesta il principio di strumentalità del diritto all'azione rispetto al diritto sostanziale nella formulazione elaborata dal Chiovenda secondo cui "il processo deve dare per quanto è praticamente possibile a chi ha un diritto, tutto quello che è proprio e ch'egli ha diritto di conseguire".^[51]

La condizione ex art. 100 cod. proc. civ. rileva anche sotto il profilo dell'interesse al mezzo, e cioè dell'utilità conseguibile dallo strumento processuale prescelto di talché, ove risultasse un'utilità sovrapponibile con quella realizzabile tramite ulteriori strumenti, anche di carattere extraprocessuale, la domanda giudiziale si appaleserebbe inammissibile.^[52]

È questo, per esemplificare, il caso della domanda di accertamento delle condizioni per il recesso del datore dal rapporto di lavoro. Il provvedimento richiesto dal datore di lavoro, in tali circostanze, si appaleserebbe inutile, e dunque la domanda manchevole di condizione sotto il profilo dell'interesse al mezzo, atteso che la legge vi attribuisce un diritto potestativo di scioglimento del rapporto di lavoro al verificarsi di determinate circostanze.^[53]

In disparte la questione di se, ed in che misura, l'esercizio dell'azione giudiziale carente di interesse possa acquisire la forma dell'abuso del processo, qui ci si vuole soffermare il

regime processuale dell'interesse ad agire che deve, a ben vedere, presentare i requisiti di concretezza ed attualità.

Il primo requisito attiene alla sussistenza di un interesse cd. qualificato, occorrendo, in altri termini, che lo stato di incertezza involga direttamente la situazione sostanziale. Da ciò deriva, come intrinseco corollario, che lo stato di crisi del diritto sostanziale sia risolvibile esclusivamente attraverso il sindacato giurisdizionale.

Quanto, invece, all'attualità, ciò che rileva è che l'interesse giuridico ad agire sussista nel momento della proposizione della domanda.^[54]

Fatte le dovute premesse di carattere generale, occorre soffermarsi sulle declinazioni dell'interesse ad agire nell'ambito delle singole tipologie di azione giudiziale.

3.1 L'interesse ad agire nelle azioni costitutive e nel contenzioso condannatorio

Nell'ambito delle azioni costitutive e condannatorie la rilevanza delle valutazioni relative alla sussistenza dell'interesse ad agire appare, in vero, alquanto marginale.

Nell'ambito delle azioni costitutive la prefata condizione dell'azione si atteggia diversamente a seconda che si tratti di azioni necessarie o non necessarie.

Quanto alle prime, esemplificatamene l'azione di accertamento della paternità, essendo la tutela giurisdizionale l'unico strumento atto a costituire, agli effetti civili, la relazione di genitorialità, l'interesse ad agire deve ritenersi sussistente in re ipsa.

Diversamente, nelle ipotesi di azione costitutiva non necessaria, quali sono le azioni finalizzate a rimuovere la situazione patologica nella fase esecutiva del contratto, le valutazioni in ordine all'interesse ad agire potrebbe risandersi in presenza di circostanze particolari.

In via del tutto generale, anzitutto, pare d'uopo ricordare che l'autorità giurisdizionale tende a valutare la sussistenza dell'interesse ad agire sulla base del criterio dell'affermazione, essendo ragionevole presumere che un soggetto ricorra al sindacato giurisdizionale solo ove ne sia bisognevole.

Per esemplificare è ragionevole pensare che l'attore che agisce la dichiarazione del recesso dal contratto, lo faccia solo ove, avendo manifestato la prefata volontà risolutiva,

l'altra parte manifesti dissenso esplicitamente ovvero attraverso fatti concludenti, e cioè mediante l'esecuzione della prestazione.

La dottrina, in misura largamente maggioritaria, ritiene che l'interesse ad agire nell'ambito delle azioni costitutive non necessarie vada verificata in applicazione del criterio dell'affermazione di talché, ove nel corso del giudizio venisse accertata la carenza dei fatti costitutivi del diritto azionato, la statuizione definitiva sarebbe di merito e di rigetto della domanda e, non anche, di inammissibilità in rito.^[55]

Cionondimeno parte della dottrina^[56] ritiene che, anche ove la domanda attorea rechi la parvenza della sussistenza dell'interesse ad agire (e cioè ove l'attore abbia allegato compiutamente lo stato concreto di crisi), sussiste uno spazio valutativo della sussistenza della condizione dell'azione, in presenza di particolari elementi (allegati e provati dal convenuto), idonei a far scemare l'utilità del provvedimento giurisdizionale richiesto.

Sarebbe questo, secondo la Cariglia, il caso dell'impugnazione del testamento effettuato prima della morte del testatore in quanto manchevole del requisito dell'attualità dell'interesse ad agire.^[57]

Sul punto, tuttavia, si vuol dissentire, atteso che la pronuncia richiamata dalla Cariglia mi pare che non collima con i principi generali in tema di azione di accertamento delle nullità; principi per altro richiamati dallo stesso Autore nel proseguo della trattazione esaminata.

Più specificatamente, mi pare che il Tribunale di Torino abbia confuso l'interesse soggettivo alla declaratoria di nullità del testamento, requisito di tutte le azioni di nullità previste dal codice civile, con la condizione dell'azione di cui all'art. 100 cod. proc. civ..

La stessa Cariglia, infatti, nella parte dedicata all'interesse ad agire nella azioni di accertamento delle nullità contrattuali, ci ricorda che il lemma "chiunque vi abbia interesse" di cui all'art. 1421 cod. civ., pedissequamente contenuto nell'art. 606 cod. civ., "non deve essere confuso con l'interesse ad agire" in quanto attinente alla legitimatio ad causam.^[58] In altri termini, l'interesse ad esperire l'azione di annullamento, sia contrattuale che testamentaria, discende dalla sussistenza di effetti pregiudizievoli derivanti o derivabili dall'esistenza del negozio invalido.

Il lemma, dunque, va inteso alla stregua di titolarità di una posizione di diritto soggettivo che sarebbe pregiudicata dal permanere del negozio invalido nel mondo del diritto, in quanto questione preliminare a quella dell'utilità del provvedimento richiesto alla

ricomposizione dello stato di incertezza.

Proseguendo per tal via se ne deduce che, a rigore, la domanda di nullità del testamento promossa in vigenza del testatore da soggetti che potrebbero annoverarsi tra i beneficiari della disposizione testamentaria sarebbe inammissibile, in rito, per inesistenza della posizione giuridica soggettiva atteso che, ad onor di vero, il beneficiario delle disposizioni testamentarie si trova in una situazione di mera aspettativa che mutuerà in situazione di diritto soggettivo solamente all'apertura della successione.

Di contro l'azione di nullità esperita dal creditore del testatore di prestazione periodica o inesigibile al momento della domanda, potrebbe ritenersi, in specifiche ipotesi, ammissibile tanto in punto di legitimatio ad causam, quanto in punto di attualità e concretezza dell'interesse ad agire.

