



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO COMPARATO, PRIVATO, PROCESSUALE CIVILE
E DELL'IMPRESA – *CURRICULUM* DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

XXX CICLO

Tesi di dottorato di ricerca

**SI POSSONO CAMBIARE LA CARTE IN TAVOLA?
RIFLESSIONI SUI PROFILI PROCESSUALI DELL'ISTANZA
DI LIMITAZIONE DELLE RIVENDICAZIONI BREVETTUALI
EX ART. 79 C.P.I.**

(s.s.d. IUS/15)

Tutor:

Chia.ma Dott.ssa Titina Maria PEZZANI

Chia.ma Prof.ssa Francesca FERRARI

Coordinatrici del dottorato:

Chia.ma Prof.ssa Maria Teresa CARINCI

Chia.ma Prof.ssa Elena MERLIN

Chia.ma Prof.ssa Maria Francesca GHIRGA

Dottoranda:

Dott.ssa Francesca BOSSI

Matricola n. R11063

A.A. 2016/2017

Alla mia mamma

INDICE

	<i>pag.</i>
INTRODUZIONE.....	1

CAPITOLO I

LA LIMITAZIONE GIUDIZIALE DELLE RIVENDICAZIONI DI BREVETTO: PROFILI SOSTANZIALI

1.	La riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali <i>ex art.</i> 79, comma terzo, c.p.i.....	7
----	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

SEZIONE I

L'OGGETTO DEL BREVETTO, IL CONTENUTO DELLA DOMANDA DI BREVETTO E IL PROCEDIMENTO PER IL RILASCIO DEL TITOLO

2.	Il brevetto: oggetto e funzione.....	9
3.	I diversi tipi di brevetto.....	13
4.	Il contenuto della domanda di brevetto.....	17
4.1.	Il titolo e il riassunto.....	19
4.2.	La descrizione.....	20
4.3.	I disegni.....	23
4.4.	Le rivendicazioni.....	24
4.4.1.	<i>Segue:</i> l'evoluzione storica del ruolo delle rivendicazioni.....	27
5.	I requisiti per il rilascio del brevetto.....	32
6.	Il procedimento per la concessione del brevetto.....	39

SEZIONE II

LE MODIFICHE DELLA DOMANDA DI BREVETTO E DELL'OGGETTO DEL BREVETTO RILASCIATO

7.	Le modifiche alla domanda di brevetto nel corso del procedimento di brevettazione: ritiro, correzioni e integrazioni della domanda.....	43
8.	Le modifiche dell'oggetto del brevetto una volta concesso.....	48
8.1.	La rinuncia.....	48

INDICE

8.2.	La nullità parziale.....	51
8.3.	La riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali. I procedimenti di limitazione previsti dal c.p.i.....	58
8.3.1.	L'operazione di riformulazione delle rivendicazioni brevettuali.....	59
8.3.2.	La limitazione del brevetto dinanzi all'UIBM.....	63
8.3.3.	La limitazione del brevetto europeo.....	65
8.3.4.	La riformulazione delle rivendicazioni «in ogni stato e grado» del giudizio di nullità. La modifica dell'art. 79, comma terzo, c.p.i.: dal coordinamento tra limitazione amministrativa e giudizio di nullità alla previsione della limitazione giudiziale.....	70

CAPITOLO II

L'ALLEGAZIONE COME STRUMENTO PER INTRODURRE I FATTI NEL PROCESSO CIVILE: TRA (TENDENZIALE) MONOPOLIO DELLE PARTI E (LIMITATI) POTERI DI RILEVAZIONE DEL GIUDICE

1.	Scopo dell'indagine.....	79
----	--------------------------	----

SEZIONE I

L'ALLEGAZIONE: DEFINIZIONE, NATURA E FUNZIONE

2.	Premesse terminologiche: il duplice significato del vocabolo "allegare".....	82
3.	Premessa definitoria: l'allegazione come attività tipicamente postulatoria mediante la quale si introducono i fatti di causa nel processo civile.....	83
4.	Natura e funzione dell'allegazione: atto informativo/narrativo o normativo/imperativo?.....	88
4.1.	<i>Segue</i> : l'allegazione dei fatti come atto narrativo/informativo.....	90
4.1.	<i>Segue</i> : l'allegazione dei fatti come atto normativo/imperativo vincolante.....	92

SEZIONE II

L'ALLEGAZIONE: TRA DIRITTI/POTERI DELLE PARTI E POTERI/DOVERI DEL GIUDICE

5.	L'allegazione come atto di parte: rapporti con il principio dispositivo.....	97
----	---------------------------------------------------------------------------------	----

INDICE

6.	L'estensione del potere delle parti di vincolare il giudice rispetto agli <i>allegata partium</i> e i poteri del giudice di rilevare d'ufficio i fatti non allegati. Alcune precisazioni.....	107
6.1.	Premessa: il tema dei rapporti tra onere di allegazione e poteri di rilevazione <i>ex actis</i> del giudice non può ricevere una soluzione univoca, essendo una circostanza variabile in base al tipo di fatto preso in considerazione.....	109
7.	Il problema dell'introduzione dei fatti costitutivi. Le diverse teorie in merito alla definizione del fatto costitutivo e il ruolo (individualizzatore o meno) assunto dallo stesso nei diritti autodeterminati ed eterodeterminati.....	113
8.	Il problema dell'introduzione dei fatti estintivi, modificativi e impeditivi. La distinzione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato.....	125
8.1.	Il problema dell'introduzione dei fatti estintivi, modificativi e impeditivi fondanti eccezioni in senso stretto.....	129
8.2.	<i>Segue:</i> ... dei fatti estintivi, modificativi e impeditivi fondanti eccezioni in senso lato.....	132
9.	Il problema dell'introduzione dei fatti secondari.....	138
10.	Il problema dell'introduzione dei fatti notori.....	147
11.	Il problema dell'introduzione dei fatti solo processualmente rilevanti.....	152
12.	Il quasi-monopolio delle parti sulla fissazione dei fatti di causa. Le giustificazioni elaborate dalla dottrina per spiegare la signoria delle parti.....	154
13.	Condizionamento e subordinazione nell'allegazione dei fatti.....	161

CAPITOLO III

L'OGGETTO DEL GIUDIZIO

1.	Premessa.....	189
2.	L'oggetto del processo è costituito dalla situazione sostanziale ipotetica affermata con la domanda giudiziale: «ciò che la domanda individua diviene oggetto del processo».....	193

INDICE

SEZIONE I

LE TEORIE DELL'IDENTIFICAZIONE DELLE AZIONI E L'INDIVIDUALIZZAZIONE DEL DIRITTO DEDOTTO IN GIUDIZIO

3.	L'identificazione dell'azione sulla base dei tre elementi: <i>personae, petitum</i> e <i>causa petendi</i>	200
3.1.	I soggetti.....	202
3.2.	Gli elementi oggettivi.....	203
3.2.1.	<i>Segue: il petitum</i>	205
3.2.2.	<i>Segue: la causa petendi</i>	207
3.3.	<i>Petitum</i> e <i>causa petendi</i> nell'evoluzione normativa. L'interpretazione degli artt. 163 e 164 c.p.c.....	213
4.	L'individualizzazione della situazione sostanziale dedotta in giudizio con la domanda: la distinzione tra domande autoindividuate ed eteroindividuate.....	220

SEZIONE II

L'OGGETTO DEL PROCESSO NEI VARI TIPI DI AZIONE

5.	L'oggetto del processo nelle azioni di mero accertamento e di condanna.....	225
5.1.	<i>Segue: l'oggetto del processo nell'azione di accertamento negativo</i>	233
6.	L'oggetto del processo nell'azione costitutiva e nelle impugnative negoziali. La tesi che riconduce l'oggetto di dette azioni al diritto potestativo.....	241
6.1.	<i>Segue: le soluzioni alternative: l'oggetto del giudizio costitutivo si rinviene (i) nell'effetto giuridico perseguito dall'attore o (ii) nel rapporto giuridico su cui incide la modificazione giuridica richiesta</i>	249
6.2.	<i>Segue: l'oggetto del giudizio costitutivo si rinviene nell'azione in senso concreto rivolta nei confronti del giudice-Stato affinché venga prodotta una modificazione della preesistente realtà giuridica</i>	254

CAPITOLO IV

MUTATIO ED EMENDATIO LIBELLI

1.	Premessa.....	260
----	---------------	-----

INDICE

SEZIONE I

LA MODIFICA AMMISSIBILE E IL MUTAMENTO VIETATO DELLA DOMANDA GIUDIZIALE NELL'EVOLUZIONE NORMATIVA, DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE

2.	La disciplina della modifica della domanda giudiziale alla luce delle riforme del codice di rito.....	262
3.	L'attuale disciplina normativa delle modifiche della domanda giudiziale: l'art. 183 c.p.c. individua i casi in cui l'attore può proporre nuove ed ulteriori domande rispetto a quelle iniziali (che siano, però, conseguenza delle difese della controparte) e i casi in cui le parti possono «precisare» o «modificare» le domande proposte.....	264
4.	La precisazione della domanda consiste in un <i>quid minus</i> rispetto alla modifica della stessa; essa si sostanzia nel chiarimento, nella specificazione, circostanziazione o puntualizzazione delle difese già formulate.....	266
5.	<i>Emendatio</i> e <i>mutatio libelli</i> nella ricostruzione della dottrina e della giurisprudenza antecedente alla sentenza delle Sezioni Unite n. 12310 del 15 giugno 2015. Il <i>discrimen</i> tra i due istituti consiste nella variazione quantitativa degli elementi oggettivi di individualizzazione della situazione sostanziale dedotta in giudizio.....	271
6.	La sentenza delle Sezioni Unite n. 12310/2015 e i nuovi confini tra <i>emendatio</i> e <i>mutatio libelli</i> . L'abbandono dei criteri giurisprudenziali rigidi e la valorizzazione dell'identità della «vicenda sostanziale ed esistenziale». La modifica della domanda è ammissibile quando (i) la domanda modificata si sostituisce (e non si aggiunge) a quella <i>ab origine</i> proposta; (ii) vi è identità della «vicenda sostanziale ed esistenziale» dedotta in giudizio; (iii) sono rispettati i principi del giusto processo, del contraddittorio e il diritto di difesa della controparte.....	276
6.1.	Le domande modificate ammissibilmente non si aggiungono a quelle inizialmente proposte ma le sostituiscono e si pongono, rispetto a queste, in rapporto di alternatività. Inoltre, esse devono riguardare la «medesima vicenda sostanziale ed esistenziale» dedotta in giudizio con l'atto introduttivo o comunque essere a questa collegata.....	286
6.2.	La domanda modificata ammissibilmente secondo quanto previsto dalle Sezioni Unite è pur sempre la stessa domanda iniziale, emendata anche sensibilmente, oppure è una domanda nuova, diversa da quella originaria, ciononostante ammessa perché alternativa/sostitutiva e attinente alla medesima vicenda sostanziale ed esistenziale?.....	292
7.	Le deroghe al divieto di <i>mutatio libelli</i> previste dalla disciplina processuale: lo <i>ius variandi</i> di cui all'art. 183, comma quinto, c.p.c.....	299

INDICE

8.	<i>Segue</i> : ... dalla legge sostanziale. In particolare il passaggio dalla domanda di adempimento del contratto a quella di risoluzione <i>ex art.</i> 1453, comma secondo, c.c. Con la sentenza n. 8519/2014 le Sezioni Unite hanno ritenuto ammissibile la proposizione della nuova domanda di risarcimento del danno contestualmente alla modifica della domanda di adempimento in quella di inadempimento.....	303
----	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

SEZIONE II

MUTATIO ED EMENDATIO LIBELLI AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA

9.	Premessa.....	314
10.	Il passaggio dalla domanda di risarcimento del danno <i>ex art.</i> 1218 c.c. a quella di risarcimento del danno art. 2043 c.c.....	315
11.	... dalla domanda di risarcimento del danno patrimoniale a quella di risarcimento del danno non patrimoniale e la richiesta di ulteriori voci di danno.....	319
12.	... dalla domanda di adempimento del contratto a quella di ingiustificato arricchimento.....	323
13.	Le modifiche della domanda nei giudizi costitutivi. In particolare: la modifica del motivo di impugnazione del contratto e il passaggio da un'azione di impugnativa negoziale ad altra.....	331
14.	Il passaggio da una domanda costitutiva a una domanda di mero accertamento (o viceversa). Ancora sulla modifica della domanda di esecuzione specifica del contratto <i>ex art.</i> 2932 c.c. a quella di accertamento del diritto di proprietà su un bene.....	333

CAPITOLO V

LA LIMITAZIONE GIUDIZIALE DELLE RIVENDICAZIONI DI BREVETTO EX ART. 79, COMMA TERZO, C.P.I.: TRA ALLEGAZIONE DI UN FATTO NUOVO E MODIFICA DELLA DOMANDA DI NULLITÀ DEL BREVETTO

1.	Premessa.....	343
2.	L'applicabilità dell'art. 79 c.p.i. riformato ai processi pendenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 131/2010.....	344
3.	L'ambito di applicazione dell'art. 79, comma terzo, c.p.i.: «in un giudizio di nullità».....	348
4.	«In ogni stato» del giudizio di nullità del brevetto.....	351
5.	«E grado» del giudizio di nullità.....	358

INDICE

5.1.	<i>Segue</i> : la riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali nel giudizio di appello.....	359
5.2.	<i>Segue</i> : la riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali nel procedimento per cassazione.....	364
6.	La limitazione giudiziale delle rivendicazioni brevettuali e le preclusioni in materia di allegazione di fatti nuovi: <i>lex specialis derogat generali</i> . Alcuni rimedi per limitare gli effetti distorsivi derivanti dall'istituto di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i.....	366
7.	La limitazione giudiziale delle rivendicazioni del brevetto e gli effetti sull'oggetto del giudizio e sulla domanda di nullità. I termini del problema.....	374
8.	L'oggetto del giudizio di nullità del brevetto.....	375
9.	Le conseguenze derivanti dalla limitazione giudiziale delle rivendicazioni sull'oggetto del processo.....	376
10.	... e sulla domanda di nullità del brevetto. La cessazione della materia del contendere o la rinuncia della domanda iniziale.....	380
11.	Gli effetti dell'istituto della limitazione giudiziale delle rivendicazioni di brevetto sulla domanda di nullità non possono essere descritti in chiave di cumulo di domande condizionato o di continenza della domanda di nullità del brevetto limitato in quella di nullità del brevetto originario.....	383
12.	La domanda di nullità del brevetto limitato è una domanda diversa da quella originaria. <i>Mutatio o emendatio libelli?</i>	386
12.1.	Per escludere che si tratti di un mutamento vietato della domanda occorre che (i) la domanda modificata avente ad oggetto il brevetto limitato si sostituisca a quella avente ad oggetto il brevetto originario.....	389
12.2.	... (ii) siano rispettati i principii del contraddittorio e del giusto processo, nonché sia garantito il diritto di difesa delle parti.....	390
12.3.	... (iii) la vicenda sostanziale ed esistenziale rimanga la stessa o sia collegata a quella originaria.....	395
13.	Le conseguenze derivanti dalla ricostruzione del passaggio della domanda di nullità del brevetto originario alla domanda di nullità del brevetto limitato in chiave di mera <i>emendatio libelli</i>	397
	BIBLIOGRAFIA.....	401

INTRODUZIONE

Il presente studio muove dalla necessità di comprendere se l'istituto della limitazione giudiziale delle rivendicazioni brevettuali di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i. sia compatibile con il sistema processuale domestico e, in particolare, con quelle disposizioni normative che impongono la fissazione *in limine litis* del *thema decidendum* e del *thema probandum*, con ridotte possibilità per le parti di allegare nuovi fatti in corso di causa, di modificare le domande inizialmente proposte o di introdurne di nuove.

