

Domande ed eccezioni nell'evoluzione giurisprudenziale

Bologna 7 marzo 2016

Elena Zucconi Galli Fonseca

Le sezioni unite n. 12310 del 2015

- Il fatto
- Gli attori chiesero inizialmente che fosse pronunciata sentenza produttore, ai sensi dell'art. 2932 c.c., l'effetto del trasferimento della proprietà fondiaria
- modificarono l'originaria domanda chiedendo la pronuncia di sentenza dichiarativa dell'avvenuto trasferimento del terreno, sul rilievo che doveva ritenersi definitivo il contratto in base al quale era stata inizialmente richiesta sentenza costitutiva

La massima

- La modificazione della domanda ammessa a norma dell'art. 183 c.p.c., può riguardare anche uno o entrambi gli elementi identificativi della medesima sul piano oggettivo (petitum e causa petendi), sempre che la domanda così modificata risulti in ogni caso connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio, e senza che per ciò solo si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte ovvero l'allungamento dei tempi processuali. Ne consegue che deve ritenersi ammissibile la modifica, nella memoria all'uopo prevista dall'art. 183 c.p.c., della iniziale domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto in domanda di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo".

Il contrasto giurisprudenziale precedente

- Incentrato sul: se vari o meno il *petitum* o la *causa petendi*
- Sì per Cass. s.u. n. 1731 del 1996 ed altre
 - Cambia il *petitum*, cambia la *causa petendi*
- No per cass. n. 14643 del 1999, n. 20177 del 2013
 - È mera *emendatio*, non essendo necessario procedere all'esame di fatti nuovi, e trattandosi unicamente di qualificazione giuridica

Approccio di fondo delle s.u.

- Le regole del processo vanno adattate al quadro costituzionale dei principi di economia processuale, di tempi ragionevoli;
 - «mutamenti del quadro normativo di riferimento ad opera del legislatore - anche costituzionale - e dei corrispondenti mutamenti nella giurisprudenza di legittimità, soprattutto a sezioni unite (pure se non specificamente riferibili alla problematica in esame e riguardanti, in una prospettiva più generale, non solo la disciplina dei "nova" nel processo ma anche le problematiche collegate, ad esempio quelle relative all'ambito ed ai limiti del rilievo officioso nel processo dispositivo, soprattutto in tema di patologie negoziali, e quelle "proiettive" correlate all'ombra lunga del giudicato implicito), nella consapevolezza che l'esegesi della normativa processuale deve sempre salvaguardare la coerenza circolare de sistema e che l'intervento nomofilattico compositivo è necessario quante volte occorre riportare a sintesi univoca e manifesta il tormentato processo di adeguamento della ermeneutica giuridica al contesto legislativo e culturale in trasformazione».

L'approccio pragmatico

- Spesso la realizzazione dell'economia processuale passa attraverso la «forzatura» in termini di modifica della *causa petendi* o del *petitum*
 - «quanto risulta invece evidente che nella domanda come formulata prima e dopo la modifica vengono allegati a sostegno delle pretese avanzate fatti costitutivi differenti (un contratto preliminare nel primo caso ed un contratto traslativo della proprietà nel secondo); che non si tratta della diversa qualificazione giuridica dello stesso fatto, ma dell'accertamento di due fatti diversi (la comune intenzione dei contraenti indirizzata, nella prima ipotesi, ad un contratto ad effetti obbligatori, nell'altra ad un contratto ad effetti reali), accertamento eventualmente non limitato alla mera interpretazione della scrittura privata ma esteso alla valutazione del comportamento complessivo dei contraenti ex [art. 1362 c.c.](#); che risulta altresì diverso soprattutto il *petitum*, non solo se inteso come provvedimento richiesto (una sentenza costitutiva nel primo caso ed una sentenza di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo nell'altro), ma anche se inteso come *petitum* sostanziale»