Sull'ultimo punto, infatti, deve sin d'ora ricordarsi il principio, consolidato nel panorama scientifico, in tema di azioni di nullità del contratto, in forza del quale si ritiene che il terzo sia sempre titolare di un concreto interesse ad agire per la declaratoria di nullità del contratto, ogni qualvolta che il contenuto del negozio sia potenzialmente pregiudizievole del diritto soggettivo a questo spettante.^[59]

Volendo formulare, a titolo di esercizio intellettuale, un'ipotesi di inammissibilità della domanda costitutiva per carenza di interesse al mezzo, sposterei l'attenzione sul rapporto incorrente tra l'azione di risoluzione per inadempimento ex art. 1451 cod. civ. e l'azione di accertamento della risoluzione in diritto ex art. 1456, co. 1 cod. civ.

Come è noto, infatti, è prassi negoziale diffusa, specie nell'ambito dei rapporti locatizi, quello dell'attribuzione, in beneficio del locatore, della clausola risolutiva espressa.

Trattasi, a ben vedere, di uno strumento celere ed efficace per sciogliere il rapporto contrattuale al fronte dell'inadempimento del locatore.

Senza volersi dilungare eccessivamente sul punto, è d'uopo rilevare che, una volta manifestata l'intenzione di avvalersi della clausola risolutiva, il contratto deve ritenersi risolto in diritto e l'occupazione del conduttore dell'immobile trasformata in occupazione sine titulo.

Orbene, ove il conduttore non liberi l'immobile al seguito della dichiarazione del locatore, quest'ultimo potrà esperire l'azione di sfratto per morosità ex art. 657 cod. proc. civ., allegando l'altrui inadempimento e producendo il contratto di locazione e la dichiarazione

stragiudiziale di cui all'art. 1456, co. 1 cod. civ..

In tale evenienza neppure il ricorso ai cd. termini di grazia potrebbe soccorrere il conduttore, essendo intervenuto a monte lo scioglimento del rapporto negoziale, di talché l'unica difesa vincente sarebbe quella di provare l'adempimento o l'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Orbene, ove il locatore chieda, in luogo dell'accertamento della risoluzione in diritto, una pronuncia costitutiva di risoluzione per grave inadempimento, la sussistenza di un interesse al mezzo potrebbe vacillare, essendo innegabile che il medesimo effetto dello scioglimento del rapporto contrattuale sarebbe raggiungibile, per le brevi vie, esercitando il diritto potestativo scaturente dalla clausola risolutiva espressa. Né, a parere di chi scrive, potrebbe obiettarsi che l'azione giudiziale sarebbe parimenti necessaria ove il conduttore non rilasci volontariamente l'immobile, anzitutto perché trattasi di un'eventualità che non corrisponde all'id quod plerumque accidit, in secondo luogo perché dall'occupazione abusiva dell'immobile, che costituisce illecito extracontrattuale, il locatore acquisirebbe l'ulteriore diritto ad ottenere una pronuncia condannatoria in danno del conduttore, con evidente aggravio di spese a suo carico.

Anche in ordine alle azioni condannatorie l'interesse ad agire assume un valore marginale, in punto di capacità selettive dell'accesso alla tutela giurisdizionale, in quanto insito nell'affermazione da parte dell'attore della lesione subita a causa della violazione degli obblighi giuridici gravanti sul convenuto.

La questione, a parere di chi scrive, deve risolversi con la medesima semplicità anche con riferimento alle azioni inibitorie e di condanna in futuro non residuando, al di fuori delle ipotesi tipiche espressamente previste dal diritto positivo, spazio alcuno per deroghe "atipiche" all'interesse ad agire, inteso come condizione concreta ed attuale.^[60]

Nel nostro ordinamento giuridico, infatti, l'interesse ad agire in via preventiva è valutato dal legislatore alla stregua del canone dell'economia processuale,^[61] risiedendo in ciò il potere del giudice, nell'ambito di rapporti di durata, di accertare la condotta antiggiuridica del soggetto passivo e disporre condanna anche per le future ed ipotetiche violazioni, dotando il creditore di titolo idoneo per accedere alla tutela esecutiva senza ulteriore spreco di attività giurisdizionale di merito.

Del resto, così impostati i termini della questione, non può sottacersi che le condanne in futuro non determinano alcuna compressione del diritto di difesa del soggetto passivo atteso che questi potrebbe opporsi alla tutela esecutiva ex art. 615 cod. proc. civ., eccependo o l'estinzione della pretesa creditoria per adempimento dell'obbligo di fare o

non fare.

Alcune ipotesi di azioni di condanna in futuro sono rinvenibili in materia di rapporti locatizi, nel cui novero si riconducono pacificamente le fattispecie di cui all'art. 657, co. 1 cod. proc. civ., nonché nell'ambito dei rapporti familiari, tra tutte la condanna al versamento dell'assegno di separazione e divorzile ovvero delle statuizioni patrimoniali in beneficio della prole.

Vale la pena notare come nell'ambito delle suddette azioni l'interesse ad agire ha una conformazione del tutto peculiare, non rilevandosi violazioni del precetto legale attuale rispetto al momento dell'esperimento del rimedio giurisdizionale.

Nell'ambito delle cd. azioni inibitorie (fra tutte quelle disciplinate agli artt. 833, 844, 949, co. 2, 2599 e 2813 cod. civ.), invece, l'interesse ad agire mantiene i connotati di attualità e concretezza in quanto, a ben vedere, il diritto all'azione giudiziale origina sempre dalla lesione di un precetto, a contenuto negativo, da parte di un soggetto, non obbligato in virtù di un rapporto giuridico di durata, bensì destinatario di un onere assoluto di astensione da condotte turbative. Non a caso le azioni inibitorie sono previste, principalmente, in materia di diritti reali, il cui tratto di assolutezza promana effetti erga omnes, nonché nell'ambito della tutela della concorrenza ove, la tutela dell'interesse del singolo ha ripercussioni sul piano dell'ordine pubblico economico.

Una menzione a parte merita, invece, l'inibitoria prevista in tema di diritti ipotecari che, a differenza delle precedenti, è prevista nell'ambito di rapporti obbligatori tra privati. In disparte ogni discorso sulla commistione di interessi pubblicistici in materia di tutela del credito, quello che qui si vuole evidenziare è che, in ogni caso, l'inibitoria ex art. 2813 cod. civ. si giustifica, ex art. 100 cod. proc. civ., sulla base di un interesse concreto ed attuale del creditore ipotecario a che il debitore ipotecato si astenga dal compimento di atti "da cui possa derivare il perimento o deterioramento di beni ipotecari".