Ciò che vogliamo chiederci è se questa possibilità, *ex lege* prevista, di “cambiare le carte in tavola” nel corso del processo possa essere adeguatamente interpretata, e magari limitata, utilizzando a tal fine i principi del diritto processuale civile.

Senza anticipare più del necessario quanto verrà diffusamente trattato nel prosieguo di questo lavoro, e al solo fine di meglio comprendere quanto si è appena affermato, va osservato che con l'art. 79, comma terzo, c.p.i. – disposizione sensibilmente modificata dal decreto correttivo del codice della proprietà industriale (d.lgs. n. 131/2010) al fine di adeguare la normativa domestica a quella prevista da tempo a livello europeo – il nostro legislatore ha introdotto la facoltà, per il titolare del brevetto italiano o della frazione nazionale del brevetto europeo, di richiedere in corso di causa – e precisamente «in ogni stato e grado del giudizio di nullità» del brevetto – la riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni del proprio titolo, con alcuni limiti che attengono al fatto che l'attività emendativa deve rimanere entro il contenuto della domanda di brevetto come inizialmente depositata presso l'ufficio amministrativo (UIBM o EPO a seconda del titolo) e non deve estendere la protezione conferita al titolare dal brevetto concesso e poi limitato.

Il primo dubbio che sorge dalla lettura del novellato art. 79, comma terzo, c.p.i. attiene al fatto che, per espressa previsione normativa, la facoltà concessa al titolare della privativa può essere esercitata *in ogni stato e grado* del giudizio di nullità, e ciò sembra porsi in contrasto non solo

con le rigide barriere preclusive relative all'introduzione dei fatti nuovi nel giudizio di primo grado, ma anche con taluni principi del processo di impugnazione, tra cui il divieto di introdurre *nova* in appello, il principio del doppio grado di giurisdizione e il generale divieto per la Corte di Cassazione di decidere nel merito la controversia, fatti salvi i casi eccezionali di cui all'art. 384, secondo comma, c.p.c.

Tuttavia, approfondendo *funditus* la materia, ci si rende conto del fatto che, da un punto di vista prettamente processuale, le maggiori perplessità derivanti dalla possibilità, concessa al titolare del brevetto dall'art. 79, comma terzo, c.p.i., di modificare le rivendicazioni brevettuali in corso di causa non attengono alla compatibilità o meno dell'istituto in questione con il sistema delle preclusioni e con i noti principi che regolano il processo di impugnazione.

La questione processuale più rilevante – che a nostro sommo giudizio merita una più attenta analisi anche alla luce del silenzio riservato sul punto dalla giurisprudenza e dalla dottrina – è un'altra e consiste nel fatto che, a seguito della limitazione giudiziale delle rivendicazioni brevettuali *ex art. 79, comma terzo, c.p.i.*, la domanda di nullità del brevetto, proposta in via principale o in via riconvenzionale, potrebbe subire una modifica. Ciò in quanto, attraverso la riformulazione delle rivendicazioni in corso di causa, il brevetto, che costituisce l'oggetto del processo e il *petitum* mediato della domanda di nullità, viene modificato, con la conseguenza che la domanda di nullità inizialmente proposta non avrebbe più ad oggetto il brevetto originario, bensì un altro titolo, vale a dire il brevetto limitato.

In realtà la questione è ben più complessa di quanto qui sinteticamente osservato e non può certamente essere illustrata in poche righe, essendo al contrario necessaria un'indagine approfondita. Tuttavia, sia qui sufficiente rilevare che se la premessa da cui siamo partiti fosse esatta, vale a dire se a seguito della riformulazione giudiziale delle rivendicazioni di brevetto la domanda di nullità venisse conseguentemente modificata, allora si verrebbe certamente a determinare un'inosservanza delle disposizioni normative in materia di modifica della domanda giudiziale, che –

giova anticiparlo sin d'ora – non trova alcun fondamento normativo né nell'art. 79 c.p.i. novellato, né in altra disposizione speciale o generale.

La nostra indagine dovrà avvenire per gradi. Metaforicamente parlando dovremo approcciarci allo studio della materia come se fossimo un alpinista – magari non troppo esperto – che si appresta a scalare una montagna ignota, senza che altri scalatori prima di lui abbiano tentato l'impresa. Per prepararci alla scalata dovremo predisporre tutto l'equipaggiamento necessario, vale a dire quel bagaglio di nozioni sostanziali e processuali, concetti normativi, giurisprudenziali e dottrinali, distinzioni teoriche e pratiche che fungeranno da *fil rouge* di tutta la nostra ricerca.

Innanzitutto dovremmo analizzare alcuni temi di diritto sostanziale, il che potrebbe a tratti apparire un'esposizione manualistica, ma che al contrario risulterà fondamentale per la comprensione complessiva del lavoro. Occorrerà quindi aver ben chiara la struttura del sistema brevettuale italiano e, in particolare, cos'è il brevetto per invenzione, qual è il suo oggetto, come si svolge il procedimento amministrativo di concessione del titolo e quali sono i requisiti per il rilascio dello stesso. È altresì necessario chiarire in cosa consista la domanda di brevetto e quali sono i suoi elementi, focalizzando l'attenzione sulle rivendicazioni brevettuali e sul loro ruolo nell'individuazione del diritto di privativa. Sarà poi necessario studiare le disposizioni normative che regolano il titolo una volta concesso, comprese quelle inerenti le vicende modificative ed estintive del diritto, con specifico riguardo, appunto, alla limitazione (amministrativa o giudiziale) delle rivendicazioni brevettuali. Ma se ci limitassimo a ciò non potremmo addivenire ad alcuna conclusione; sarà invece necessario adottare il cesello del processualcivilista e, con lo strumento in questione, affrontare in via preliminare la formazione del *thema decidendum*.

Dovremo quindi studiare il tema dell'allegazione dei fatti nel processo civile, analizzando la funzione e la natura di tale istituto, nonché i rapporti intercorrenti tra le parti e il giudice per quanto concerne quali fatti lo stesso può (o deve) prendere in considerazione ai fini della decisione e secondo quale *ordo procedendi*. Siffatto studio sarà necessario per comprendere, da un lato, se effettivamente la riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni determini l'introduzione in giudizio di un

fatto nuovo e, dall'altro lato, quali siano, in ipotesi, le conseguenze derivanti da tale attività. Inoltre, essendo l'allegazione uno degli strumenti mediante il quale i fatti "entrano" nel processo, andando così a formare il *thema decidendum*, tutto ciò costituirà la base per poter affrontare, con maggior consapevolezza, il tema dell'oggetto del processo civile di cognizione. Pur consapevoli del fatto che a tale ultimo argomento, nonché a quello connesso dei limiti oggettivi del giudicato, sono stati dedicati ampi ed esaurienti studi da parte della dottrina processualciviltistica più autorevole, tuttavia la ricostruzione del tema risulterà ai nostri fini necessaria allo scopo di porre le basi concettuali per affrontare la questione della modifica della domanda, cui sarà dedicato il quarto capitolo di questo lavoro. In tale sede analizzeremo, sulla base dell'evoluzione normativa, dottrinale e soprattutto giurisprudenziale, la differenza tra modifica ammissibile della domanda giudiziale e mutamento vietato della stessa, avendo ben chiaro sin d'ora che la questione è stata recentemente sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno interpretato in senso innovativo l'art. 183 c.p.c., ridisegnando i confini – talvolta non facilmente distinguibili nella prassi – tra *mutatio* ed *emendatio libelli*.

Dopo aver preparato tutta la "attrezzatura" necessaria, potremo finalmente "scalare la montagna", applicando le conclusioni, cui saremo raggiunti nei primi quattro capitoli di questo lavoro, al caso concreto della riformulazione giudiziale delle rivendicazioni di brevetto di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i., cercando così di fornire una risposta agli interrogativi che abbiamo posto all'inizio del nostro studio.

Prima di procedere nel programma brevemente delineato giova precisare che non sarà sufficiente focalizzare la nostra attenzione sulla disciplina domestica, ma occorrerà aver ben chiara anche la normativa prevista dal diritto europeo e dai trattati internazionali. Non va infatti dimenticato che, nel corso degli anni, la materia della proprietà intellettuale è stata oggetto, nei vari Stati membri dell'Unione Europea, di un procedimento di armonizzazione con la disciplina sovranazionale. Segno evidente di tale processo di armonizzazione è proprio l'istituto della limita-

zione giudiziale delle rivendicazioni brevettuali, introdotto dal nostro legislatore in attuazione del disposto dell'art. 138 della Convenzione di Monaco del 1973 sul brevetto europeo (CBE), così come riformato dalla convenzione nota come EPC (*European Patent Convention*) 2000.

CAPITOLO I

LA LIMITAZIONE GIUDIZIALE DELLE RIVENDICAZIONI DI BREVETTO: PROFILI SOSTANZIALI

SOMMARIO: 1. La riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali *ex art. 79*, comma terzo, c.p.i. – SEZ. I. L’OGGETTO DEL BREVETTO, IL CONTENUTO DELLA DOMANDA DI BREVETTO E IL PROCEDIMENTO PER IL RILASCIO DEL TITOLO. – 2. Il brevetto: oggetto e funzione. – 3. I diversi tipi di brevetto. – 4. Il contenuto della domanda di brevetto. – 4.1. Il titolo e il riassunto. – 4.2. La descrizione. – 4.3. I disegni. – 4.4. Le rivendicazioni. – 4.4.1. *Segue*: l’evoluzione storica del ruolo delle rivendicazioni. – 5. I requisiti per il rilascio del brevetto. – 6. Il procedimento per la concessione del brevetto. – SEZ. II. LE MODIFICHE DELLA DOMANDA DI BREVETTO E DELL’OGGETTO DEL BREVETTO RILASCIATO. – 7. Le modifiche alla domanda di brevetto nel corso del procedimento di brevettazione: ritiro, correzioni e integrazioni della domanda. – 8. Le modifiche dell’oggetto del brevetto una volta concesso. – 8.1. La rinuncia. – 8.2. La nullità parziale. – 8.3. La riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali. I procedimenti di limitazione previsti dal c.p.i. – 8.3.1. L’operazione di riformulazione delle rivendicazioni brevettuali – 8.3.2. La limitazione del brevetto dinanzi all’UIBM. – 8.3.3. La limitazione del brevetto europeo. 8.3.4. La riformulazione delle rivendicazioni «in ogni stato e grado» del giudizio di nullità. La modifica dell’art. 79, comma terzo, c.p.i.: dal coordinamento tra limitazione amministrativa e giudizio di nullità alla previsione della limitazione giudiziale delle rivendicazioni «in ogni stato e grado».

1. La riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali ex art. 79, comma terzo, c.p.i.

Con il decreto correttivo del codice della proprietà industriale (d.lgs. n. 131 del 13 agosto 2010) ⁽¹⁾, il legislatore italiano ha radical-

¹ Il decreto correttivo del codice della proprietà industriale, approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 luglio 2010, ha corretto alcuni refusi e modificato la disciplina sostanziale e processuale del c.p.i. In generale, sul d.lgs. n. 131 del 13 agosto 2010, cfr. fra i tanti: BOTTERO (a cura di), *La riforma del codice della proprietà industriale*, Milano, 2011; C. GALLI (a cura di), *Codice della proprietà industriale, la riforma del 2010*, Milano, 2011; ID., *La revisione del codice della proprietà industriale: da un’impostazione “proprietaria” a un approccio market oriented*, in *Corr. Giur.*, 2, 2011, p. 277; CARTELLA, *Brevi note in merito ai profili processuali del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131*, in *Riv. dir. ind.*, 6, 2011, p. 255; FLORIDIA, *Il decreto correttivo al codice della proprietà industriale: una riforma necessaria*, in *Dir. ind.*, 2010, 5, p. 406, secondo il quale il risultato conseguito mediante la modifica del c.p.i. suscita compiacimento perché «pone l’Italia all’avanguardia nell’ambito di una legislazione universalmente considerata strategica per

mente modificato il terzo comma dell'art. 79 c.p.i., introducendo nel nostro ordinamento l'istituto della limitazione giudiziale delle rivendicazioni di un brevetto italiano o della frazione italiana di un brevetto europeo, uniformando così la disciplina domestica con quella da tempo prevista a livello europeo ⁽²⁾.

In particolare, il novellato terzo comma dell'art. 79 c.p.i. così recita: «in un giudizio di nullità, il titolare del brevetto ha facoltà di sottoporre al giudice, in ogni stato e grado del giudizio, una riformulazione delle rivendicazioni che rimanga entro i limiti del contenuto della domanda di brevetto, quale inizialmente depositata e non estenda la protezione conferita dal brevetto concesso».

Al fine di meglio comprendere la portata innovativa – e in una certa qual misura problematica – dell'istituto in questione occorre dapprima comprendere cosa sia un brevetto per invenzione, quale sia il suo oggetto e il contenuto della domanda per il rilascio del titolo, in cosa consista il procedimento amministrativo volto alla concessione del brevetto e quali siano le vicende che possono interessare il titolo, sia in fase di rilascio, sia successivamente alla sua concessione.

lo sviluppo dell'economia». Con riferimento alle innovazioni processuali apportate dal decreto correttivo cfr. per tutti F. FERRARI, *Il D. Lgs. n. 131/2010 e le norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, I, 1, pp. 5 ss.; ID., *La recente riforma delle norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 6, pp. 1473 ss. In argomento v. anche F. FERRARI, *Il sequestro dell'anima. Natura e funzione del sequestro in materia di proprietà intellettuale*, Torino, 2016, pp. 9 ss.

² Il riferimento è all'art. 138 della Convenzione sul brevetto europeo, siglata a Monaco di Baviera il 5 ottobre 1973 (meglio nota con l'acronimo CBE). In particolare, il terzo comma dell'art. 138 CBE – così come risultante dalla revisione della CBE operata dall'*European Patent Convention* del 20-29 novembre 2000 (c.d. EPC 2000) – dispone che «nelle procedure concernenti la validità del brevetto europeo dinanzi al tribunale o all'autorità competente, il titolare del brevetto è autorizzato a limitare il brevetto modificando le rivendicazioni. Il brevetto in tale testo modificato funge da base per la procedura». Per un approfondimento del tema cfr. OTTOLIA, sub art. 138 *Convenzione sul brevetto europeo*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., Padova, 2016, pp. 1440 ss. Sui precedenti e sulla storia dell'art. 138 CBE cfr. CASSINELLI, sub art. 138 *Convenzione sul brevetto europeo*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, V ed., Padova, 2012, pp. 1307 ss. In argomento si rinvia anche al paragrafo 8.3.3. di questo capitolo.