Contrasto di sistema

- Funzione nomofilattica: dallo *ius litigatoris* allo *ius constitutionis*
 - «nelle pronunce in materia processuale l'esigenza di verificare la ricostruzione assunta alla luce anche della coerenza dell'intero sistema è fondamentale, con la conseguenza che, rispetto ad alcuni enunciati che, pur non avendo ricevuto diretta applicazione nella decisione del caso, costituiscono tuttavia parte integrante del ragionamento che ha condotto alla decisione, se non si può ravvisare un vero e proprio contrasto in senso tecnico, potrebbe senz'altro ravvisarsi una sorta di "contrasto di sistema".»
 - «delle sopra evidenziate due tipologie di contrasti (implicito il primo, atipico e secondo) riscontrabili in ordine alla problematica in esame (oltre al contrasto esplicito sulla specifica questione della modifica preliminare/definitivo) è necessario farsi carico per evitare il proliferare, su di un tema così cruciale e perciò richiedente massima chiarezza, di ulteriori ambiguità e contrasti, espressi o silenti».

Ricostruzione: esegesi dell'art. 183

- Impone la definizione di:
 - Domande nuove
 - Domande precisate
 - Domande modificate

Domande nuove

- «Con riguardo alle domande "nuove", va innanzitutto evidenziato che, pur non riscontrandosi un espresso divieto come quello di cui [all'art. 345 c.p.c.](#), questo può essere implicitamente desunto dal fatto che risultano specificamente ammesse per l'attore le domande e le eccezioni "che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto", ben potendo l'affermazione suddetta leggersi nel senso che **sono (implicitamente) vietate tutte le domande nuove ad eccezione di quelle che per l'attore rappresentano una reazione alle opzioni difensive del convenuto**».

Domande precisate

- «Quanto alle domande "precisate", è intuitivo che esse sono le stesse domande introduttive che non hanno subito modificazioni nei loro elementi identificativi, ma semplici precisazioni, per tali intendendosi tutti quegli **interventi che non incidono sulla sostanza della domanda iniziale ma servono a meglio definirla, puntualizzarla, circostanziarla, chiarirla»**

E le domande modificate?

- Occorre trovare uno spazio fra mera precisazione e novità!!
 - «nella lingua italiana i verbi modificare e mutare (come anche, ad esempio, cambiare), utilizzati con riferimento ad una cosa, risultano sinonimi
 - L'art. 183 non prevede limiti nè qualitativi nè quantitativi alla modificazione ammessa..
 - in nessuna parte della norma suddetta è dato riscontrare un (esplicito o implicito) divieto di modificazione - in tutto o in parte - di uno degli elementi oggettivi di identificazione della domanda..
 - risulta veramente difficile immaginare una modifica della domanda che non si riduca ad una mera precisazione e neppure incida (almeno in parte) sui suddetti elementi identificativi».

Quindi...

- Il divieto di nuove domande si riferisce alle domande “ulteriori” o “aggiuntive” rispetto a quelle originali; non sono sostitutive né alternative.
- La modifica invece significa sostituzione della domanda originaria.
- Essa “deve pur sempre riguardare la medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio con l'atto introduttivo o comunque essere a questa collegata”, “si presenta certamente connessa a quella originaria quanto meno per "alternatività«
- oltre a rimanere ovviamente immutato rispetto alla domanda originaria l'elemento identificativo soggettivo delle personae

L'art. 183 ed i poteri del giudice

- «all'esito di una udienza potenzialmente "chiarificatrice", può risultare assai più evidente alle parti, in relazione alla situazione sostanziale dedotta in causa, la soluzione effettivamente rispondente ai rispettivi interessi e intendimenti...
- al fine di massimizzare la portata dell'intervento giurisdizionale richiesto così da risolvere in maniera tendenzialmente definitiva i problemi che hanno portato le parti dinanzi al giudice, evitando che esse tornino nuovamente in causa in relazione alla medesima vicenda sostanziale..».