3.2 (...) nelle azioni di mero accertamento

Le querelle dottrinali in tema di interesse ad agire si fanno più insistenti in tema di azioni di mero accertamento. Intanto perché, da un punto di vista diacronico, sono state al centro di un fervido dibattito dottrinario scaturito, all'indomani dell'emanazione del codice di rito del 1865, dall'abrogazione delle cd. azioni di iattanza, ovvero dell'azione giudiziale provocatoria. In secondo luogo, perché la questione manifesta un alto grado di compenetrazione con il problema dell'autonomia del diritto all'azione giudiziale rispetto al diritto sostanziale. ^[62]

Vorrei prendere le mosse dal motivo per cui ritengo i predetti profili (diacronico e sistematico), legati da un'inscindibile compenetrazione.

Le affermazioni del Chiovenda in ordine all'azione di mero accertamento quale genuina manifestazione dell'autonomia del diritto all'azione devono necessariamente innestarsi nel contesto culturale ove sono maturate.

L'esimio giurista piemontese, infatti, nell'ardito tentativo di rottura con la precedente tradizione giuridica, ha abbracciato e, poi plasmato nei suoi intrinseci corollari, l'idea dell'autonomia del diritto all'azione quale diritto strumentale al diritto sostanziale. Si tratta di un'autonomia, per così dire "di secondo grado", nel senso che l'azione giudiziale trae linfa da una situazione di incertezza giuridica che involge una posizione di diritto soggettivo, in mancanza della quale l'esercizio del diritto di azione assumerebbe carattere strettamente emulativo.

Il discrimen tra autonomia di secondo grado e mera funzione è sottile e giustifica la rilevanza delle azioni di mero accertamento nell'ambito della costruzione di uno spazio di autonomia del diritto all'azione. Se il diritto all'azione fosse una mera funzione del diritto sostanziale allora il ricorso alla tutela giurisdizionale non sarebbe giustificato al di fuori delle ipotesi in cui la crisi in atti tra soggetti privati renda impossibile godere, in modo pieno, del diritto di cui si ha la titolarità. In tal senso la pronuncia giudiziale è funzionale all'attuazione della volontà di legge nel caso concreto e, dunque, il diritto all'azione al ripristino del contenuto del diritto soggettivo contestato.

Di contro, se l'azione giudiziale è un diritto autonomo, seppur strumentale al diritto sostanziale, allora il ricorso alla tutela giurisdizionale è giustificato "a monte", quale strumento per rimuovere una situazione di incertezza giuridica, senza che sia necessario attendere che tale situazione produca una costrizione del diritto soggettivo. In altri termini, nel costrutto del Chiovenda, le azioni di mero accertamento recano l'impronta genuina del concetto di autonomia del diritto all'azione in quanto, qui, l'intervento del Giudice non si sostanzia nel quid consistente nella concessione di uno strumento finalizzato alla soddisfazione del diritto soggettivo leso bensì si stagna, a monte, nella semplice rimozione della situazione di incertezza giuridica.

Così impostati i termini della questione mi pare evidente che la teorica chiovendiana dell'interesse ad agire in mero accertamento collima e non collida con il vincolo di strumentalità del diritto all'azione rispetto al diritto soggettivo. Ed in ciò si spiega l'insistenza del Chiovenda nella ricerca di un discrimen tra le azioni provocatorie, o di iattanza, e quelle di mero accertamento.

Mentre le prime erano finalizzate a provocare lo stato di incertezza, prima inesistente, le seconde presuppongono una crisi in atto nelle relazioni giuridiche private, prodromica ad una lesione del diritto soggettivo controverso.

Non mi pare, dunque, condivisibile la premessa sistematica da cui muove la critica al Chiovenda perché non mi pare che quanto dallo stesso asserito^[63] voglia significare ciò che parte della dottrina ha taciato di non condivisibilità.

Mi pare, piuttosto, che tali obiezioni siano, temo volutamente, smemori del fatto che la tesi del Chiovenda muoveva dalla premessa teleologica dell'individuazione del discrimen concettuale tra azioni di iattanza, vietate dall'ordinamento processuale, e le azioni di mero accertamento e che tale discrimen sia stato identificato proprio nel requisito dell'incertezza del diritto soggettivo come conseguenza dell'altrui violazione dell'obbligo di cooperazione.

Né mi pare rescindibile in dubbio che, nella teorica chiovendiana, presupposto di ammissibilità delle mere azioni sia la preesistenza di una situazione di incertezza giuridica che può essere rimossa sono tramite l'intervento dell'autorità giudiziale.^[64]

Mi pare, dunque, che il costrutto chiovendiano non collida con il vincolo di strumentalità del diritto all'azione rispetto al diritto sostanziale perché, l'argomento in forza del quale si è ritenuto "l'azione ^[sia] indipendente dal diritto ch'egli deve soddisfare", tende ad evidenziare come l'azione di mero accertamento non presenta la caratteristica di azione funzionale al soddisfacimento del diritto che, nel momento in cui questa viene esercitata, non è concretamente oggetto di compressione.

L'azione di mero accertamento, dunque, è quella che si identifica e sovrappone esattamente al contenuto esclusivo del "diritto all'azione", ciò in quanto, in tale strumento squisitamente dichiarativo della volontà obbiettiva della legge, esso si manifesta scevro da ogni commistione attinente al contenuto del diritto sostanziale e dunque autonomo rispetto alla sua altra funzione, comunque derivata, di attuazione del contenuto del diritto sostanziale.

Mi pare che così impostati i termini della questione il costrutto chiovendiano trovi conferma anche nel diritto vivente ove è principio unanimemente affermato quello in forza del quale si ritiene che, ai fini del giudizio di ammissibilità ex art. 100 c.p.c., delle azioni di mero accertamento, sia "sufficiente uno stato di incertezza oggettiva sull'esistenza di un rapporto giuridico o sull'esatta portata degli obblighi da esso scaturenti, costituendo la rimozione di tale incertezza, un risultato utile, giuridicamente

rilevante e non conseguibile se non con l'intervento del giudice".^[65]

3.2.1 Le (presunte) criticità dell'interesse ad agire nell'azione di accertamento negativo: una questione mal posta

Il proliferare di querelle dottrinarie sul tema dell'interesse ad agire in mero accertamento negativo si spiegano alla luce della tendenziale non coincidenza dell'attore, in senso processuale, con il soggetto che si assume titolare della pretesa sulla cui fondatezza è chiamata a giudicare l'autorità giurisdizionale.^[66]

Mi pare doveroso dare atto, sin d'ora, che lo scrivente non condivide le preoccupazioni espresse da parte prevalente della dottrina. A ben vedere, infatti, l'interesse ad agire in mero accertamento negativo corrisponde tout court con quello sotteso all'accertamento positivo: id est la rimozione dello stato di incertezza determinatasi dal conflitto tra pretese soggettive incompatibili.

Vuole, anzitutto, recedersi ogni dubbio in ordine alla possibilità di estendere le conclusioni ampiamente consolidate in seno alla dottrina con riferimento all'accertamento positivo e, per tal via, affermare che le azioni di accertamento negativo non pongono alcun problema di interesse ad agire, neppure ove siano in discussione diritti relativi.