SEZ. I. *L'OGGETTO DEL BREVETTO, IL CONTENUTO DELLA DOMANDA DI BREVETTO E IL PROCEDIMENTO PER IL RILASCIO DEL TITOLO*

2. *Il brevetto: oggetto e funzione*

La disciplina del brevetto si rinviene principalmente nel codice della proprietà industriale (d.lgs. n. 30 del 10 febbraio 2005) ⁽³⁾. Attraverso il c.p.i., il legislatore ha disposto un riassetto delle leggi vigenti in materia di proprietà industriale, escludendo volutamente ⁽⁴⁾ da tale opera

³ Il d.lgs. n. 30 del 10 febbraio 2005, emanato in attuazione dell'art. 15 della legge delega n. 273 del 12 dicembre 2002, ha abrogato 39 leggi precedenti (tra cui il r.d. 29 giugno 1939, n. 1127 e il r.d. 5 febbraio 1940, n. 244, contenenti le disposizioni in materia di brevetti per invenzioni industriali; il r.d. 25 agosto 1940, n. 1411 e il r.d. 31 ottobre 1941, n. 1354, contenenti le disposizioni in materia di brevetti per modelli industriali; il r.d. 21 giugno 1942, n. 929 e il d.p.r. 8 maggio 1948, n. 795, contenenti le disposizioni in materia di marchi registrati) ed ha uniformato la disciplina in materia di proprietà industriale. Il d.lgs. n. 30/2005 è stato definito "Codice della proprietà industriale" anziché "Testo Unico" nonostante lo stesso abbia un contenuto che, per quanto attiene alle norme di natura precettiva, non si discosta molto dalle leggi precedenti (MANSANI, *Le disposizioni in materia di marchi nella bozza di codice dei diritti della proprietà industriale*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà intellettuale*, Quaderni di AIDA n. 11, Milano, 2004, p. 69; TAVASSI, *Il progetto di codice della proprietà industriale. Profili processuali*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, Quaderni di Aida n. 11, cit., pp. 165 ss.; TESTA, *Le norme processuali: perplessità e problemi*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, Quaderni di Aida n. 11, cit., pp. 179 ss. SCUFFI, FRANZOSI, FITTANTE, *Codice della proprietà industriale*, Padova, 2005, p. 2; FLORIDIA, in AA.VV., *Diritto industriale-proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2012, pp. 57 ss.). La scelta di tale denominazione è stata rinvenuta nella volontà del legislatore di unificare, sotto il profilo dogmatico, diversi istituti, mediante la riconduzione degli stessi alla categoria della proprietà (A. VANZETTI, *Legislazione e diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, pp. 10 ss.; FLORIDIA, *Il Codice della proprietà industriale: disposizioni generali e principi fondamentali*, in *Dir. ind.*, 2005, 1, pp. 12-13). Sulle norme processuali del c.p.i. v. per tutti F FERRARI, *Le norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 277 ss.; ID., *Note a prima lettura sulle norme processuali contenute nel codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, 4-5, pp. 339 ss.; CASABURI, *Il processo industrialistico rinnovato – Dal codice della proprietà industriale al d.lgs. n. 140 del 2006*, in *Giur. mer.*, 2007, pp. 938 ss.; TAVASSI, *Aspetti processuali del codice della proprietà industriale*, in *Dir. e pratica società*, 2007, 10, pp. 39 ss.

⁴ Le ragioni di tale scelta si rinvengono alle pp. 15 e 16 della Relazione Ministeriale illustrativa del testo del "codice della proprietà industriale" (pubblicata al seguente link http://www.ubertazzi.it/wp-content/uploads/materiali_nuovo_codice_ip_bozza1relazione.pdf) ove si legge che «questa esclusione è giustificata unicamente da ragioni inerenti alla ripartizione delle competenze ministeriali, essendo il diritto di autore compreso nelle attribuzioni del Ministero dei Beni Culturali ed essendo, per contro, tutti i rimanenti istituti facenti parte dell'universo della proprietà immateriale ricompresi nelle attribuzioni del Ministero delle Attività Produttive». L'esclusione operata dal legislatore del c.p.i. è stata criticata da una parte della dottrina in quanto ritenuta non in linea con la progressiva espansione della nozione di proprietà intellettuale nelle

di codificazione la materia del diritto d'autore, oggi disciplinata dalla legge n. 633 del 22 aprile 1941 e dagli artt. 2575 ss. c.c. (5).

fonti sovranazionali (cfr. l'art. 1, comma secondo, della Convenzione istitutiva dell'Unione internazionale per la protezione della proprietà intellettuale (CUP), stipulata a Parigi il 20 marzo 1883; l'art. 1 *TRIPs* (*The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), trattato internazionale promosso dall'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) al fine di fissare lo *standard* per la tutela della proprietà intellettuale ufficializzato alla fine dell'incontro avvenuta a Marrakech nel 1994 al termine del negoziato *Uruguay Round*; gli artt. 2 viii) e 3 i) della Convenzione di Stoccolma del 14 luglio 1967, istitutiva della *WIPO*; l'art. II.1 del Trattato di Marrakech istitutivo del *WTO*) e con l'esigenza, largamente condivisa, di ricondurre a sistema tutta la materia (cfr., fra i tanti, A. VANZETTI, sub *art. 1 c.p.i.*, in A. VANZETTI (a cura di) *Codice della proprietà industriale*, Milano, 2013, p. 3, il quale rileva che l'Amministrazione dello Stato «neppure è stata capace di affidare ad una sola Commissione Ministeriale i temi analoghi e strettamente connessi della proprietà industriale e del *copyright*, e quindi di produrre un'unica legge»; ID., *Legislazione e diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, I, p. 6; FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, Milano, 2006, p. 46; ID., *Il Codice della proprietà industriale: disposizioni generali e principi fondamentali*, cit., 2005, p. 14; L.C. UBERTAZZI, *Osservazioni preliminari sul codice della proprietà industriale*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà intellettuale*, cit., p. 13; DI CATALDO, *Primo intervento: su questioni generali*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà intellettuale*, cit., p. 196).

⁵ Va precisato che le espressioni “proprietà industriale” e “proprietà intellettuale”, anche se talvolta utilizzate come sinonimi, debbono essere tenute distinte, in quanto l'una (la proprietà intellettuale) “contiene” l'altra (la proprietà industriale). In particolare con la locuzione “proprietà industriale” si vuole indicare quell'insieme di istituti giuridici che regolano la tutela delle creazioni industriali a contenuto tecnologico (tutela del brevetto per invenzione, del modello di utilità, del *design* ecc.) e la tutela dei segni distintivi dell'impresa (ditta, insegna, marchio), mentre la “proprietà intellettuale” ha un significato più ampio in quanto comprende sia i diritti di proprietà industriale in senso stretto, sia il diritto d'autore ed i diritti connessi (per un approfondimento del tema cfr. A. VANZETTI, sub *art. 1 c.p.i.*, in *Codice della proprietà industriale*, cit., p. 7. Sulle ragioni, principalmente storiche, della separazione tra diritto industriale e diritto d'autore v. R. ROMANO-SPADA, *Parte generale*, in AA.VV., *Diritto industriale-proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2016, pp. 4 ss. Sulla genesi storica delle categorie proprietà industriale e proprietà intellettuale cfr. A. VANZETTI, *Funzione e natura giuridica del marchio*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, pp. 52 ss.; R. ROMANO-SPADA, *op. loc. ult. cit.*; SPADA, *Il paradigma proprietario e la protezione giuridica dell'innovazione e della nomenclatura commerciale*, in *Dir. ind.*, 2007, pp. 269 ss.).

La distinzione tra le due discipline non è stata univoca. Nella voce “*Proprietà industriale*”, pubblicata nel *Digesto Italiano* tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, il diritto della proprietà industriale era stato distinto dal diritto d'autore, oggetto di un'autonoma voce enciclopedica, e tale distinzione era rinvenibile anche nella CUP del 1883, il cui art. 1, 2) indicava, quale “*objet*” della “*propriété industrielle*”, il diritto dei segni distintivi, quello delle invenzioni e dei modelli, nonché la concorrenza. Al contrario, nella voce “*Diritto industriale*” pubblicata nel *Nuovo Digesto Italiano* alla fine degli anni Trenta del secolo scorso, la materia del diritto industriale privato aveva acquisito quella del diritto d'autore. Le ragioni che hanno determinato l'accostamento delle due discipline sono state rinvenute nello sviluppo della teoria dei beni immateriali, il cui maggior interprete fu Josef Kohler (KÖHLER, *Urhberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, 1907; ID., *Deutsches Patentrecht*, Mannheim, 1878, opere citate da R. ROMANO-SPADA, *Parte generale*, in AA.VV., *Diritto industriale-proprietà intellettuale e con-*

Per quanto qui ci interessa l'art. 1 c.p.i. elenca i diritti di proprietà industriale ⁽⁶⁾, che sono: i marchi e gli altri segni distintivi (ditta, insegna), le indicazioni geografiche, le denominazioni di origine, i disegni e i modelli, le invenzioni, i modelli di utilità, le topografie dei prodotti a semiconduttori, le informazioni aziendali riservate (c.d. *know how*) e le nuove varietà vegetali.

Spesso, per metonimia, la parola brevetto è utilizzata per indicare l'invenzione, ossia l'idea di soluzione di un problema tecnico suscettibile di applicazione industriale ⁽⁷⁾, o ancora per designare la privativa che scaturisce dal brevetto, che consiste nella facoltà esclusiva, concessa al titolare, di attuare l'invenzione e di trarne profitto entro i limiti, territoriali e temporali ⁽⁸⁾, previsti dalla legge. In realtà, il brevetto consiste in un atto

correnza, cit., pp. 7 e 59). Quest'ultimo aveva proposto di concettualizzare l'esperienza normativa, presentando come bene immateriale l'invenzione o l'opera (il *corpus mysticum*), distinto dal bene materiale (il *corpus mechanicum*, ad esempio un libro, un dispositivo ecc.) che rende accessibile al pubblico l'opera o l'invenzione. Il pensare alle opere e alle invenzioni in chiave di beni, anche se immateriali, ha portato dunque gli studiosi ad accostare le materie della proprietà industriale e del diritto d'autore, sulla base dell'assunto che l'interesse dell'inventore, così come quello dell'autore, è tutelato mediante la tecnica giuridica della privativa, fortemente simile alla tecnica giuridica dell'interesse individuale all'appropriazione delle cose, ossia la proprietà. Sul punto cfr. R. ROMANO-SPADA, *Parte generale*, in AA.VV., *Diritto industriale-proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 7, i quali rilevano che entrambe le tecniche giuridiche di tutela esibiscono un diritto soggettivo assoluto e reale. Gli Autori aggiungono che, dal punto di vista della morfologia giuridica, la privativa consiste in «una situazione soggettiva assoluta (cioè azionabile *erga omnes*) e reale, di un diritto soggettivo assoluto e reale» (p. 24).

⁶ Va precisato che quando nel c.p.i. si parla di "diritti della proprietà industriale" ci si riferisce sia ai diritti titolati, ossia quelli fondati su un titolo (brevetto o attestato di registrazione del marchio), sia a quelli non titolati, ossia i segni distintivi diversi dal marchio registrato, le informazioni aziendali riservate, le indicazioni geografiche e le denominazioni d'origine. In questo senso A. VANZETTI, *I segni distintivi non registrati nel progetto di "codice"*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, I, p. 99. Sulla distinzione tra diritti titolati e non titolati cfr. DI CATALDO, *Il nuovo codice della proprietà industriale*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 566; A. VANZETTI, *loc. ult. cit.*; ID., *Il Codice della proprietà industriale: disposizioni generali*, cit., pp. 13-14; ID., in AA.VV., *Diritto industriale – proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 58; SCUFFI, FRANZOSI, FITTANTE, *Codice della proprietà industriale*, Padova, 2005, p. 53.

⁷ FRANZOSI, *Definizione di invenzione brevettabile*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, 1, pp. 18 ss.

⁸ Il brevetto italiano ha una durata di venti anni decorrenti dal deposito della domanda, non prolungabile né rinnovabile. Per le nuove varietà vegetali sono disposti due termini, rispettivamente di quindici e trenta anni; per le topografie di semiconduttori il termine è di dieci anni. Tale periodo di durata dell'esclusiva brevettuale dovrebbe tener conto del tempo normalmente necessario per remunerare l'investimento di lavoro e di capitali nella ricerca applicata all'innovazione conseguita e, quindi, deve essere sufficiente a non disincentivare lo sviluppo tecnologico. In alcuni settori, ad esempio quello farmaceutico, accade che tra la data del deposito della

amministrativo, in un titolo giuridico con efficacia costitutiva, che conferisce protezione all'invenzione e in virtù del quale la privativa è costituita.

Ciò chiarito, va a questo punto specificato qual è l'oggetto del brevetto. Il primo comma dell'art. 45 c.p.i. dispone che possono essere brevettate le invenzioni, di ogni settore della tecnica⁹), che sono nuove, implicano un'attività inventiva e sono atte ad avere un'applicazione industriale¹⁰). Al contrario, non possono costituire oggetto di invenzione le scoperte, le teorie scientifiche e i metodi matematici, i piani, i principi e i metodi per attività intellettuali, per gioco o per attività commerciale e i programmi di elaboratore, nonché le presentazioni di informazioni (art. 45, comma terzo, c.p.i.). Inoltre, il quarto comma dell'art. 45 c.p.i. stabilisce che non possono costituire oggetto di brevetto i metodi per il trattamento chirurgico o terapeutico del corpo umano o animale e i metodi di diagnosi applicati al corpo umano o animale, le varietà vegetali e le razze animali e i procedimenti biologici di produzioni di animali o vegetali¹¹).

Quanto alle funzioni del brevetto, esse sono tipicamente due: da un lato, quella di rendere nota alla collettività l'esistenza di una certa invenzione, consentendo così l'acquisizione dell'invenzione medesima al pa-

domanda e quello dell'effettiva messa in commercio del prodotto brevettato passino diversi mesi (o addirittura anni). Per evitare che i tempi richiesti per lo svolgimento delle attività necessarie per il rilascio di autorizzazioni amministrative per la vendita erodano il termine di durata del brevetto, la legge 19 ottobre 1991, n. 343 ha previsto il rilascio di un certificato complementare di protezione (CCP) per i brevetti farmaceutici. Al fine di armonizzare le discipline in materia vigenti nei vari Stati membri, con il Reg. n. 1768 del 18 giugno 1992 (poi sostituito da Reg. n. 469/09/CE del 6 maggio 2009) è stato istituito il certificato protettivo complementare (CPC) per i medicinali. Inoltre, con il Reg. 1610/2006/CE del 23 luglio 2006 è stato istituito il certificato complementare per i fitosanitari.