La controparte

- «E neppure può ritenersi che una simile interpretazione della portata della modificazione ammessa possa "sorprendere" la controparte ovvero mortificarne le potenzialità difensive perchè: l'eventuale modifica avviene sempre in riferimento e connessione alla medesima vicenda sostanziale in relazione alla quale la parte è stata chiamata in giudizio; la parte sa che una simile modifica potrebbe intervenire a norma della disciplina processuale vigente, sicchè non si trova rispetto ad essa come dinanzi alla domanda iniziale; alla suddetta parte è in ogni caso assegnato un congruo termine per potersi difendere e controdedurre anche sul piano probatorio.»

Le questioni: il contraddittorio

- nel rito sommario?
- nel rito del lavoro?

Il litisconsorzio necessario

- Se la modifica importa la necessità di un litisconsorzio necessario *quid* (Giussani)?

Differenza fra primo grado ed appello

- Le “domande nuove” di cui parla l’art. 183 n. 2, avrebbero un significato più ristretto delle “domande nuove” di cui all’art. 345, (nelle prime sarebbero escluse le domande “alternative” che sarebbero invece incluse nell’art. 345)?

Cumulo o sostituzione?

- *L'emendatio* è ammessa solo se c'è sostituzione e non cumulo?

Alternatività, incompatibilità, concorrenza

«E' peraltro necessario evidenziare che nel caso specifico portato alla cognizione di queste sezioni unite non è neppure ravvisabile una semplice connessione per **alternatività** tra la domanda iniziale e la domanda modificata, ma addirittura una connessione per **incompatibilità**».

- Difficile distinguere!

Ricostruzioni: il passaggio dalla dogmatica giuridica alla concezione socio-economica

Domanda complanare (Consolo): domanda concorrente, che viaggia verso un'unica meta, caratterizzata da identità di soggetti e da uno stesso "episodio socio-economico di fondo".

Il piano tecnico-giuridico: concorso fra norme e fra diritti

- Disgiunzione fra realtà sostanziale e realtà processuale
 - Il processo fraziona ciò che nel diritto sostanziale è unitario
- Concorso fra norme: stesso diritto, stessa azione diversa qualifica giuridica (Liebman, Cerino Canova, Menchini),
- Concorso fra diritti; diversi diritti, diretti alla stessa utilità (ottenuto l'uno l'altro diviene inutile)
- Concorso fra azioni: si risolve in un concorso fra diritti.

Concorso fra norme

- La declaratoria di trasferimento e la conclusione del definitivo sono due possibili qualificazioni giuridiche degli stessi fatti costitutivi
 - Difficoltà di scindere il fatto dalla sua qualificazione giuridica!
- Il bene della vita rimane l'immobile.
- Di conseguenza, non vi è alcun mutamento né dei fatti costitutivi né del bene della vita inteso in senso materiale
 - “Ciò che muta è solo il rimedio giuridico valorizzato per conseguirlo, in dipendenza dell'alternativa (e incompatibile) qualificazione in iure del fatto costitutivo della domanda” (Motto)
- Concezione «fattuale» della causa petendi e del petitum

Diff., Cass. 5 marzo 1996, n. 1731: concezione del fatto funzionale alla sua qualificazione

- «La funzione individuatrice o identificatrice della domanda spetta ai fatti costitutivi di un diritto, cioè a fatti idonei a dar luogo ad un determinato effetto giuridico e non ad altri. Ne consegue che, ricorrendo nel caso in esame una domanda eterodeterminata, ad ogni fatto costitutivo risponde un diritto diverso ed una diversa causa petendi, con l'ulteriore corollario che se muta quel determinato fatto, muta la causa petendi e quindi muta l'azione dando luogo a quella mutatio libelli vietata che tende ad un nuovo e diverso risultato».