Acclarato, infatti, che l'utilità perseguita dall'attore in sede di mero accertamento è quello alla rimozione della situazione di incertezza giuridica, appare evidente che la medesima utilità giuridica sussiste non solo dal punto di vista di colui il quale accampa la pretesa, ma anche sul piano di chi la subisce. Insomma, ove sussista una situazione di incertezza giuridica in ordine ad una posizione di diritto soggettivo, situazione che collide con il principio generale e pubblicistico dell'affidamento, di cui è corollario l'esigenza di certezza dei traffici giuridici, deve convenirsi che l'utilità del sindacato giurisdizionale si spieghi egualmente in prospettiva eterodirezionale. Anche le azioni di accertamento negativo, infatti, postulano una crisi in atto, fonte di incertezza giuridica, e, correlativamente, l'esercizio dell'azione giudiziale persegue lo scopo del ripristino dello stato di certezza.

Dalle premesse discende che le perplessità relative all'ammissibilità dell'azione di accertamento negativo non riguardano l'interesse ad agire, bensì la legittimatio ad causam: id est la titolarità in capo all'attore di una posizione soggettiva attiva esigente tutela.

Non a caso, quella parte della dottrina che ha escluso tout court l'ammissibilità

dell'accertamento negativo dell'altrui pretesa creditoria, ritiene che le azioni de quibus si risolvano in un tipo di domanda non correlata alla tutela di posizioni soggettive attive.^[67]

Ed ancora si evidenzia il verso degli sforzi compiuti da quell'altra parte della dottrina che, nel tentativo di individuare una regola filtro, ritiene che l'accertamento negativo del credito sia ammissibile solo ove finalizzata "alla riparazione o rimozione di danni".^[68]

A frugare ogni restante dubbio soccorre quella dottrina che, al fine di giustificare l'ammissibilità dell'accertamento negativo nelle azioni reali, innesta l'interesse ad agire sulla posizione giuridica soggettiva ed assoluta vantata dall'attore.

Si veda, in via del tutto esemplificativa, l'actio negatoria servitutis ove, al fronte della pretesa di asservimento dell'altrui diritto reale, l'art. 949 cod. civ. attribuisce al proprietario del fondo che subisce l'altrui vanto, il diritto di chiedere l'accertamento negativo dell'esistenza della servitù e di come, per tal via, l'accoglimento della domanda postuli, seppur implicitamente, l'accertamento della pienezza del diritto di proprietà rispetto all'altrui vanto.^[69]

Se le querelle dottrinarie originano dalla difficoltà di qualificare l'attore come titolare di una posizione soggettiva da tutelare e se, ulteriormente, a frugare ogni dubbio sull'ammissibilità dell'azione reale di accertamento negativo soccorre la titolarità del diritto assoluto di proprietà in capo all'attore, allora la problematica relativa all'ammissibilità di tale tipologia di azione non concerne la sussistenza di un interesse concreto ed attuale al risultato e, correlativamente la sussistenza di un interesse al mezzo, bensì la sussistenza di una posizione soggettiva attiva lesa dall'altrui pretesa: id est la legitimatio ad causam.

L'interesse ad agire, per converso, sussiste, nella medesimezza di contenuto richiesto per le azioni di mero accertamento positivo, e cioè con riferimento all'utilità del provvedimento richiesto rispetto allo stato di incertezza nonché all'attribuzione, in via esclusiva, al mezzo giudiziale, della capacità di addivenire al risultato utile sperato dall'attore.

Così reimposti i termini della questione, va subito declinata l'ipotesi estensiva dell'accertamento negativo del credito quale strumento di tutela della "libertà sostanziale" dell'attore, apparendo maggiormente conforme al dettato costituzionale (ex art. 24, co. 1 cost.) la tesi, più restrittiva, propugnata, tra tutti, dal Montesano.^[70]

A rigore, infatti, il ricorso alla tutela giurisdizionale postula anzitutto la preesistenza di

una posizione di diritto soggettivo di cui l'attore è titolare e, in secondo, lo stato di crisi determinato dall'altrui vanto o contestazione, che solo il provvedimento giudiziale è idoneo a rimuovere.

In aderenza a tale postulato, l'azione di accertamento negativo del credito deve ritenersi inammissibile e, dunque definibile in rito, ove risulti, in applicazione del criterio dell'affermazione, che l'attore abbia esercitato l'azione giudiziale senza essere titolare di un diritto soggettivo leso, anche in potenza, dall'altrui pretesa creditoria (e dunque sia manchevole la *legitimatio ad causam*) ovvero ove, in applicazione dello statuto generale dell'interesse ad agire, ne sia manchevole sotto il profilo dell'utilità del provvedimento o dell'idoneità del mezzo.

In ogni circostanza in cui l'attore lamenti la lesione, anche potenziale, di una posizione soggettiva attiva, invece, l'azione di accertamento negativo del credito deve ritenersi ammissibile.

Senza alcuna pretesa di esaustività, mi pare che il diritto soggettivo alla libertà di iniziativa economica abbia portata generalizzante tale da soddisfare, in punto di ammissibilità, ambedue le condizioni per l'esperimento della tutela giurisdizionale di mero accertamento negativo.

Tra tutte, si pensi al caso in cui, al seguito dell'intimazione di pagamento, il presunto debitore sia destinatario del preavviso di segnalazione alla Centrale Rischi Finanziari. In tali circostanze il presunto debitore non solo è legittimato ad esperire l'azione di accertamento negativo, ma è anche interessato alla pronuncia di inesistenza del diritto di credito altrui, in quanto idonea a prevenire, a monte, gli effetti che tale segnalazione produrrebbe sulla paralisi delle richieste di credito, indipendentemente dalla sussistenza di un danno risarcibile secondo i criteri della responsabilità civile.^[71]

4. Considerazioni di insieme

All'esito di questa breve analisi delle più rilevanti teorie prodotte, nella letteratura processual-civilistica, in ordine al concetto di azione giudiziale ed alle sue condizioni sostanziali, intrinsecamente connesse al modello teorico di riferimento, possono trarsi alcune considerazioni di insieme.

Anzitutto, sul piano delle querelle dottrinarie, appare evidente che, in un verso o nell'altro, la dottrina processual-civilistica sia proliferata nell'arduo e, ritengo non riuscito, tentativo di superare il costrutto chiovendiano spingendo, talvolta, alle estreme

conseguenze, l'ardua ricerca di una posizione di autonomia concettuale del diritto processuale rispetto a quello sostanziale. Ciò anche, ad onor di vero, in tempi recenti onde, al fronte della sterilizzazione della questione della qualificazione dell'azione quale diritto e non quale mera funzione, ormai consolidata nei suoi tratti fondamentali, anche in seno alla giurisprudenza costituzionale, si assiste alla ricerca di autonomia sul piano dei singoli elementi formanti.