⁹ L'espressione «di ogni settore della tecnica» è stata introdotta nell'art. 45 c.p.i. con l'entrata in vigore del decreto correttivo del 2010. Per tale modifica il legislatore si è ispirato all'art. 27 *TRIPS*, che testualmente parla di «*all fields of technology*». Si è ritenuto che la precisazione in questione sia coerente con l'interpretazione restrittiva che viene data al divieto di brevettazione di cui al secondo comma dell'art. 45 c.p.i., e può essere invocata per sostenere la brevettabilità di nuove invenzioni come le “*computer implemented invention*” (così BERGIA, sub art. 45 c.p.i., in A. VANZETTI (a cura di), *Codice della proprietà industriale*, cit., p. 633).

¹⁰ Sui requisiti necessari per il rilascio del brevetto si rinvia al paragrafo 5 di questo capitolo.

¹¹ Per A. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., p. 389, l'elenco contenuto nell'art. 45 c.p.i. deve considerarsi tassativo.

trimonio collettivo; dall'altro lato, quella di definire i confini dell'esclusiva derivante da una determinata privativa, che i terzi concorrenti devono rispettare per non incorrere in contraffazione ⁽¹²⁾.

3. *I diversi tipi di brevetto*

Prima di passare all'esame del contenuto della domanda di brevetto, e in particolar modo del suo principale allegato, costituito dalle rivendicazioni, occorre precisare che il diritto della proprietà industriale è governato dal principio di territorialità. Ciò significa che il brevetto concesso in uno Stato ha validità e può essere azionato solo in quello Stato. In altri termini, il titolare di un brevetto rilasciato dall'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi italiano (UIBM) potrà, in regime di esclusiva, produrre, commercializzare, vendere il prodotto brevettato o realizzare un bene mediante un procedimento protetto con tale brevetto solo in Italia, non potendo invece impedire a terzi di sfruttare l'invenzione brevettata al di fuori de territorio ove il titolo è stato concesso. Pertanto, se un inventore volesse sfruttare l'invenzione in più Stati dovrebbe richiedere il rilascio del titolo giuridico presso ogni Ufficio brevetti nazionale. Per esempio, se l'inventore di un determinato farmaco volesse commercializzare il proprio prodotto in Italia, Francia, Cina e Stati Uniti dovrebbe chiedere il rilascio del brevetto di prodotto in ciascun dei menzionati Stati, depositando apposita domanda presso gli Uffici nazionali brevettuali di ogni Stato di interesse. Questa soluzione, oltre che costosa, è certamente poco agevole, soprattutto alla luce del fatto che, per non distruggere la novità del brevetto, i depositi in più Stati dovrebbero avvenire contemporaneamente ⁽¹³⁾.

¹² Per SENA, *Contenuto della domanda ed oggetto del brevetto*, in AA.VV. *Studi in onore di Remo Franceschelli*, Milano, 1983, p. 6, nota 11, la funzione del brevetto si compendia «da un lato, nella divulgazione dell'invenzione e nell'apporto al patrimonio comune dei risultati della ricerca, dall'altro, nella costituzione del diritto di esclusiva. E come questi due momenti siano tradizionalmente considerati come i termini sinallagmatici di una sorta di contratto sociale tra inventore e collettività». Sul punto cfr. anche A. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., p. 376.

¹³ Va infatti anticipato che tra i requisiti per la concessione di un brevetto vi è quello della novità dell'invenzione (sul punto si rinvia al paragrafo 5 di questo capitolo). Per superare questo ostacolo, vale a dire l'onere di depositare contestualmente le domande di brevetto presso più Uffici

Al fine di garantire una protezione efficace delle invenzioni e dei titolari delle stesse al di fuori del paese di origine, anche alla luce della crescente transnazionalità della materia della proprietà industriale agevolata dallo sviluppo di un mercato globale, a partire dagli anni settanta sono stati conclusi diversi trattati bilaterali e multilaterali. A questo proposito, giova ricordare, in particolare, la Convenzione di Monaco sul brevetto unitario (CBE) del 1973, largamente riformata nel 2000⁽¹⁴⁾, che ha istituito il brevetto europeo, che viene concesso da un'autorità centrale, l'EPO⁽¹⁵⁾, con sede a Monaco di Baviera sulla base di un procedimento unitario per tutti i paesi aderenti⁽¹⁶⁾. Il brevetto europeo, tuttavia, non è

nazionali, è stata introdotta la regola della priorità dalla Convenzione istitutiva dell'Unione internazionale per la protezione della proprietà intellettuale (CUP), siglata a Parigi nel 1883, per cui chi deposita una domanda di brevetto in uno Stato aderente alla Unione Europea può, entro un anno dal deposito, presentare in ciascuno degli altri Stati membri una domanda di brevetto per la medesima invenzione, senza che la stessa sia rigettata per difetto di novità. In argomento v. per tutti M. AMMENDOLA, *Priorità unionista, priorità interna e brevettazione del non avente diritto*, in AA.VV., *Studi in onore di Remo Franceschelli*, cit., pp. 243 ss.

¹⁴ Il testo originario della CBE, attuato in Italia con il d.p.r. 8 gennaio 1979, n. 32, è stato approvato a Monaco nella conferenza diplomatica del 10 settembre/5 ottobre 1973, successivamente modificato da due conferenze diplomatiche tenutesi sempre a Monaco, la prima nel dicembre 1991 e la seconda nel novembre 2000. In argomento cfr. ROVATI, *Introduzione alla CBE*, L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., cit., pp. 1359 ss. Il c.d. EPC 2000, entrato in vigore il 13 dicembre 2007 e che l'Italia ha ratificato *in extremis* il 6 dicembre dello stesso anno, evitando così il rischio di incorrere nella sanzione prevista dall'art. 172, comma quarto, EPC 2000, ha introdotto importanti novità volte a semplificare l'accesso alla tutela brevettuale e a rendere le procedure dinanzi all'EPO più agevoli. Al riguardo v. la dichiarazione del Presidente dell'EPO Alison Brimelow: «*The new convention is a further milestone in international patent law in Europe. It simplifies access applicants and patent proprietors, while maintaining the Office's reliable structures and high quality standards*» (www.epo.org/about-us/press/releases/archive/2007/20071213.html); PEDERZINI, *Il punto sulla ratifica da parte dell'Italia dell'EPC 2000*, in *Notiziario dell'Ordine dei Consulenti in Proprietà Industriale*, dicembre 2007, pp. I ss. Su EPC 2000 v. PALLINI, *EPC 2000: una breve guida ai cambiamenti*, in *Notiziario dell'Ordine dei Consulenti in Proprietà Industriale*, giugno 2007, pp. 13 ss.; FRASSI-GIUDICI, *EPC 2000: una prima lettura*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, 6, pp. 205 ss.; BOSOTTI-MAURO-MODIANO, *EPC 2000 alcuni interessanti commenti*, in *Notiziario dell'Ordine dei Consulenti in Proprietà Industriale*, maggio 2008, pp. 18 ss. In generale sul tema v. anche SANDRINI, *La convenzione di Monaco sul brevetto europeo e i suoi rapporti con il 'pacchetto brevetti'*, in HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Quaderni di Aida n. 24, Torino, 2014, pp. 49 ss.

¹⁵ Noto anche come UEB (Ufficio Europeo Brevetti) o UBE (Ufficio Brevetti Europeo).

¹⁶ In sintesi, il procedimento di rilascio del brevetto europeo ha inizio con il deposito della domanda presso l'EPO o presso le amministrazioni nazionali competenti (per l'Italia, l'UIBM) che, a loro volta, la trasmettono all'Ufficio europeo. Al deposito segue un esame formale condotto dalla sezione depositi, superato il quale si procede ad un esame sul merito effettuato dalle

un titolo “unitario” disciplinato uniformemente in tutti gli Stati contraenti la CBE, e non ha efficacia diretta in tutti gli Stati membri dell’Unione Europea ma solo in quelli espressamente indicati dal titolare del brevetto in sede di deposito della domanda per il rilascio del titolo di privativa industriale. Per tale ragione si è soliti affermare che il brevetto europeo costituisce un fascio di brevetti nazionali, disciplinato uniformemente dalla CBE in tutti gli Stati contraenti solo per taluni aspetti ⁽¹⁷⁾, mentre per gli altri aspetti è regolato dalla autonomamente dalle singole (e differenti) leggi nazionali ⁽¹⁸⁾.

Le difficoltà derivanti dal fatto che il brevetto europeo non costituisce un titolo unico e valido in tutti gli Stati che hanno sottoscritto la CBE hanno indotto il legislatore a riformare la materia appena due anni dopo la sottoscrizione della Convenzione. E così, con la Convenzione di Lussemburgo del 1975 (CBC) è stata proposta l’istituzione di un brevetto “unitario” (c.d. brevetto comunitario), rilasciato da un’autorità centrale mediante un procedimento uniforme e valido in tutti i Paesi della Comunità Europea ⁽¹⁹⁾. Tale convenzione, tuttavia, non è mai entrata in vigore per il mancato raggiungimento delle ratifiche necessarie ⁽²⁰⁾.

divisioni ricerca. Tale ultimo esame si conclude con la redazione del rapporto di ricerca pubblicato, insieme alla domanda, entro diciotto mesi dal deposito della stessa. Da questo momento il procedimento di brevettazione continua solo su impulso di parte che deve presentare una nuova richiesta d’esame avente ad oggetto la brevettabilità dell’invenzione. Quest’ultima fase si conclude con la concessione della privativa o con il rigetto della domanda.

¹⁷ In particolare la CBE regola la fattispecie costitutiva del brevetto europeo, i requisiti di protezione, le cause di nullità, i criteri di interpretazione del brevetto, la circolazione dei diritti conferiti dal brevetto e le norme sul procedimento di opposizione. Sotto questo profilo, va rilevato che l’ordinamento domestico non prevede il procedimento di opposizione del brevetto concesso; ciononostante, nel nostro Paese si producono gli effetti dei procedimenti dinanzi all’Ufficio europeo aventi ad oggetto brevetti europei che designano l’Italia tra gli Stati in cui il titolo ha efficacia.

¹⁸ Ad esempio con riferimento alle categorie di condotte che costituiscono contraffazione, definendo i concetti di prescrizione, danni, licenze, decadenza, disciplinando il procedimento giudiziale, ossia regolando tutto ciò che la CBE definisce propriamente “gli effetti” del diritto di brevetto.

¹⁹ La Convenzione di Lussemburgo è stata firmata il 15 dicembre 1975. La CBC prevedeva che il brevetto comunitario fosse considerato, al contrario del brevetto europeo istituito dalla CBE, un titolo unitario per tutti gli Stati membri della Comunità Europea (oggi Unione Europea), soggetto alla normativa ed alla giurisdizione convenzionale.

²⁰ I motivi del fallimento dell’istituzione del brevetto comunitario sono due: da un lato, i costi eccessivi di traduzione della domanda di brevetto comunitario in tutte le lingue degli Stati della

Oltre trent'anni dopo il fallimento del primo progetto volto all'istituzione di un titolo brevettuale unico per tutti i Paesi dell'UE, il legislatore europeo ha emanato, in data 17 dicembre 2012, i regolamenti UE n. 1257/2012 e n. 1260/2012, che hanno introdotto un titolo unitario (il c.d. brevetto europeo con effetti unitari) ⁽²¹⁾ che sarà efficace in tutti gli Stati membri dell'Unione Europea (ad eccezione della Spagna, che non ha aderito al sistema unitario, e del Regno Unito, quale conseguenza del *Brexit* ⁽²²⁾) in seguito al deposito di un'unica domanda presso l'EPO. La tutela del brevetto europeo con effetti unitari (e, una volta decorso il periodo di transazione, anche del brevetto europeo concesso in forza della CBE) ⁽²³⁾ sarà uniforme in tutti gli Stati partecipanti e della contraffazione dei titoli in questione giudicheranno i Tribunali appositamente istituiti ⁽²⁴⁾.

La disciplina del brevetto europeo con effetti unitari è completata dall'Accordo 2013/C 175/01, firmato il 19 febbraio 2013, che ha istituito un tribunale unificato per la composizione delle controversie relative ai

Comunità Europea; dall'altro lato, la diffidenza di alcuni Stati firmatari nei confronti del potere che la Convenzione conferiva ai tribunali nazionali degli Stati membri aderenti di decidere sulla eventuale nullità del brevetto in procedimenti di contraffazione aventi efficacia in tutto il territorio degli Stati firmatari.

²¹ In argomento cfr. GIOV. GUGLIELMETTI, *Natura e contenuto del brevetto europeo con effetto unitario*, in HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, cit., pp. 9 ss.

²² Sui possibili risvolti dell'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea sul sistema del brevetto europeo con effetti unitari, nonché sulle possibili conseguenze positive per il nostro Stato cfr. F. FERRARI, voce *Proprietà intellettuale. Profili processuali*, in corso di pubblicazione in *Enc. Giur. Treccani*, 2017; L.C. UBERTAZZI, *Brexit e brevetto UE: che fare?*, in *NLCC*, 2017, pp. 561 ss.

²³ Su questo tema v. per tutti BOSSHARD, *L'entrata in vigore del pacchetto sul brevetto unitario: il regime transitorio e la dichiarazione di opt out*, in HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, cit., pp. 203 ss.

²⁴ Il riferimento è alla già citata *Unified Patent Court* (UPC) o Tribunale Unificato dei Brevetti. In argomento cfr. SCUFFI, *Il tribunale unificato dei brevetti: evoluzione storica, ordinamento e regole procedurali*, in HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, cit., pp. 73 ss.; BARATTA, *The Unified Patent Court – What is the 'common' trait about?*, in HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, cit., pp. 101 ss.; HONORATI, *Il diritto applicabile dal Tribunale unificato: il coordinamento tra fonti e i rapporti tra TUB e regolamento (UE) n. 1257/2012*, in HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, cit., pp. 119 ss.; F. FERRARI, *Il sequestro dell'anima. Natura e funzione del sequestro in materia di proprietà intellettuale*, cit., pp. 55 ss.

brevetti europei con effetti unitari ⁽²⁵⁾ e ai brevetti europei e dal Regolamento n. 542 del 15 maggio 2014 recante modifica del regolamento UE n. 1215/2012 (c.d. *Bruxelles I bis*), concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale ⁽²⁶⁾.

4. Il contenuto della domanda di brevetto

Il contenuto della domanda di brevetto è rigorosamente disciplinato dalla legge.