Casi dubbi

- Domanda di risarcimento per responsabilità contrattuale/
responsabilità extracontrattuale
- Responsabilità aquiliana generica/responsabilità aquiliana specifica,
(Cass. 5 agosto 2013, n. 18609);
- adempimento del contratto/ingiustificato arricchimento ? (Cass., sez.
un., 27 dicembre 2010, n. 26128
- Lavoro autonomo/lavoro dipendente?
- Azione reale di rivendicazione/personale di restituzione (Cass. 10
dicembre 2004, n. 23086).
- Azione causale / azione cambiaria?

Stesso diritto o diritti diversi?

- Capitale ed interessi
- Il frazionamento della domanda

Altre sentenze tese ad ampliare l'ambito oggettivo del processo

- Cass., n. 20899, 12 settembre 2013, è ammissibile *emendatio* l'affiancamento di un'azione di risoluzione per inadempimento, di una subordinata condanna ad adempiere.
- Cass., n. 8510, 11 aprile 2014, modifica da adempimento a risoluzione e contestuale aggiunta di domanda di risarcimento danni.
- Cass., sez. un., 14 dicembre 2014, n. 26242, in tema di azioni di impugnativa negoziale.

n. 26242/26243 del 2014

- Il caso: nuovo motivo di nullità di un lodo irrituale in sede d'appello
- Domanda: la nullità del contratto può essere rilevata d'ufficio non solo in caso di domanda di adempimento o di risoluzione, ma anche in caso di annullamento?

- La base: l'art. 34 c.p.c.
- L'idea di fondo della pronuncia: «invertire il metodo e scegliere il valore che consente di ridurre le iniziative processuali, una risposta definitiva alla domanda di giustizia, armonizzazione delle decisioni, maggiore corrispondenza fra diritto sostanziale».
 - Interesse superindividuale nella nullità
 - Unitarietà della categoria delle nullità

Oggetto del giudizio nelle impugnative negoziali

- Non il diritto all'impugnativa ma la fattispecie sostanziale del contratto
- Omogeneità delle diverse impugnative
- La rilevabilità *ex officio* va estesa a tutte le impugnative (anche in caso di domanda su una nullità differente)

Segue: gli *steps* temporali

- Rilevazione (obbligatoria)
- Dichiarazione (non obbligatoria)
- Efficacia di giudicato (consigliabile per evitare disarmonie nelle obbligazioni corrispettive): ove vi è dichiarazione vi deve essere tendenziale effetto di giudicato

rilevazione

- Obbligatoria
- Anche in appello e in cassazione

Dichiarazione

- Dichiarazione (non sempre obbligatoria)
 - nullità di protezione
 - ragione più liquida (non c'è giudicato)

Efficacia di giudicato

- Se il giudice rigetta la domanda di impugnativa per nullità, vi è giudicato
- Se la parte ha chiesto l'accertamento della nullità a seguito di rilevazione del giudice, vi è giudicato
- Se il giudice ha rilevato la nullità, ma la parte non ha proposto la domanda, c'è comunque giudicato

Rilevazione *ex officio*

- la parte propone la domanda, il giudice accerta con giudicato
- la parte non propone la domanda, il giudice, se riscontra la nullità, rigetta le impugnative con giudicato (ma la sentenza non sarà trascrivibile, occorre la domanda)
- la parte non propone la domanda, il giudice non la dichiara (ragione più liquida, ecc.) non c'è giudicato
- la parte non propone la domanda, il giudice accoglie l'impugnazione (ritenendo la questione di nullità infondata): giudicato implicito sulla non nullità

Mancata rilevazione *ex officio*

- Il giudice accoglie l'impugnativa: giudicato implicito sulla non nullità.
- Il giudice rigetta l'impugnativa: giudicato implicito sulla non nullità, salvo ragione più liquida
- Il giudice rigetta l'impugnativa, in assenza di ragione più liquida: c'è giudicato solo se c'è un rilievo espresso sulla validità in motivazione
- Il giudice rigetta l'impugnativa di nullità, senza aver rilevato alcun altro vizio di nullità: giudicato sulla non nullità

Nella specie

- La domanda nuova in appello (nuovo vizio) è inammissibile
- Viene però convertita in eccezione, ammissibile