Sul piano generale si veda come il Satta, con la teoria della *reductio ad unicum*, perseguiva l'intenzione, per altro dichiarata, di consegnare al passato la teoria chiovediana facendo leva su una paventata sterilizzazione delle attribuzioni tipiche del diritto sostanziale, ove controverso, collocando, quale elemento interno ad ogni posizione soggettiva attiva la facoltà di azionare la tutela giurisdizionale per la restaurazione della concreta volontà di legge. Con il medesimo espediente, per converso, la scuola Palermitana ha ricondotto ad unicum il diritto sostanziale e quello di azione, ritenendo che solo attraverso il sindacato giurisdizionale la volontà di legge si imponga sulla realtà fattuale, prima di allora disordinata, ovvero ordinata di guisa ad un sentimento di natura strettamente sociale. Ambedue le teoriche, benché suggestive e dotate di attrattiva, non risultano decisive ed idonee ad incrinare il costrutto chiovendiano che, invece, appare porsi quale formante del nostro sistema processuale.

In ordine al secondo piano, si sono distinte talune autorevoli tesi che, talvolta, hanno l'attitudine a produrre conseguenze pratiche di precipua importanza. Così è, per esempio, con riferimento alla *legitimatio ad causam* ove l'adesione alla tesi che vuole tale condizione, nella sua piena autonomia, assurgere a filtro di accesso alla tutela giurisdizionale implicherebbe, come ovvio corollario, la traslazione delle questioni attinenti alla legittimazione attiva e passiva nell'ambito delle condizioni di rito, in quanto tali rilevabili officiosamente in *limine litis*. Così è stato, inoltre e non a caso, con riferimento alle azioni di accertamento negativo, siccome prototipo della teorica chiovendiana, ove è stata paventata l'idea del vaglio di meritevolezza preventivo dell'accesso alla tutela giurisdizionale sul piano dell'interesse al risultato, finendo per contaminare il profilo dell'interesse ad agire con quello della titolarità di una posizione giuridica potenzialmente pregiudicata dall'altrui vanto. Anche su tale piano del discorso si è ritenuto di dover declinare le varie impostazioni succedutesi nel tempo in favore della riaffermazione della teorica del Chiovenda, come restituitaci sceva da ideologicizzazioni, dall'illustre prof. Proto-Pisani.

Sgombrato il campo da equivoci ed errori di impostazione concettuale pare potersi divenire all'indiscutibile risultato che, oltre un secolo dopo la pubblicazione del saggio "L'azione ne sistema dei diritti", la teorica del Maestro Chiovenda, lungi dall'essere in misura alcuna superata, ha trovato piano e progressivo accoglimento nel nostro ordinamento processuale.

IL DIRITTO ALL'AZIONE GIUDIZIALE. DALLA SCUOLA NAPOLETANA A QUELLA PALERMITANA E
PERCHÉ CHIOVENDA HA AVUTO RAGIONE

Note e riferimenti bibliografici

[1] Espressione, in vero, utilizzata, prima del Chiovenda, dal Mattioli nel “Trattato di Diritto giudiziario civile italiano”, IV ed., Torino, 1892.

[2] Cfr. VITI, Commento sistematico del Codice di procedura civile del Regno d’Italia, coordinato con le teoriche delle azioni e delle giurisdizioni, pp. 2 – 20, I, Napoli, 1876.

[3] Cfr. G. MONTELEONE, “Domenico Viti ed il concetto di azione, ovvero l’eredità scientifica di Giuseppe Chiovenda”, in “Studi di diritto processuale civile e di diritto comparato, a cura di Reghizzi, Monteleone, Picardi, Ricci e Serio, ed. I, Roma, 2012, pag. 185 – 205, secondo cui la paventata attribuzione della paternità del codice del 1940 al lavoro del Chiovenda è una “opera di disinformazione”, come emergerebbe dal “dal raffronto non con i suoi scritti, interpretabili in cento modi diversi, ma con il suo progetto di codice, l’unico che esprime oggettivamente le sue idee come tradotte in potenziali norme di legge”.

Il Monteleone sottolinea l’incongruenza della tesi, propugnata dal Tarello nella sua opera “Quattro buoni giuristi per una cattiva azione”, Bologna, 1977, pag. 147 ss., secondo cui il “Chiovenda (...) che non era molto amato dal regime fascista per avere firmato il famoso e contrario manifesto degli intellettuali e che perciò aveva subito renose conseguenze” avesse “elaborato un progetto di codice assai diverso da quello poi approvato” ed al contempo fosse di quest’ultimo “il padre naturale, quindi un autoritario cripto-fascista precursore e fiancheggiatore del regime”.

[4] Cfr. G. MONTELEONE, “Domenico Viti ed il concetto di azione, ovvero l’eredità scientifica di Giuseppe Chiovenda”, op. cit., pag. 196.

[5] Cfr. TARELLO, “L’opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello stato liberale”, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, III, I, Bologna, 1983, pag. 681 ss.; ID., “Quattro buoni giuristi per una cattiva azione”, Bologna, 1977, pag. 147 ss..

[6] Per un’analisi accurata cfr. G. Capograssi, “Intorno al processo (Ricordando Giuseppe Chiovenda), in “Opere”, 4° vol., Milano, 1959, pp. 131-69.

[7] Cfr. A. PROTO-PISANI, “Nel centenario del magistero di Giuseppe Chiovenda: La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema di Giuseppe Chiovenda”, in Foro it., vol. 4, 2002, pag. 128.

[8] Cfr. VITI, Commento sistematico del Codice di procedura civile del Regno d’Italia, coordinato con le teoriche delle azioni e delle giurisdizioni, pp. 2 – 20, I, Napoli, 1876.

[9] Cfr. G. CHIOVENDA, “Istituzioni di diritto processuale civile”, vol II., Napoli, 1933-1934.

[10] Cfr. A. PROTO-PISANI, “Nel centenario del magistero di Giuseppe Chiovenda: La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema di Giuseppe Chiovenda”, in Foro it., vol. 135, n. 4, 2002, pag. 128.

[11] Secondo il Monteleone “Il (...) principio, indubbiamente affermato dal Chiovenda, sembra peccare almeno di unilateralità. Nel processo oltre all’attore vi è anche il convenuto, il quale tra l’altro è costretto a subire l’iniziativa giudiziaria, e non è affatto certo che egli abbia torto potendo infine riuscire vittorioso non solo per il rigetto della domanda attrice, ma anche per l’accoglimento di qualche riconvenzionale. Non si comprende bene, allora, perché la durata del processo non debba andare a danno solo dell’attore che ha ragione, e possa invece andare comunque a danno del convenuto! Il vero è che le inutili lungaggini processuali sono un male, che danneggia tutto e tutti: le parti, gli avvocati, la società e l’intero ordinamento. Al massimo si potrebbe, forse, osservare che, quando i processi durano decenni, come oggi quelli civili, si pubblicano e si scrivono meno sentenze, dato che il momento della decisione arriva molti anni dopo dall’inizio della causa. Se in queste condizioni potesse prospettarsi un vantaggio, esso sarebbe solo di chi ha l’onere di scrivere quelle sentenze”, in “Domenico Viti ed il concetto di azione, ovvero l’eredità scientifica di Giuseppe Chiovenda”, op. cit., pag. 199.