L'art. 160 c.p.i. ⁽²⁷⁾ indica le informazioni che devono essere contenute nella domanda di brevetto per invenzione e in quella di brevetto

²⁵ Attualmente, l'Accordo istitutivo dell'*Unified Patent Court* è stato ratificato da quattordici Stati membri (Austria, Belgio, Bulgaria, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Italia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo e Svezia). L'Italia ha aderito all'Accordo per l'istituzione dell'UPC in data 30 settembre 2015; l'iter parlamentare della procedura di ratifica dell'Accordo medesimo è stato ultimato il 18 ottobre 2016, con l'approvazione definitiva del disegno di legge da parte del Senato e con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della legge di ratifica n. 214 del 3 novembre 2016. In data 10 febbraio 2017, l'Italia ha provveduto alla notifica all'Europa dell'adesione al Trattato. Va comunque segnalato che la strada che ha portato il nostro Paese alla ratifica dell'Accordo è stata tortuosa. Non si può dimenticare infatti che, nel maggio 2011, Italia e Spagna avevano depositato due ricorsi autonomi, poi riuniti (cause riunite C-174/11 e C-295/11), dinanzi alla Corte di Giustizia, chiedendo l'annullamento della decisione 2001/167/UE che ha autorizzato la cooperazione rafforzata. I ricorsi in questione sono stati rigettati dalla Corte di giustizia con sentenza del 16 aprile 2013 (su questa sentenza cfr. GRANIERI, *Brevetto unitario e giurisdizione unica in materia di brevetti tra Europa a due velocità e geometrie variabili*, in *Foro it.*, 2013, 5, IV, cc. 233 ss.). La Spagna ha presentato due ulteriori ricorsi avverso il reg. n. 1257/12 (C-146/13) ed il reg. n. 1260/12 (C-147/13), entrambi respinti con sentenza della Corte di Giustizia del 5 maggio 2015. Per un approfondimento del tema si rinvia a ROVATI, *Introduzione alla CBE*, cit., pp. 1375 ss.

²⁶ Il reg. n. 542/2014 ha introdotto gli artt. 71 *bis* – 71 *quinquies* nel regolamento *Bruxelles I bis*, al fine di coordinare la disciplina della competenza giurisdizionale, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni previste dal Reg. n. 1215/2012 con la costituzione di una nuova autorità giurisdizionale quale l'*Unified Patent Court*. Sul tema cfr. per tutti F. FERRARI, *Regolamento 1215/2012/UE sulla competenza giurisdizionale*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., cit., pp. 17 ss. spec. pp. 68 ss.; DE MIGUEL ASENSIO, *The Unified Patent Court Agreement and the Amendment to the Brussels I Regulation (Recast)*, in HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, cit., pp. 153 ss.

²⁷ La norma citata nel testo riunisce le disposizioni relative alla domanda di brevetto per invenzione e per modello di utilità di cui all'art. 28 l. inv. e nel relativo regolamento attuativo (artt. 3 e 5).

per modello di utilità, nonché i documenti che debbono essere allegati alle stesse al momento del deposito presso l'UIBM.

In particolare, il primo comma dell'art. 160 c.p.i. dispone che la domanda di brevetto deve contenere l'identificazione del richiedente e del mandatario (se vi sia) ⁽²⁸⁾, dell'invenzione o del modello, in forma di titolo, «che ne esprima brevemente, ma con precisione, i caratteri e lo scopo» ⁽²⁹⁾. Il terzo comma della disposizione citata individua i documenti che devono essere allegati alla domanda di brevetto ⁽³⁰⁾, che sono: la descrizione del trovato, le rivendicazioni, i disegni «ove sia possibile», la designazione dell'inventore e, se vi è il mandatario, anche l'atto di nomina dello stesso *ex art.* 201 c.p.i. ⁽³¹⁾. Infine, nel caso di rivendicazione di priorità, alla domanda di brevetto dovranno essere allegati anche i documenti relativi.

Gli elementi che contraddistinguono la domanda di brevetto sono indicati anche dall'art. 51, comma primo, c.p.i., a mente del quale alla domanda di concessione di brevetto per invenzione industriale debbono unirsi la descrizione, le rivendicazioni e i disegni, quando gli stessi siano necessari per capire la descrizione del trovato ⁽³²⁾.

²⁸ La mancata identificazione del richiedente o l'irraggiungibilità dello stesso determina l'irricevibilità della domanda *ex art.* 148 c.p.i. Si noti peraltro che l'irricevibilità della domanda deve essere pronunciata dall'UIBM anche quando la domanda di brevetto non è redatta in lingua italiana e non viene fornita la relativa traduzione nei tempi previsti dalla legge.

²⁹ PORPORATO, sub *art.* 160 c.p.i., in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza sleale*, VI ed., cit., p. 851, rileva che il richiamo alla "precisione" contenuto nell'art. 160 c.p.i. è in contrasto con la prassi dei mandatarî che sono soliti scegliere titoli generici. L'Autore aggiunge che la ragione di tale scelta potrebbe ravvisarsi nel fatto che il titolo rappresenta l'unico elemento potenzialmente in grado di fornire un'indicazione relativa al nucleo inventivo che è reso conoscibile al pubblico prima dell'intera domanda. Un'altra giustificazione potrebbe fondarsi nell'intenzione di non facilitare il rinvenimento della privativa nelle ricerche condotte dai concorrenti del titolare (GHIDINI-DE BENEDETTI, *Codice di proprietà industriale: commento alla normativa sui diritti derivanti da brevettazione e registrazione*, Milano, 2006, p. 420).

³⁰ Ulteriori allegati alla domanda di brevetto sono previsti da altre disposizioni normative. Ad esempio, nel caso di brevetto per microorganismo, il richiedente deve depositare presso un centro di raccolta abilitato una coltura del microorganismo (art. 162, comma primo, c.p.i.).

³¹ Va tuttavia osservato che l'inventore non deve necessariamente farsi rappresentare da un mandatario (cfr. proprio l'art. 201 c.p.i.).

³² L'art. 51 c.p.i. corrisponde all'art. 28 l. inv. Il decreto correttivo del c.p.i. ha modificato, seppur limitatamente, l'art. 51 citato, prevedendo che alla domanda di concessione del brevetto devono essere allegate anche le rivendicazioni. Si noti che, con riferimento al brevetto europeo,

4.1. *Il titolo e il riassunto*

Il titolo e il riassunto sono due elementi della domanda di brevetto che, ai fini della nostra indagine, non assumono grande importanza. Non-dimeno, per completezza espositiva, è opportuno procedere comunque a una breve analisi di tali elementi.

Quanto al primo, l'art. 51, comma secondo, c.p.i. dispone semplicemente che l'invenzione «deve essere contraddistinta da un titolo corrispondente al suo oggetto», e l'art. 160, comma primo, lett. b) del c.p.i. precisa che il titolo deve esprimere «brevemente, ma con precisione, i caratteri e lo scopo» dell'invenzione o del modello ⁽³³⁾.

Il titolo ha finalità meramente classificatorie e rappresenta l'unico elemento potenzialmente idoneo a fornire un'indicazione relativa al nucleo inventivo, poiché viene reso noto al pubblico prima dell'accessibilità all'intera domanda, e quindi già durante il “periodo di segretezza” di cui all'art. 53 c.p.i. ⁽³⁴⁾. Il titolo risulta infatti sia dal verbale di deposito della domanda di brevetto, sia dal bollettino ufficiale *ex art.* 189 c.p.i.

Quanto al secondo elemento, l'art. 160, comma quarto, c.p.i. prevede che la descrizione dell'invenzione «deve iniziare con un riassunto

l'art. 78 n. 1 CBE prevede che la domanda deve contenere a) la richiesta per il rilascio del brevetto europeo, b) la descrizione dell'invenzione, c) una o più rivendicazioni, d) i disegni, e) un sunto.

³³ Per quanto attiene al brevetto europeo, l'art. 78, comma primo, lett. a) CBE prevede che la domanda di brevetto europeo deve contenere una richiesta per il rilascio del brevetto, le cui condizioni sono indicate alla *Rule 41* del regolamento di attuazione della CBE. In particolare la lett. b) della *Rule 41* prevede che la domanda debba contenere «*a title of invention, which shall clearly and concisely state the technical of the invention and shall exclude all fancy names*».

³⁴ La domanda di brevetto depositata è inaccessibile al pubblico per un periodo massimo di diciotto mesi (c.d. “periodo di segretezza”) che garantisce al titolare la totale inaccessibilità, da parte di chiunque, al fascicolo contenente descrizione, disegni e rivendicazioni. Tale periodo di segretezza nasce con l'intento di concedere un vantaggio competitivo nei confronti della concorrenza; è infatti evidente che in questo modo si costringono i concorrenti a rimandare un'eventuale produzione solo dopo che il prodotto coperto da brevetto o modello viene reso accessibile al pubblico. Tuttavia il richiedente può domandare la pubblicazione anticipata della domanda, che viene messa a disposizione del pubblico dopo novanta giorni dal deposito (o dalla data successiva della richiesta di pubblicazione). Inoltre, se il richiedente vuole che la domanda di brevetto abbia effetti nei confronti di un terzo determinato, può, ai sensi dell'art. 53, comma quarto, c.p.i., notificargli la domanda. In questo caso, nei confronti del terzo, gli effetti della domanda decorrono dalla data della notifica.

che ha solo fini di informazione tecnica»⁽³⁵⁾. La funzione del riassunto è quella di rendere intellegibile l'ambito di operatività del trovato, nonché il problema che lo stesso si accinge a risolvere: il riassunto non ha, quindi, alcun ruolo in merito alla determinazione dell'oggetto del brevetto o del contenuto della domanda segreta ai fini della divulgazione *ex art.* 46, comma terzo, c.p.i.

4.2. *La descrizione*

Un ruolo decisamente più rilevante riveste, ai fini del nostro studio, la descrizione, soprattutto per i rapporti che intercorrono tra tale elemento e l'istituto delle rivendicazioni brevettuali.

La descrizione consiste in una dichiarazione di scienza o di verità che si sostanzia nella narrazione, per iscritto e in un gergo tecnico, delle caratteristiche dell'invenzione e delle modalità di attuazione o fabbricazione della stessa. Scopo della descrizione è proprio quello di rendere nota ai terzi una determinata invenzione, permettendo al titolare di adempiere all'onere di rivelazione⁽³⁶⁾.

Il codice della proprietà industriale non individua le modalità di redazione della descrizione, né il contenuto della stessa. L'art. 51 c.p.i.,

³⁵ Nello stesso senso cfr. l'art 85 CBE ai sensi del quale l'estratto del brevetto europeo «serve esclusivamente ai fini di informazione tecnica» e «non può venir preso in considerazione per altri scopi, in particolare per determinare i limiti della protezione richiesta e per l'applicazione dell'articolo 54, paragrafo 3».

³⁶ Cfr. SENA, *L'interpretazione del brevetto*, Milano, 1955, p. 56. In giurisprudenza cfr. Cass., 1° settembre 1997, n. 8324, in *Dir. ind.*, 1997, 12, pp. 1001 ss., con nota di CAVALLARO, *La dottrina cimeticina si consolida*, ove si afferma che la descrizione «svolge una funzione di dimostrazione tecnica della sussistenza di una invenzione, ed altresì di divulgazione della stessa, anche con riguardo al periodo nel quale verrà a scadere l'eventuale privativa». È pacifico che la descrizione, così come i disegni, costituisca una dichiarazione di scienza o di verità, stante la sua funzione di rendere intellegibile ai terzi l'invenzione brevettata, mentre le rivendicazioni costituirebbero delle dichiarazioni di volontà, dirette a delimitare l'oggetto dell'esclusiva. Al riguardo v. SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo e continuato da Schlesinger, IX, t. 3, Milano, III ed., 1990, pp. 260 e 262; GRECO-VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1968, p. 158. *Contra*: MARESCA, *Estensione della tutela brevettuale*, in *Studi in onore di Remo Franceschelli*, cit., p. 126, secondo il quale anche la descrizione sarebbe una «espressione di volontà».

infatti, si limita a stabilire che la descrizione del trovato deve essere completa e chiara ⁽³⁷⁾ così da consentirne l'attuazione a opera di una persona esperta del ramo ⁽³⁸⁾; l'art. 76, comma primo, lett. b) c.p.i. sanziona poi con la nullità il brevetto la cui descrizione non sia sufficientemente completa e chiara ⁽³⁹⁾.

³⁷ Analogamente dispone l'art. 83 CBE, secondo cui «l'invenzione deve essere esposta nella domanda di brevetto europeo in modo sufficientemente chiaro e completo affinché un esperto del ramo possa attuarla».

³⁸ La descrizione è sufficientemente chiara e completa se dalla mera lettura della stessa si desumono tutte le indicazioni necessarie per consentire alla persona esperta del ramo, dotata di tecnica media, di attuare l'invenzione, senza dover ricorrere a nuove ricerche o, comunque, senza dover adottare sistemi attuativi soggetti a nuove indagini, nuovi controlli, nuove sperimentazioni (in questo senso cfr. *ex multis*: Cass., 16 novembre 1990, n. 11094, in *GADI*, 1990, p. 115; Trib. Milano, 29 marzo 2007, in *DeJure*, ove si afferma che non è necessario fornire tutti i paramenti di processo, in particolare quelli di uso comune nel campo della tecnica considerato, ma solo delle operazioni strettamente correlate al trovato che si sta descrivendo; App. Firenze, 29 ottobre 2001, in *GADI*, 2002, p. 367; in *Giur. it.*, 2002, pp. 1227 ss.; nonché in *Dir. ind.*, 2002, 2, pp. 119 ss., con nota di CAVALLARO, *L'ultima sul caso Carbadox*; Trib. Roma, 20 giugno 2005, in *GADI*, 2006, p. 408; Trib. Milano, 26 settembre 1976, *ivi*, 1974, pp. 1137-1138, per cui non determinerebbe la nullità del brevetto la mancanza di quelle indicazioni che il tecnico può agevolmente sopperire con il ricorso alle conoscenze di pubblico dominio nel settore tecnologico di riferimento. Per Trib. Bologna, 29 febbraio 2008, in *DeJure*, è esclusa la sufficienza della descrizione se il tecnico deve ricorrere a «sforzi creativi o calcoli macchinosi». In dottrina v. FLORIDIA, *I requisiti di proteggibilità*, in AA.VV., *Diritto industriale-proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., pp. 279, ss. per il quale il riferimento alla persona esperta del ramo «semplifica l'operazione di descrizione perché esonera il richiedente dal dare informazioni che l'esperto già possiede perché fanno parte della sua sapienza professionale»; FRANZOSI, *Accorpare, integrare, riscrivere le rivendicazioni*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, pp. 234-235. Sul punto v. anche le *Guidelines for Examination in the EPO* (Parte G, capitolo VII, paragrafo 3), secondo cui l'esperto del ramo deve essere individuato in quella figura di professionista, operante nel settore tecnico di riferimento, che abbia conoscenze e abilità medie, ovvero che sia in grado di eseguire solo immediate associazioni logiche tra soluzioni note alla tecnica, oltre a essere capace di eseguire lavori di *routine* e semplici esperimenti noti nel settore tecnico di pertinenza. Per completezza, va precisato che l'EPO ha recentemente pubblicato una nuova versione delle *Guidelines for Examination*, che entrerà in vigore il prossimo 1° novembre 2017. Non è stato pertanto possibile prendere atto di tale innovazione nel contesto del presente lavoro.