[12] Cfr. A. PROTO-PISANI, op. cit., pag. 130.

[13] Tale argomentazione, sostenuta autorevolmente da Proto-Pisani, ha trovato conforto nell’azione adeguatrice

della Corte Costituzionale ove ebbe a riconoscere copertura costituzionale alla cd. tutela cautelare atipica nell'ambito del processo amministrativo relativo alle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale. Secondo la Consulta "dall'art. 700 c.p.c. è lecito enucleare la direttiva che, le quante volte il diritto assistito da *fumus boni iuris* è minacciato da pregiudizio imminente e irreparabile provocato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta il giudice il potere di emanare i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito"; ed ancora "Scrittori e Giudici di merito non hanno esitato ad estendere la direttiva desumibile dall'art. 700 alla giurisdizione esclusiva dei T.A.R., ma se il tentativo non ha riscosso l'assenso del Giudice della nomofilachia quel che è precluso dal diritto vivente ben può essere realizzato dalla Corte", cfr. Corte Cost., sent. 28 giugno 1985, n. 190.

[14] Sottolinea il Monteleone che la "notissima formula *verum et factum convertuntur* (...) nell'ambito delle scienze pratiche, come è il diritto e, nel suo ambito, massimamente per il processo, implica un fondamentale corollario, e cioè che l'esperienza concreta (vale a dire l'azione ed i fatti) è la fonte sia dell'origine che della vera e più genuina conoscenza di quel complesso fenomeno che è l'ordinamento giuridico. In altre parole: il diritto ed il processo si cominciano a conoscere solo se e quando siano concretamente vissuti", G. MONTELEONE, op. cit., pag. 186.

[15] Cfr. G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, cap. VII, ed. VI, Roma, 2012.

[16] Cfr. F. CIPRIANI, "Giuseppe Chiovenda tra Salvatore Satta e Virgilio Andreoli", in *Foro it.*, vol. 135, n. 4, 2002, pag. 133; V. Andrioli, prefazione a, G. CHIOVENDA, "I Principi di diritto Processuale Civile", 1965.

[17] Secondo il filone Palermitano, ove nella realtà di fatto viga una situazione di incertezza in ordine alla titolarità del diritto, il contenuto della posizione soggettiva si riduce al diritto di agire in giudizio. Da ciò il Monteleone fa discendere l'inesistenza di un diritto sostanziale preesistente all'azione giudiziale se non quale entità astratta reclamata dalle contrapposte parti e, per tal via, asserisce di aver ridotto ad *unicum* il dualismo chiovendiano tra azione e processo.

Sulla scorta di tale ragionamento il filone Palermitano rivendica la suggestiva supremazia del diritto di azione sulla posizione subiettiva dedotta in lite, siccome solo attraverso l'esercizio dell'azione giudiziale il diritto soggettivo astratto può innestarsi nella realtà di fatto. Sul punto Cfr. G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, cap. VII, ed. VI, Roma, 2012.

[18] Cfr. F. CIPRIANI, "Giuseppe Chiovenda tra Salvatore Satta e Virgilio Andreoli", in *Foro it.*, vol. 135, n. 4, 2002, pag. 131-133.

[19] Cfr. COLESANTI, LIEBMAN, MERLIN, "Manuale di diritto processuale civile", vol. 1, 2012; sul punto cfr. F. CIPRIANI, "Giuseppe Chiovenda tra Salvatore Satta e Virgilio Andreoli", in *Foro it.*, vol. 135, n. 4, 2002, pag. 130.

[20] cfr. F. CIPRIANI, "Giuseppe Chiovenda tra Salvatore Satta e Virgilio Andreoli", in *Foro it.*, vol. 135, n. 4, 2002, pag. 131.

[21] Cfr. G. CAPOGRASSI, "Intorno al processo (Ricordando Giuseppe Chiovenda)", in "Opere", ed. IV, Milano 1959, pag. 133 – 169.

[22] Sul punto cfr. Corte Cost., sent. 11 febbraio 2011, n. 49.

[23] S. SATTA, "Soliloqui e Colloqui di un giurista", 1968, pp. 443 ss.; cfr. F. CIPRIANI, "Giuseppe Chiovenda tra Salvatore Satta e Virgilio Andreoli", in *Foro it.*, vol. 135, n. 4, 2002, pag. 131-132.

[24] Cfr. R. DE ROSA, L. CIRELLI, "Diritto Processuale Civile", 2016, pag. 7 – 9.

[25] Cfr. Corte Cost., sent. 29 ottobre 2014, n. 45.

[26] Cfr. Corte Cost., sent. 10 febbraio 1982, n. 18; conf: Corte Cost., sent. 7 marzo 1996, n. 82.

[27] Cfr. VITI, op. cit..

[28] cfr. Corte Cost., sent. 8 febbraio 1999, n. 26; conf: Corte Cost., sent. 5 maggio 2014, n. 120.

[29] cfr. Corte Cost., sent. 28 giugno 1985, n. 190.

[30] Cfr. P. LUISO, “Diritto Processuale Civile”, vol. I, ed. IX, Milano, 2017, pag.31 -33.

[31] Cfr. A. PROTO-PISANI, op. cit., pag. 130.

[32] Corte Cost., sent. 7 luglio 2010, n. 181

[33] Cfr. R. DE ROSA, L. CIRELLI, op. cit..

[34] Cfr. Corte Cost., sent. 11 febbraio 2011, n. 49.

[35] Cfr. D. BUONCRISTIANI, “Legittimazione ad agire”, in “Diritto processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVII, Vicenza, 2019, pag. 920.

[36] Cfr. D. BUONCRISTIANI, “La legittimazione ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 902.

[37] cfr. G. MONTELEONE, “Che cos’è la legittimazione ad agire?”, in “Judicim”, fasc. 3/2017, pag. 273 ss. secondo cui la sentenza, in vero, accerta “ora per allora” che il diritto esiste, o non esiste, di talché “se la titolarità (...) manca al momento della decisione, mancava anche al momento della domanda e con essa la legittimazione ad agire”; Cfr. D. BUONCRISTIANI, “La legittimazione ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 902.

[38] Cfr. D. BUONCRISTIANI, “La legittimazione ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 903, il quale cita E. GARBAGNATI, “La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile”, Milano, 1942, pag. 137 ss..

[39] Cfr. S. SATTA, “Interesse ad agire e legittimazione”, in Foro it., 1954, IV, pag. 169 ss.; S.SATTA, “Ancora sul falso problema della legittimazione ad causam”, in Giur. It., 1972, IV, pag. 272 ss..

[40] Cfr. D. BUONCRISTIANI, “La legittimazione ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 896.

[41] Cfr. BARBERO, “La legittimazione ad agire in confessori e negatoria servitutis”, Milano, 1950; cfr. C. CARIGLIA, “L’interesse ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 896.

[42] Cfr. D. BUONCRISTIANI, “La legittimazione ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 914.

[43] Cfr. ANDRIOLI, “Lezioni di diritto processuale civile”, I, Napoli, 1973, pag.248 ss..

[44] Cfr. D. BUONCRISTIANI, “La legittimazione ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pagg- 915 - 916.

[45] Cfr. D. BUONCRISTIANI, “La legittimazione ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pagg- 914-921.

[46] Secondo la Cassazione, infatti, è “principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità che la legitimatio ad causam, attiva e passiva, consiste nella titolarità del potere e del dovere di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, mediante la deduzione 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, dovendo tenersi da essa distinta la titolarità della situazione giuridica sostanziale, attiva e passiva, per la quale non è consentito alcun esame d’ufficio, atteso che la contestazione della titolarità del rapporto controverso si configura come una questione attinente al merito della lite, a tale stregua pertanto rientrando nel potere dispositivo e nell’onere deduttivo e probatorio della parte interessata” cfr. Cass. Civ, sez. III, sent. 28 ottobre 2015, n. 21925.

Mi pare che qui, in disparte la censurabile terminologia utilizzata, la Suprema Corte abbia posto in chiaro come sulla base del cd. criterio dell’affermazione, è consentito al Giudice valutare officiosamente la sussistenza del presupposto processuale della legittimazione formale a richiedere il sindacato giurisdizionale per la tutela di diritti propri.

[47] In questo senso Cfr. D. BUONCRISTIANI, “La legittimazione ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 925-927; contra: GARBAGNATI, “La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile”, Milano, 1942, pag. 150 ss..

[48] Secondo un orientamento giurisprudenziale granitico in seno alla Corte di Cassazione il vizio di legittimazione passiva è “questione concernente l'accertamento in concreto dell'effettiva titolarità (nel caso, dal lato passivo) del rapporto fatto valere in giudizio (v. Cass., 18/11/2005, n. 24457), e cioè dell'identificabilità del soggetto tenuto alla prestazione richiesta (cfr. Cass., 2/8/2005, n. 16158), il difetto di effettiva titolarità passiva del rapporto giuridico controverso attiene dunque al merito della controversia, e il suo difetto va dedotto nei tempi e nei modi previsti per le eccezioni di parte” cfr. Cass. Civ, sez. III, sent. 28 ottobre 2015, n. 21925; ex multis cfr. Cass. Civ, sez. II, sent. 10 maggio 2010, n. 11284; Cass. Civ, sez. III, sent. 9 aprile 2009, n. 8699; Cass. Civ, sez. III, sent. 30 maggio 2008, n. 14468; Cass. Civ, sent. 06 marzo 2008, n. 6132; Cass. Civ, sez. I, sent. 10 gennaio 2008, n. 355; Cass. Civ, sez. I, sent. 28 febbraio 2007, n. 4776; Cass. Civ, sez. I, sent. 29 settembre 2006, n. 21192; Cass. Civ, sez. III, sent. 26 settembre 2006, n. 20819; Cass. Civ, sez. III, sent. 14 giugno 2006, n. 13756.

[49] cfr. G. MONTELEONE, “Diritto processuale civile”, vol. I, cap. VII, 2012, pag. 193 ss.; cfr. C. CARIGLIA, “L'interesse ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 816.

[50] Cfr. C. CARIGLIA, “L'interesse ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 816.

[51] G. CHIOVENDA, “Principi di diritto processuale civile”, ristampa, Napoli, 1965, pag. 81.

[52] cfr. C. CARIGLIA, “L'interesse ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 818.

[53] In questo senso cfr. F.P. LUISO, “Diritto processuale Civile”, vol. I, Milano, 2017, pag. 140 ss..

[54] Cfr. D. BUONCRISTIANI, “La legittimazione ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 859-862.

[55] cfr. C. CARIGLIA, “L'interesse ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 823.

[56] cfr. C. CARIGLIA, “L'interesse ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 824.

[57] In questo senso è stato affermato che “l'interesse ad impugnare il testamento ai sensi dell'art. 606, co. 2 cod. civ., deve essere diretto ed attuale e non eventuale e futuro, di guisa che la posizione soggettiva di chi agisce sia suscettibile di ricevere un concreto ed effettivo pregiudizio dal permanere dell'atto nel mondo del diritto. Tale interesse ad agire si risolve nella concreta utilità del provvedimento richiesto al giudice rispetto alla situazione giuridica denunciata” cfr. Tribunale di Torino, sent. 4 novembre 2005

[58] cfr. C. CARIGLIA, “L'interesse ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 851.

[59] cfr. C. CARIGLIA, “L'interesse ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 852.

[60] Per un'analisi delle teorie estensive del principio di atipicità anche alle azioni preventive cfr. C. CARIGLIA, “L'interesse ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 829-834; in questo senso si veda ex pluribus Cass. Civ., sent. 31 maggio 2005, n. 11603; Cass. Civ., sent. 9 giugno 2004, n. 10970.

[61] Di tale avviso era anche Chiovenda, il quale ebbe ad individuare la ratio della tutela inibitoria e delle condanne in futuro “nella convenienza di evitare giudizi reiterati per ottenere ciò che è dovuto periodicamente, qualora vi sia ragione di ritenere che questi giudizi si renderebbero necessari”, G. CHIOVENDA, “Principi di diritto processuale

civile”, ristampa, Napoli, 1965, pag. 164.

[62] Le querelle, infatti, traggono origine da un’affermazione del Chiovenda, che la successiva dottrina ha tacciato di incongruenza e di insostenibilità, secondo cui nelle azioni di mero accertamento “nulla si pretende dall’obligato, l’azione è indipendente dal diritto ch’eli deve soddisfare. Ciò è più chiaro nel caso di azione di accertamento negativo; con essa l’attore non vanta quindi altro diritto soggettivo che la pura azione”, G. CHIOVENDA, “Principi di diritto processuale civile”, ristampa, Napoli, 1965, p. 49.

[63] Infra nota 52.

[64] In questo senso anche Carnelutti, secondo cui “quando una pretesa viene accampata e contestata, si può dire che un disordine esiste già in atto, almeno in veste di discordia; se manca, invece, perfino la contestazione bisogna riconoscere che il processo ha una funzione puramente preventiva”, F. CARNELUTTI, “Accertamento giudiziale preventivo”, in Riv. Dir. proc., 1960, pag. 175 ss..