³⁹ V. anche l'art. 138, lett. b), CBE ai sensi del quale un brevetto europeo può essere dichiarato nullo se la relativa invenzione non sia descritta in modo sufficientemente chiaro e completo «a norma della legislazione di uno Stato contraente, con effetto sul territorio di questo Stato». Si è affermato che la nullità del brevetto non sufficientemente descritto origina dal fatto che, «siccome una delle contropartite dell'esclusiva brevettuale è la pubblicazione dell'invenzione, l'arricchimento che ne deriva dal patrimonio della tecnica, una descrizione insufficiente costituisce in un certo senso una frode alla legge, tendendo a frustrarne uno degli scopi fondamentali ed ottenere il diritto esclusivo, in parte senza contropartita» (così FRANCESCHELLI, *Brevetti, marchio, insegna*, I, Torino, 2003, p. 255). In argomento cfr. anche SORDELLI, *Il paradigma della «persona esperta del ramo» nella legge sulle invenzioni*, in *Studi in onore di Remo France-*

La lacuna del c.p.i. in merito all'individuazione del contenuto della descrizione è in parte colmata dall'art. 21, comma terzo, del d.m. del 13 gennaio 2010 (c.d. regolamento di attuazione del c.p.i.) che, riprendendo la disciplina della *Rule 42* (già *Rule 27*) del Regolamento di esecuzione della CBE, dispone che la descrizione deve specificare il ramo della tecnica cui appartiene l'invenzione, indicare lo stato anteriore della tecnica, per quanto a conoscenza dell'inventore, esporre l'invenzione in modo tale che il problema e la soluzione dello stesso possano essere compresi ⁽⁴⁰⁾, descrivere brevemente gli eventuali disegni e dettagliatamente almeno un modo di attuazione dell'invenzione rivendicata, facendo anche ricorso a degli esempi o facendo riferimento ai disegni. Anche l'art. 2, comma terzo, lett. e-f) del d.m. 27 giugno 2008 ⁽⁴¹⁾ recante la ricerca di anteriorità relativamente alle domande di brevetto per invenzione industriale, specifica che la domanda di brevetto deve «descrivere in dettaglio almeno un modo di attuazione dell'invenzione» e «indicare esplicitamente [...] il modo in cui l'invenzione può essere utilizzata in ambito industriale» ⁽⁴²⁾.

schelli, cit., p. 234; FLORIDIA, *I requisiti di proteggibilità*, in AA.VV., *Diritto industriale-proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 279, il quale, a proposito della sufficiente descrizione, parla di una «regola fondamentale» preordinata al «contemperamento degli opposti interessi del titolare del brevetto e della collettività». In giurisprudenza cfr. Trib. Torino, 31 gennaio 1992, in *GADI*, 1992, p. 405

⁴⁰ Cass., 4 novembre 2009, n. 23414, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 6, II, p. 397, con nota di CAPRA, *Osservazioni in tema di modelli di utilità e di problema tecnico non individuato*: «la mancanza nell'ambito della descrizione dell'indicazione del problema tecnico rispetto al quale il trovato si pone come soluzione, del gradiente di attività inventiva o comunque dell'utilità che il trovato medesimo persegue rispetto alla tecnica nota, si pone come carenza che non può essere colmata *ex post*, rimettendola alla costruzione che la parte o il consulente tecnico possa compiere a seguito di contestazione circa la validità del brevetto».

⁴¹ Il d.m. 27 giugno 2008 del Ministero dello Sviluppo è pubblicato in *Riv. dir. ind.*, 2008, II, pp. 29 ss.

⁴² Come segnalato da A. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., p. 417, le normative europee, a differenza di quelle vigenti negli Stati Uniti, non richiedono che l'inventore indichi il "modo migliore" di attuare l'invenzione, essendo sufficiente che l'invenzione possa essere attuata sulla base di quanto emerge dalla descrizione.

4.3. *I disegni*

Al contrario delle rivendicazioni e della descrizione, i disegni non sono un elemento indispensabile del brevetto, tanto è vero che la loro mancanza non incide sulla validità del titolo. Infatti, se da un lato l'art. 51 c.p.i. prevede che alla domanda di concessione del brevetto debbano essere allegati i disegni, dall'altro lato l'art. 160, comma terzo, lett. b) c.p.i. dispone che i disegni debbono unirsi alla domanda di brevetto solo «ove sia possibile».

Ciononostante, va comunque osservato che, nella prassi, i disegni vengono quasi sempre allegati alla domanda di brevetto poiché essi agevolano la comprensione dell'invenzione quale strumento di interpretazione della descrizione e, in seguito alla riforma dell'art. 51 c.p.i., anche delle rivendicazioni.

Problema rilevante è quello di capire se ai disegni possa essere attribuita una funzione integrativa della descrizione (e non solo interpretativa), laddove la stessa fosse lacunosa o comunque incompleta⁽⁴³⁾. Sul punto la dottrina prevalente ha consentito tale integrazione nella determinazione del contenuto del brevetto, sostenendo che «la legge stessa mette in piena luce la funzione sussidiaria che i disegni svolgono rispetto alla descrizione» e «non esclude certo che tale funzione si estenda oltre i limiti della semplice interpretazione»⁽⁴⁴⁾.

⁴³ Altro discorso è quello che attiene al rapporto tra disegni e rivendicazioni, risolto dall'art. 52, comma secondo, c.p.i. a mente del quale «la descrizione e i disegni servono a interpretare le rivendicazioni».

⁴⁴ Così SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III ed., cit., p. 260. V. anche GIAN. GUGLIEMMETTI, *Le invenzioni e i modelli industriali dopo la riforma del 1979*, Torino, 1982, p. 108; AULETTA T.-MANGINI, *Delle invenzioni industriali, dei modelli di utilità e dei disegni ornamentali, della concorrenza. Artt. 2584-2601*, in *Commentario del codice civile diretto da Scialoja e Branca*, III ed., Bologna, 1987, p. 134; MARESCA, *Estensione della tutela brevettuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Remo Franceschelli*, cit., p. 132. *Contra*: Trib. Milano, 28 febbraio 1949, in *Foro pad.*, 1949, I, p. 685, secondo cui «i disegni allegati alla descrizione hanno il compito di esplicitare quanto da essa possa non apparire chiaramente, ma non possono sostituirla o mettere in rilievo particolarità taciute od omesse. In tal caso il brevetto è nullo per deficienza di descrizione».

4.4. *Le rivendicazioni*

Da un punto di vista “statico” le rivendicazioni costituiscono uno degli elementi della domanda di brevetto insieme a titolo, riassunto, descrizione e disegni. Da un punto di vista “dinamico”, invece, le rivendicazioni sono «dichiarazioni di volontà con le quali il privato rivendica a sé l'esclusività dello sfruttamento della propria invenzione, determinando così l'oggetto della esclusiva»⁽⁴⁵⁾.

Il primo comma dell'art. 52 c.p.i. disciplina, da un lato, il contenuto delle rivendicazioni, stabilendo che in esse è indicato «specificamente» ciò che si intende debba formare oggetto del brevetto⁽⁴⁶⁾, e, dall'altro lato, l'oggetto delle stesse, nella parte in cui si afferma che «i limiti della protezione sono determinati dalle rivendicazioni»⁽⁴⁷⁾. In termini analoghi

⁴⁵ SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III ed., cit., p. 302, ove si legge che «l'ambito della esclusiva non può essere [...] determinato che attraverso la interpretazione di questi atti (con l'ausilio, naturalmente della descrizione e dei disegni), atti ai quali quindi debbono farsi risalire gli effetti della brevettazione». Le rivendicazioni, dunque, rappresentano il nucleo costitutivo del procedimento di brevettazione»; GRECO-VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, cit., p. 258. Nel senso che la domanda di brevetto è manifestazione unilaterale di volontà cfr. L.C. UBERTAZZI, *Profili soggettivi del brevetto*, Milano, 1985, p. 46; ID., *Modificazioni alla domanda e conversione del brevetto nullo*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, I, p. 266. In giurisprudenza è pacifico il principio per cui la rivendicazione è «una vera e propria manifestazione di volontà giuridica, tendente alla identificazione della specifica protezione che si pretende»: Cass., 1° settembre 1997, n. 8324, cit.; Cass., 8 febbraio 1999, n. 1072, in *GADI*, 1999, p. 46; App. Milano, 19 gennaio 2001, in *Riv. dir. ind.*, 2002, II, p. 273; App. Milano, 18 gennaio 2000, *ivi*, 2000, II, p. 227; Trib. Milano, 1° febbraio 1988, in *GADI*, 1988, p. 759; App. Firenze, 18 febbraio 1978, *ivi*, 1978, p. 250; Trib. Milano, 21 settembre 1978, *ivi*, 1978, p. 527.

⁴⁶ Il primo comma dell'art. 52 c.p.i. deriva dall'art. 5 del regolamento r.d. n. 244/1940 della legge invenzioni, che, nel suo testo precedente alla riforma del 1979, disponeva che la descrizione deve concludersi con un riassunto costituito da una o più rivendicazioni in cui sia indicato, specificamente, ciò che si intende debba formare oggetto del brevetto. L'art. 5 del regolamento è stato modificato nel 1979, e la disposizione novellata prevedeva che la descrizione «deve iniziare con un riassunto che ha solo funzione di informazione tecnica, e deve concludersi con una o più rivendicazioni». Per SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III ed., cit., p. 272, la modifica dell'art. 5 cit., ha attribuito alle rivendicazioni valore di «dichiarazioni autonome rispetto alla descrizione».

⁴⁷ Per CARTELLA, *Il brevetto perfezionabile: modifica della domanda e del brevetto, priorità interna, altri rimedi*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 2, p. 73 «la disposizione dell'art. 52.1 CPI – come noto – viene intesa ed applicata nel senso che è protetto dal brevetto solo ciò che è, contemporaneamente, descritto e rivendicato». Il terzo comma dell'art. 52 c.p.i. contiene il protocollo interpretativo del secondo comma della medesima disposizione (c.d. “Protocollo nazionale”), disponendo che quest'ultimo deve essere inteso «in modo da garantire nel contempo un'equa

si esprime anche la Convenzione di Strasburgo, in forza della quale l'estensione della protezione accordata con il brevetto è determinata dal tenore delle rivendicazioni, nonché la Convenzione sul Brevetto Europeo, che ribadisce detto principio negli artt. 69 e 84.

L'art. 21, comma quarto, del reg. att. del c.p.i. (⁴⁸), individua i requisiti formali delle rivendicazioni, stabilendo che le stesse «devono essere chiare, concise, trovare completo supporto nella descrizione ed essere redatte in un documento separato».

Né il codice della proprietà industriale, né il regolamento di attuazione dello stesso indicano le tecniche di redazione delle rivendicazioni (⁴⁹), per la cui comprensione dovrà dunque farsi riferimento alla prassi applicativa. Di solito il brevetto si compone di molteplici rivendicazioni indipendenti (o principali) e dipendenti (o sottorivendicazioni).

La rivendicazione indipendente o principale funge da cornice dell'invenzione ed è indipendente in quanto non fa riferimento a rivendicazioni precedenti. La rivendicazione principale deve contenere tutte le caratteristiche inventive essenziali che l'oggetto dell'invenzione deve mostrare per il raggiungimento dello scopo perseguito. Collegate alla rivendicazione principale possono esservi delle rivendicazioni dipendenti, che sono unite alla prima da un vincolo di subordinazione e che aggiungono (non tolgono) maggiori dettagli alla rivendicazione principale.

protezione al titolare ed una ragionevole sicurezza giuridica ai terzi». Tale disposizione ricalca la seconda parte del Protocollo interpretativo dell'art. 69 CBE. Si è sostenuto che l'«equa protezione» del titolare del brevetto sta a significare che per l'interpretazione del brevetto non ci si dovrebbe limitare a considerare l'accezione rigorosa e letterale delle rivendicazioni, ma occorrerebbe ricostruirne il significato utilizzando anche la descrizione e i disegni; mentre la «ragionevole sicurezza giuridica ai terzi» deve essere interpretata nel senso che l'ambito di protezione di un brevetto non dovrebbe mai ricomprendere quanto, secondo un esperto del mestiere, il titolare abbia inteso proteggere ma non abbia inserito nelle rivendicazioni. Sull'interpretazione del Protocollo nazionale, distinto dal Protocollo europeo relativo all'interpretazione dell'art. 69 CBE, v. Trib. Bologna, 19 giugno 2009, in *GADI*, 2009, p. 983.

⁴⁸ Trattasi del d.lgs. 13 gennaio 2010, n. 33.

⁴⁹ Lo stesso problema – abbiamo visto – è riscontrabile nell'art. 51 c.p.i., con riferimento alle modalità di redazione della descrizione. In argomento cfr. Trib. Monza, sez. dist. Desio, 1° ottobre 2001, in *GADI*, 2002, p. 4366.

Un esempio di rivendicazione dipendente può essere la seguente: “rivendicazione 1, con l’aggiunta di a e b”, vuol dire avente tutte le caratteristiche della “rivendicazione 1”, che è quella principale o indipendente, più ulteriori caratteristiche.

Si pensi a un brevetto relativo a una bicicletta, ove il brevetto descrive compiutamente la struttura generale, la pedivella, i deragliatori, il manubrio, i freni e così via. Le rivendicazioni, nel nostro esempio, sono le seguenti:

riv. 1: veicolo autopropulso con almeno due ruote;

riv. 2: veicolo secondo la riv. 1, ove l’autopropulsione è con pedivella e trasmissione a catena;

riv. 3: veicolo secondo la riv. 2, con almeno un deragliatore;

riv. 4: veicolo secondo la riv 3, con due deragliatori, davanti e dietro ⁽⁵⁰⁾.

La rivendicazione n. 4 si legge “veicolo autopropulso con almeno due ruote, ove l’autopropulsione è con pedivella e trasmissione a catena, con due deragliatori, uno davanti e uno dietro”.

La contraffazione di una rivendicazione dipendente (nel nostro caso la n. 4) sussiste solo se la realizzazione accusata possiede tutti gli elementi della rivendicazione dipendente, più gli elementi della o delle rivendicazioni da cui quella dipende. Al contrario, la contraffazione della rivendicazione indipendente (nel nostro caso la n. 1) sussiste se la realizzazione accusata possiede tutti gli elementi di tale rivendicazione.

Quanto alla nullità, la rivendicazione n. 4 può essere nulla solo se sono nulle anche le rivendicazioni da cui dipende. Non vale l’inverso: la rivendicazione n. 4 può essere valida anche se le precedenti da cui dipende sono nulle, trattandosi di un’ipotesi di nullità parziale del brevetto ⁽⁵¹⁾.

⁵⁰ L’esempio è tratto da BOSOTTI, *L’interpretazione del brevetto nella giurisprudenza dell’EPO e dopo EPC 2000*, in *Dir. ind.*, 2010, 2, p. 110.