[65] Cfr. Cass. Civ., sent. 26 maggio 2008, n. 13556; ex pluribus Cass. Civ., sent. 21 febbraio 2008, n. 4496; Cass. Civ., sent. 23 novembre 2007, n. 24434; Cass. Civ., Sez. Un., sent. 20 dicembre 2006, n. 27187, e così via sino alla sentenza capostipite.

[66] cfr. C. CARIGLIA, “L’interesse ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 840.

[67] Cfr. LANFRANCHINI, “Mero accertamento negativo di un credito promosso da curatore in sede extrafallimentare e verificaione del passivo”, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1988, pag. 291 ss..

[68] Cfr. L. MONTESANO, “La tutela giurisdizionale dei diritti”, Torino, 1934, pag. 129-131; P. G. GRASSO, “Note per un rinnovato discorso sull’interesse ad agire”, in Jus, 1968, pag. 349 ss.; in senso più ampio E. F. RICCI, “Accertamento giudiziale”, in Digesto civ., I, Torino, 1987, pag. 16 ss.; secondo cui “la domanda di accertamento negativo mira a far dichiarare la libertà del soggetto da obblighi”; ed ancora, nello stesso filone di pensiero C. CARIGLIA, “L’interesse ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, p. 844, secondo cui l’ammissibilità dell’interesse ad agire in mero accertamento negativo deriva dal fatto che l’altrui vanto “sia in grado di incidere su un’altrui libertà sostanziale”, e cioè su quelle “situazioni di vantaggio che costituiscono la concretizzazione delle molte libertà sostanziali o sociali affermate dalla Costituzione”.

[69] In questo senso cfr. RICCI, “Accertamento giudiziale”, in Digesto civ., I, spec. 27, Torino, 1987, pag. 16 ss., secondo cui nelle ipotesi di azione reale “l’ammissibilità dell’accertamento negativo può essere considerata come una forma di tutela giurisdizionale del diverso diritto reale del quale si dichiara la mancanza di limiti”; cfr. C. CARIGLIA, “L’interesse ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 841 ss..

[70] Infra nota 68.

[71] E’, del resto, orientamento consolidato quello in forza del quale si ritiene che la condotta della banca che effettui una illegittima segnalazione alla Centrale dei rischi configura una responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, sia a seguito della violazione dei canoni di correttezza e buona fede richiesti nello svolgimento di ogni rapporto obbligatorio secondo le norme generali ex artt. 1715, 1374, 1375 c.c., sia ex art. 2043 c.c.; ex multis Cass. Civ., sent. 7 giugno 2006, n. 13345; Trib. Ascoli Piceno, sent. 13 settembre 2016; Trib. Verona, sent. 12 novembre 2015; Trib. Milano, sent. 19 febbraio 2001; Trib. Napoli, sent. 19 gennaio 1998.

Bibliografia

MATTIROLI, “Trattato di Diritto giudiziario civile italiano”, IV ed., Torino, 1892.

D. VITI, Commento sistematico del Codice di procedura civile del Regno d’Italia, coordinato con le teoriche delle azioni e delle giurisdizioni, pp. 2 – 20, I, Napoli.

G. MONTELEONE, “Domenico Viti ed il concetto di azione, ovvero l’eredità scientifica di Giuseppe Chiovenda”, in “Studi di diritto processuale civile e di diritto comparato”, a cura di Reghizzi, Monteleone, Picardi, Ricci e Serio, ed. I, Roma, 2012, pag. 185 – 205.

TARELLO, “Quattro buoni giuristi per una cattiva azione”, Bologna, 1977.

TARELLO, “L’opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello stato liberale”, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, III, I, Bologna, 1983, pag. 681 ss.

G. CAPOGRASSI, “Intorno al processo (Ricordando Giuseppe Chiovenda)”, in “Opere”, 4° vol., Milano, 1959, pp. 131-69.

A. PROTO-PISANI, “Nel centenario del magistero di Giuseppe Chiovenda: La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema di Giuseppe Chiovenda”, in Foro it., vol. 4, 2002, pag. 128.

G. CHIOVENDA, “Istituzioni di diritto processuale civile”, vol II., Napoli, 1933-1934.

A. PROTO-PISANI, “Nel centenario del magistero di Giuseppe Chiovenda: La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema di Giuseppe Chiovenda”, in Foro it., vol. 135, n. 4, 2002, pag. 128;

G. MONTELEONE, Manuale di diritto processuale civile, vol. I, cap. VII, ed. VI, Roma, 2012;

F. CIPRIANI, “Giuseppe Chiovenda tra Salvatore Satta e Virgilio Andreoli”, in Foro it., vol. 135, n. 4, 2002, pag. 133;

G. CHIOVENDA, “I Principi di diritto Processuale Civile”, 1965;

F. CIPRIANI, “Giuseppe Chiovenda tra Salvatore Satta e Virgilio Andreoli”, in Foro it., vol. 135, n. 4, 2002, pag. 131-133;

COLESANTI, LIEBMAN, MERLIN, “Manuale di diritto processuale civile”, vol. 1, 2012;

F. CIPRIANI, “Giuseppe Chiovenda tra Salvatore Satta e Virgilio Andreoli”, in Foro it., vol. 135, n. 4, 2002, pag. 130

G. CAPOGRASSI, “Intorno al processo (Ricordando Giuseppe Chiovenda)”, in “Opere”, ed. IV, Milano 1959, pag. 133 – 169.

P. LUISO, “Diritto Processuale Civile”, vol. I, ed. IX, Milano, 2017.

D. BUONCRISTIANI, “Legittimazione ad agire”, in “Diritto processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVII, Vicenza, 2019.

G. MONTELEONE, “Che cos’è la legittimazione ad agire?”, in “Judicim”, fasc. 3/2017, pag. 273 ss..

BARBERO, “La legittimazione ad agire in confessori e negatoria servitutis”, Milano, 1950.

C. CARIGLIA, “L’interesse ad agire”, in “Diritto Processuale Civile”, a cura di Lotario Dittrich, vol. I, cap. XVIII, Milano, 2019, pag. 896.

Cfr. ANDRIOLI, “Lezioni di diritto processuale civile”, I, Napoli, 1973.

F. CARNELUTI, “Accertamento giudiziale preventivo”, in Riv. Dir. proc., 1960, pag. 175 ss.

LANFRANCHINI, “Mero accertamento negativo di un credito promosso da curatore in sede extrafallimentare e verifica del passivo”, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1988, pag. 291 ss..

L. MONTESANO, “La tutela giurisdizionale dei diritti”, Torino, 1934.

P. G. GRASSO, “Note per un rinnovato discorso sull’interesse ad agire”, in Jus, 1968, pag. 349 ss..

E. F. RICCI, “Accertamento giudiziale”, in Digesto civ., I, spec. 27, Torino, 1987, pag. 16 ss..

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=5071>