⁵¹ In tal caso si procederà all’accorpamento delle rivendicazioni, così da evitare una declaratoria di nullità del brevetto.

4.4.1. Segue: *l'evoluzione storica del ruolo delle rivendicazioni*

Sia nell'ordinamento europeo, sia in quello italiano, le rivendicazioni hanno inizialmente avuto un ruolo marginale, per poi divenire l'assoluto "protagonista" nella definizione dell'ambito dell'esclusiva.

In un primo momento, le rivendicazioni erano considerate come parte accessoria del riassunto all'interno della descrizione; ciò sulla base di un'interpretazione rigida dell'unica norma che, prima dell'entrata in vigore del c.p.i., trattava delle rivendicazioni, ossia l'art. 5 del regolamento n. 244/1940 della l. inv., a mente del quale la descrizione «deve concludersi con un riassunto costituito da una o più rivendicazioni in cui sia indicato, specificamente, ciò che si intende debba formare oggetto del brevetto». L'art. 5 del reg. l. inv., dunque, non prevedeva che l'ambito di protezione del brevetto fosse limitato da quanto rivendicato, ben potendo essere l'oggetto della privativa contenuto in altre parti del brevetto.

In tale contesto, secondo l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale maggioritario, l'ambito di protezione del brevetto avrebbe dovuto essere delineato guardando integralmente al brevetto, comprensivo del titolo, dei disegni, della descrizione e, infine, dalle rivendicazioni ⁽⁵²⁾.

Secondo un diverso orientamento, all'epoca minoritario, l'oggetto dell'esclusiva avrebbe dovuto determinarsi solo dalle rivendicazioni, sep-

⁵² Secondo questo filone giurisprudenziale, non vi era alcuna gerarchia tra le parti del brevetto, e tutte concorrevano, integrandosi, alla determinazione dell'ambito di estensione dell'esclusiva: Cass., 10 novembre 1976, n. 4129, in *GADI*, 1974, p. 104; Trib. Milano, 21 settembre 1978, *ivi*, 1978, p. 527; Trib. Milano, 26 giugno 1975, *ivi*, 1975, p. 505; Trib. Milano, 10 marzo 1975, *ivi*, 1975, p. 243; Trib. Verona, 20 giugno 1974, *ivi*, 1974, p. 884; Trib. Vicenza, 15 marzo 1974, *ivi*, 1974; Trib. Milano, 22 marzo 1973, *ivi*, 1973, p. 526; Trib. Milano, 22 marzo 1973, *ivi*, 1973, p. 526; Trib. Milano, 10 aprile 1972, *ivi*, 1972, p. 719, per cui «l'oggetto del brevetto deve essere ricostruito avvalendosi simultaneamente del testo della descrizione, delle rivendicazioni, della parte grafico-visiva dell'attestato». Questa tesi era predominante anche in dottrina: ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, III ed., Milano, 1960, p. 576; ROTONDI, *Diritto industriale*, Padova, 1965, p. 243; BONELLI, voce *Privativa per invenzioni industriali*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1966, p. 933; FRANZOSI, *L'invenzione*, Milano, 1970, p. 217, secondo il quale «il diritto di privativa si estende a quelle costruzioni e operazioni che si possono desumere dal testo del brevetto, siano o non siano rivendicate espressamente». L'Autore prosegue affermando che il titolo, la descrizione, i disegni e le rivendicazioni, «enunciando l'invenzione, enunciano anche le attività vietate ai terzi; di conseguenza tutte queste parti del brevetto, e non già le sole rivendicazioni, hanno funzione precettiva» (p. 219).

pure queste ultime avrebbero dovuto essere interpretate alla luce dei disegni e della descrizione⁽⁵³⁾. A fondamento di questa soluzione, la dottrina aveva rilevato che descrizione e rivendicazioni costituiscono «atti giuridici autonomi distinti» e «non può esservi dubbio che la funzione e la natura della descrizione e delle rivendicazioni non coincidano», atteso che le rivendicazioni costituiscono una dichiarazione di volontà in senso stretto, mentre la descrizione è una dichiarazione di scienza o di verità finalizzata a descrivere il trovato per rendere l'invenzione di pubblico dominio ed utilizzabile da tutti trascorso il termine di esclusiva⁽⁵⁴⁾. Da ciò conseguiva – secondo la dottrina in esame – che quanto non era previsto dalle rivendicazioni non poteva essere protetto dal brevetto⁽⁵⁵⁾.

Senonché, con la Convenzione di Strasburgo del 27 novembre 1967 sull'unificazione di alcuni principi della legislazione sui brevetti d'invenzione si è operata un'armonizzazione nell'interpretazione del ruolo delle rivendicazioni tra due tesi antitetiche: quella di stampo “anglosassone”, che affidava esclusivamente alle rivendicazioni la funzione di determinare l'ambito della privativa, e quella di matrice “tedesca”, per cui l'ambito di protezione doveva essere desunto non solo dalle rivendicazioni, ma anche dai disegni e dalla descrizione.

⁵³ App. Milano, 8 aprile 1977, in *GADI*, 1977, p. 442; App. Milano, 24 dicembre 1976, *ivi*, 1976, p. 811; App. Milano, 25 gennaio 1972, *ivi*, 1972, p. 375. In dottrina cfr. SENA, *L'interpretazione del brevetto*, cit., pp. 117 ss.; ID., *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità*, cit., I ed., 1976, pp. 219 ss. (e III ed., p. 267); GRECO-VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, cit., pp. 156 ss.; FERRARI, *L'interpretazione della descrizione del brevetto*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, p. 196.

⁵⁴ SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, I ed., Milano, 1976, pp. 219 ss. (e III ed., p. 267).

⁵⁵ SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, I ed., cit., pp. 227-228 (e III ed., pp. 269-270); LECCE, *Le invenzioni e i modelli industriali nella giurisprudenza*, Milano, 1987, p. 325; AULETTA T.-MANGINI, *Delle invenzioni industriali, dei modelli di utilità e dei disegni ornamentali, della concorrenza. Artt. 2584-2601*, in *Commentario Scajola-Branca*, II ed., Bologna-Roma, 1973, p. 135; GIAN. GUGLIELMETTI, *Le invenzioni e i modelli industriali dopo la riforma del 1979*, cit., p. 105; DI CATALDO, *I brevetti per invenzione e per modello di utilità: i disegni e modelli Artt. 2584-2594*, in *Commentario al codice civile* (a cura di SCHLESINGER), 2012, pp. 60-61.

La Convenzione di Strasburgo ha tentato di adottare un compromesso tra le due tesi, anche se, di fatto, ha aderito alla prima interpretazione, stabilendo all'art. 8, comma terzo, che «i limiti della protezione conferita al brevetto sono determinati dal tenore delle rivendicazioni».

Qualche anno dopo il medesimo precetto è stato ribadito, testualmente, dall'art. 69 CBE (⁵⁶), in forza del quale «la portata della protezione conferita dal brevetto europeo o dalla domanda di brevetto europeo è determinata dalle rivendicazioni», con la precisazione che disegni e descrizione possono essere usati per interpretare le rivendicazioni. Peraltro, si noti che all'art. 69 CBE è stato affiancato l'art. 84 della medesima Convenzione, ai sensi del quale «le rivendicazioni definiscono l'oggetto della protezione richiesta. Esse devono essere chiare e concise e fondarsi sulla descrizione».

⁵⁶ Per DI CATALDO, *commento all'art. 69*, in *Convenzione sul brevetto europeo-Commentario*, a cura di P. MARCHETTI, in *Nuove Leggi Civili*, 1980, p. 450, «il risultato cui mira scopertamente la presenza, nelle due Convenzioni, della stessa norma è la creazione di un regime omogeneo di interpretazione per tutti i brevetti, europeo, nazionali, all'interno degli stati contraenti». Il principio contenuto nell'art. 69 CBE ha subito divergenze interpretative determinate dalle traduzioni, nelle lingue nazionali dei paesi aderenti alla Convenzione, dell'espressione «tenore delle rivendicazioni». La versione inglese «*terms of the claims*» e quella francese «*teneur des revendications*» evocavano un'interpretazione letterale, mentre la traduzione tedesca «*inhalt der patentansprüche*» propendeva per un approccio più contenutistico. Al fine di promuovere un'interpretazione omogenea della suddetta disposizione è stato redatto un Protocollo interpretativo dell'art. 69 che, nella sua versione precedente alla riforma EPC 2000, recitava: «L'art. 69 non va inteso nel senso che la portata della protezione conferita dal brevetto europeo è determinata dal senso stretto letterale del testo delle rivendicazioni e che la descrizione e i disegni servono esclusivamente a dissipare ambiguità eventualmente contenute nelle rivendicazioni. Esso non va neppure interpretato nel senso che le rivendicazioni fungono esclusivamente da linea direttrice e che la protezione si estenda anche a ciò che a parere di una persona del mestiere che abbia esaminato la descrizione e i disegni, il titolare del brevetto ha inteso proteggere. L'art. 69 deve invece essere inteso nel senso che esso definisce, tra questi estremi, una posizione che offre al contempo una equa protezione al richiedente ed una ragionevole sicurezza giuridica ai terzi». Per GIOV. GUGLIELMETTI, *La contraffazione del brevetto per equivalenti*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, I, p. 114, il Protocollo interpretativo ha avuto il merito di aver individuato espressamente i due interessi in gioco, ossia la protezione del titolare e la ragionevole sicurezza per i terzi, e di aver ritenuto entrambi meritevoli di tutela. L'Autore rileva inoltre che il principio sancito dal Protocollo interpretativo dell'art. 69 CBE avrebbe dovuto ispirare i giudici nell'interpretazione del brevetto italiano, perché non sarebbe giustificabile un'interpretazione diversa a due brevetti (quello italiano e la frazione italiana di un brevetto europeo) destinati ad avere efficacia in Italia (p. 117).

Tuttavia, nonostante il chiaro indirizzo della normativa europea, con la riforma della “legge invenzioni” italiana avvenuta nel 1979 il legislatore nazionale non ha recepito formalmente il principio ermeneutico di cui all’art. 8, comma terzo, della Convenzione di Strasburgo e di cui all’art. 69 CBE. Nonostante ciò, parte della dottrina aveva ritenuto che siffatto principio dovesse essere applicato dalla giurisprudenza domestica nell’interpretazione di un brevetto italiano (⁵⁷), atteso che la Convenzione di Strasburgo era stata ratificata dall’Italia con la legge 26 maggio 1978, n. 260 (⁵⁸) e, inoltre, la legge delegata (quale era la l. inv.) doveva essere interpretata in coerenza con la relativa legge delega, ossia il d.p.r. n. 260/1978, che incaricava espressamente il Governo di adeguare le norme interne alle Convenzioni nel frattempo ratificate, tra cui la Convenzione di Strasburgo (⁵⁹).

Seppur in assenza di una presa di posizione legislativa sull’efficacia da attribuire al principio di cui all’art. 8, comma terzo, della Convenzione di Strasburgo, la giurisprudenza si è adeguata gradualmente alle

⁵⁷ In linea generale, alle rivendicazioni non sono applicabili le disposizioni in materia di interpretazione dei contratti *ex artt.* 1362 ss. c.c. (Trib. Roma, 9 settembre 2004, in *GADI*, 2005, p. 462). In alcuni casi, tuttavia, la giurisprudenza ha ritenuto applicabile all’interpretazione del brevetto il principio di conservazione di cui all’art. 1367 c.c. (Trib. Roma, 9 settembre 2004, cit.; App. Milano, 24 dicembre 1976, in *GADI*, 1977, p. 873). Per OTTOLIA, sub *art.* 52 *c.p.i.*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., cit., p. 387, la tesi, sostenuta da una parte della giurisprudenza (Trib. Milano, 5 aprile 2011, n. 4561, in *Riv. dir. ind.*, 2012, II, p. 296, con nota di MARTUCCI), per cui le dichiarazioni del richiedente contenute nella *file history* possono essere utilizzate per interpretare il brevetto, sembrerebbe applicare, in questo settore, il criterio ermeneutico di cui all’art. 1362 c.c. Sulla possibilità di utilizzare gli atti della procedura di brevettazione, quali *file wrapper*, *file history*, *prosecution history*, e i documenti esterni alla procedura (*extrinsic evidence*), quali i vocabolari, i manuali di generale diffusione, gli articoli tecnici largamente conosciuti, per l’interpretazione delle rivendicazioni v. FRANZOSI, *L’interpretazione delle rivendicazioni*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, 2, pp. 75 ss.

⁵⁸ In questo senso FRANZOSI, *La determinazione dell’ambito di protezione del brevetto*, in *Dir. ind.*, 1996, 3, p. 21, il quale rileva che l’art. 8 della Convenzione di Strasburgo è una norma *self-executing*, atteso che i trattati internazionali ratificati e resi esecutivi con legge dello Stato sono fonte di norme di immediata applicazione, sempreché il loro contenuto sia sufficientemente determinato.

⁵⁹ Così GIOV. GUGLIEMMETTI, *La contraffazione del brevetto per equivalenti*, cit., pp. 113-114, secondo il quale all’art. 8.3 della Convenzione poteva comunque riconoscersi «un valore interpretativo della disciplina nazionale» per la ragione esposta nel testo.

modalità di interpretazione del brevetto consacrate dalla normativa comunitaria, tanto che l'orientamento in precedenza prevalente che attribuiva alle rivendicazioni un ruolo marginale fu gradualmente abbandonato⁽⁶⁰⁾ in favore di quell'orientamento, prima minoritario, che attribuiva alle rivendicazioni un ruolo preminente nell'interpretazione del brevetto⁽⁶¹⁾.

La questione ha, tuttavia, perso rilevanza con l'entrata in vigore del c.p.i., che, al secondo comma dell'art. 52, ha previsto il medesimo principio rinvenibile nei trattati multilaterali *de quibus*⁽⁶²⁾.

A oggi, dunque, è indubbio il ruolo preminente attribuito alle rivendicazioni brevettuali in merito alla delimitazione dell'ambito di tutela conferito dal titolo giuridico all'invenzione. Da ciò consegue che ogni elemento non specificamente richiamato nelle rivendicazioni deve considerarsi estraneo alla tutela conferita dalla privativa.

È altresì indubbio che, nel determinare l'ambito e il limite della protezione, le rivendicazioni possono essere interpretate. Al riguardo, il secondo comma dell'art. 52 c.p.i. dispone che, ai fini dell'interpretazione delle rivendicazioni, è possibile utilizzare la descrizione del trovato e i disegni allegati alla domanda di brevetto⁽⁶³⁾. La norma recepisce pedis-

⁶⁰ Nel solco del "vecchio" orientamento si registrano solo Trib. Milano, 12 giugno, 1995, in *GADI*, 1996, p. 348; Trib. Torino, 3 febbraio 1995, *ivi*, 1996, p. 161; Trib. Roma, 28 febbraio 1984, *ivi*, 1984, p. 296. In dottrina cfr. MARESCA, *Estensione della tutela brevettuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Remo Franceschelli*, cit., pp. 109 ss., spec. 130 ss., nonché in *Riv. dir. ind.*, 1987, I, p. 20.

⁶¹ La giurisprudenza di merito che, prima dell'entrata in vigore del c.p.i., ha aderito all'interpretazione del brevetto italiano secondo i canoni di cui alla Convenzione di Strasburgo è elencata da BERGIA, sub *art. 2 c.p.i.*, A. VANZETTI (a cura di) in *Codice della proprietà industriale*, cit., p. 701, mentre le pronunce successive al 2005 sono indicate dall'Autrice alle pp. 702-703. In dottrina cfr. SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III ed., cit., pp. 253 ss.; GIAN. GUGLIELMETTI, *Le invenzioni e i modelli industriali dopo la riforma del 1979*, cit., p. 105.

⁶² Per GALLI, *La protezione dei brevetti e dei segreti industriali dopo il codice della proprietà industriale e l'attuazione della direttiva 'Enforcement'*, in *Notiziario dell'Ordine dei Consulenti in Proprietà Industriale*, marzo 2007, p. 3, il principio in questione dovrebbe trovare applicazione anche per i modelli di utilità.

⁶³ Sull'interpretazione del brevetto e, in particolare, delle rivendicazioni cfr. per tutti FRANZOSI, *L'interpretazione delle rivendicazioni*, cit., pp. 75 ss.

sequamente la disciplina europea dell'interpretazione delle rivendicazioni, contenuta nell'art. 8, comma terzo, della Convenzione di Strasburgo e negli artt. 69 e 138 CBE.

Tuttavia, va considerato che l'utilizzo della descrizione e dei disegni ai fini dell'interpretazione delle rivendicazioni è soggetto ad alcuni limiti, desumibili dal terzo comma dell'art. 52 c.p.i., nonché dall'art. 76 c.p.i. In primo luogo, infatti, l'interpretazione del brevetto deve comunque garantire sia l'equa protezione del titolare, sia la ragionevole sicurezza giuridica dei terzi. In secondo luogo, l'operazione interpretativa non deve determinare un ampliamento del contenuto della domanda iniziale, perché in tal caso sarebbe passibile di nullità *ex art.* 76, comma primo, lett. c) c.p.i. Sotto quest'ultimo profilo, va dunque rilevato che, attraverso l'interpretazione del brevetto, non è possibile introdurre nelle rivendicazioni elementi non facenti parte del contenuto della domanda, e quindi non descritti e non rivendicati.

5. I requisiti per il rilascio del brevetto

I requisiti di brevettabilità dell'invenzione ⁽⁶⁴⁾ e di validità della stessa sono quattro, ossia: la novità, l'attività inventiva, l'industrialità e la liceità. I primi tre sono indicati dall'art. 45, comma primo, c.p.i. e regolati dalle disposizioni normative successive (artt. 46-49 c.p.i.), mentre la liceità trova la sua disciplina nell'art. 50 c.p.i. ⁽⁶⁵⁾.

⁶⁴ In argomento cfr. CARTELLA, *Requisiti dell'invenzione*, in AA.VV., *Brevetti, marchio, ditta, insegna. Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, a cura di FRANCESCHELLI, I, Torino, 2003, pp. 21 ss.

⁶⁵ Ci si è chiesti se fra i requisiti di brevettabilità rientrino anche quelli dell'utilità e della materialità dell'invenzione. Quanto all'utilità, per BERGIA, sub *art. 45 c.p.i.*, A. VANZETTI (a cura di), *Codice della proprietà industriale*, cit., p. 632, non incombe sul titolare l'onere di indicare l'utilità nel brevetto, atteso che la legge non contempla tale requisito. L'Autrice aggiunge inoltre che l'utilità «sembra peraltro essere connaturat[a] ad una nozione di invenzione brevettabile» perché «una descrizione che non parli dell'utilità del trovato o da cui essa non sia chiaramente desumibile sarebbe insufficiente». Quanto alla materialità dell'invenzione, si è sostenuto che, nel caso in cui essa sia riferita all'oggetto dell'invenzione, la stessa non sarebbe un requisito necessario; viceversa, laddove essa concerna l'utilità dell'invenzione (ossia quando l'invenzione conduca alla produzione di un *quid* materiale o si realizzi attraverso l'uso di mezzi speci-

Tali requisiti – la cui mancanza costituisce causa di nullità del brevetto – saranno brevemente esaminati nell’ordine in cui sono stati indicati.

Ai sensi dell’art. 46 c.p.i., l’invenzione è nuova se non è compresa nello stato della tecnica, costituito da tutto ciò che è stato reso accessibile al pubblico ⁽⁶⁶⁾, in qualunque modo, prima della data di deposito della domanda di brevetto ⁽⁶⁷⁾ o della domanda di priorità rivendicata.

fici), la materialità costituirebbe requisito di brevettabilità (DI CATALDO, *I brevetti per invenzione e per modello di utilità: i disegni e modelli Artt. 2584-2594*, in *Commentario al codice civile* (a cura di SCHLESINGER), cit., p. 112). Per FLORIDIA, *Le invenzioni*, in AA.VV., *Diritto industriale-proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., pp. 218-219, «la materialità non è requisito necessario degli elementi di novità che sostanziano l’invenzione», ben potendo l’invenzione essere costituita da una nozione che, «pur essendo come tale certamente astratta e meramente concettuale, consenta tuttavia di intervenire nel corso di un procedimento materiale di fabbricazione di un prodotto determinando delle modificazioni utili del suo risultato». L’Autore richiama la sentenza della Cassazione, 21 aprile 2004, n. 7597, in *Riv. dir. ind.*, 2006, II, p. 347, con nota di CHIAVEGATTI, in cui la Suprema Corte ha ritenuto che fosse validamente brevettabile un’invenzione costituita da ciò: che per mezzo dell’osservazione della curva di raffreddamento di una lega metallica nel corso della sua fusione mediante l’impiego di un comunissimo crogiolo refrattario era possibile dedurre la composizione della lega stessa e modificare detta composizione onde ottenere il risultato voluto.

⁶⁶ Un’anteriorità è distruttiva della novità di un’invenzione solo se è stata resa accessibile al pubblico: non è dunque sufficiente il solo fatto della sua esistenza (così DI CATALDO, *Fra tutela assoluta del prodotto brevettato e limitazione ai procedimenti descritti ed agli usi rivendicati*, in RICOLFI (a cura di), *I brevetti per invenzione fra diritto europeo e diritto nazionale*, Milano, 2004, p. 132). In particolare tra le conoscenze anteriori accessibili al pubblico vanno considerate le domande di brevetto depositate e pubblicate. In realtà l’art. 46, comma terzo, c.p.i. ritiene distruttive della novità anche le domande di brevetto italiano o le domande di brevetto europeo riguardanti l’Italia ancora segrete (e quindi di fatto non accessibili); ciò al fine di evitare che l’inventore, depositando due diverse domande, ottenga un periodo di esclusiva maggiore. Nel silenzio dell’art. 46 c.p.i., si è sostenuto che le domande di brevetto depositate all’estero per brevetti nazionali, che siano ancora segrete, non distruggono la novità di una successiva domanda di brevetto italiana (così A. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., p. 405). Il principio per cui un’anteriorità è distruttiva della novità di un successivo brevetto si coordina con l’art. 68, comma terzo, c.p.i. sul preuso (già art. 6 l. inv.), secondo cui chi, nell’anno precedente al deposito della domanda di brevetto (o alla data di priorità), abbia fatto uso nella propria azienda dell’invenzione oggetto di quel brevetto può continuare ad usarne nei limiti del preuso. Sotto questo profilo si noti che il terzo comma dell’art. 68 c.p.i. prevede, a favore di chi abbia utilizzato un’invenzione non brevettata nel corso dell’anno anteriore al deposito di altrui domanda di brevetto, il diritto di proseguire tale.

⁶⁷ Per «data del deposito della domanda di brevetto» deve intendersi il “giorno” del deposito (c.d. principio di “*whole day*”). Ciò significa che non appartengono allo stato della tecnica le anteriorità rese accessibili al pubblico il giorno stesso del deposito della domanda di brevetto e che possono coesistere più brevetti concessi sulla base di domande presentate lo stesso giorno. In argomento cfr. AMMENDOLA, *La brevettabilità nella Convenzione di Monaco*, Milano, 1981, p. 222; CAVANI, *Commento all’art. 14*, in *Revisione della legislazione nazionale in materia di*

La norma citata adotta una concezione “assoluta” di novità ⁽⁶⁸⁾ e distingue due diversi fatti distruttivi della stessa: le anteriorità e le predivulgazioni dell’invenzione. Nella anteriorità rientrano tutte le conoscenze brevettate o non, diffuse in qualunque parte del mondo, prima del deposito della domanda di brevetto oggetto d’esame, a prescindere dal fatto che siano o meno conosciute all’inventore ⁽⁶⁹⁾. La predivulgazione dell’invenzione, invece, consiste nella comunicazione dell’invenzione (anche involontaria), in data anteriore al deposito della domanda di brevetto, da parte dell’inventore a terzi che siano in grado di comprendere il messaggio ricevuto e di ritrasmetterlo. Anche in questo caso vi sarà la distruzione della novità se la predivulgazione dell’invenzione ha determinato l’accessibilità della stessa al pubblico ⁽⁷⁰⁾.

brevetti per invenzioni industriali in applicazione della delega di cui alla legge 26 maggio 1978, n. 260 – Commentario a cura di P. Marchetti, in Nuove Leggi Civ., 1981, p. 718.

⁶⁸ Ciò significa che la divulgazione dell’invenzione “ovunque” (vale a dire, nel Paese ove la domanda di brevetto è stata depositata ovvero in ogni altro Paese) e “comunque” (ossia, attraverso qualsiasi mezzo) verificatesi prima della data di deposito della domanda priva di novità il brevetto e, al contempo, lo rende nullo. In argomento cfr. CAVANI, *Commento all’art. 14, in Revisione della legislazione nazionale in materia di brevetti per invenzioni industriali in applicazione della delega di cui alla legge 26 maggio 1978, n. 260 – Commentario a cura di P. Marchetti*, cit., p. 715; DI CATALDO, *I brevetti per invenzione e per modello di utilità: i disegni e modelli Artt. 2584-2594*, in *Commentario al codice civile* (a cura di SCHLESINGER), cit., p. 43; SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, IV ed., Milano, 2011, p. 105.

⁶⁹ Va rilevato che l’esame della novità, a differenza di quello relativo all’originalità, si svolge confrontando l’invenzione con ciascuna anteriorità, e si ha difetto del requisito della novità solo nel caso di coincidenza totale tra l’invenzione e una delle anteriorità. Se, invece, l’invenzione risulta in parte anticipata da un’antiorità ed in parte anticipata da altra e diversa anteriorità, l’invenzione in esame risulta nuova.

⁷⁰ A. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., pp. 406-407, rilevano che sarebbe ragionevole concedere all’inventore un “periodo di grazia” (ad esempio di un anno) in cui l’inventore può divulgare l’invenzione a terzi (collaboratori dipendenti o indipendenti) senza che tale comunicazione distrugga la novità. Inoltre, non si avrebbe la perdita della novità se l’invenzione venisse comunicata a terzi sottoposti a vincolo di segreto *ex art. 2105 c.c.* ovvero ad altri soggetti (ad esempio i clienti) rispetto a quali tale vincolo nasce da un accordo. Se tali terzi divulgano l’informazione, nonostante l’obbligo del segreto, si è tuttavia ritenuto che l’invenzione perda il requisito di novità e l’inventore potrebbe agire contro il terzo infedele solo con azione di risarcimento danni. Va però notato che, in un caso particolare disciplinato dall’art. 47, comma primo, c.p.i. se la domanda di brevetto è depositata entro sei mesi dalla predivulgazione dell’invenzione, questa non perde la novità; ciò in quanto «una divulgazione dell’invenzione non è presa in considerazione se [...] risulta direttamente o indirettamente da un abuso evidente ai danni del richiedente o del suo dante causa».

Per la valutazione del requisito della novità occorre, in particolare, esaminare se una specifica realizzazione descritta in una divulgazione, resa disponibile al pubblico in data anteriore a quella di priorità del brevetto oggetto d'esame, comprenda o meno identicamente e inequivocabilmente tutte le caratteristiche tecniche, con le relative relazioni funzionali, rivendicate dalla privativa in esame.

Ulteriore requisito per la brevettabilità è costituito dall'attività inventiva, noto anche come requisito dell'originalità o della novità intrinseca⁽⁷¹⁾. Ai sensi dell'art. 48 c.p.i., «un'invenzione è considerata come implicante un'attività inventiva se, per una persona esperta del ramo⁽⁷²⁾,

⁷¹ In merito all'accertamento della sussistenza dell'originalità dell'invenzione la giurisprudenza ha individuato tre orientamenti. Secondo un primo orientamento, c.d. "soggettivo", l'apporto creativo da parte del titolare del brevetto deve essere valutato in rapporto alle normali capacità di un tecnico medio (in questo senso cfr. Cass., 7 febbraio 1985, n. 918, in *GADI*, 1985, p. 21; Cass., 28 novembre 1968, n. 3835, in *Giust. civ. Mass.*, 1968, p. 2011; Trib. Milano, 29 settembre 1980, in *GADI*, 1980, p. 600; Trib. Venezia, 9 novembre 1974, *ivi*, II, p. 1281). Un diverso orientamento, c.d. "oggettivo", ha ritenuto che un'invenzione è originale se apporta un progresso tecnico, quest'ultimo individuato in un miglioramento delle soluzioni tecniche note o, più in generale, un arricchimento della tecnica (Cass., 8 aprile 1982, n. 2168, in *GADI*, 1982, p. 19; Cass., 14 maggio 1981, n. 3169, *ivi*, 1981, p. 58; Cass., 16 ottobre 1980, n. 5570, *ivi*, 1980, p. 93; Trib. Milano, 27 maggio 1980, *ivi*, 1980, p. 454; Trib. Roma, 5 novembre 1974, *ivi*, 1974, II, p. 1269. Sembrano aver aderito a questo orientamento, più recentemente: App. Milano, 21 gennaio 1997, in *GADI*, 1997, p. 575; App. Milano, 20 settembre 1976, *ivi*, 1997, p. 332; App. Milano, 24 maggio 1994, *ivi*, 1995, p. 420. Sul significato attribuito alla nozione di "progresso tecnico" v. per tutti DI CATALDO, *L'originalità dell'invenzione*, Milano, 1983, pp. 87 ss., il quale rileva che nell'attuale definizione di originalità, il progresso tecnico è passato da autonomo requisito di brevettabilità ad indizio di non evidenza del trovato). Infine, un terzo e prevalente orientamento giurisprudenziale, c.d. "dualistico", ritiene un'invenzione originale quando non è realizzabile da un tecnico medio e al contempo ha apportato un progresso tecnico (cfr. tra le tante: Cass., 5 luglio 1984, n. 3932, in *GADI*, 1984, p. 37; Cass., 4 marzo 1968, n. 682, in *Foro it.*, 1968, I, p. 1208; Trib. Orvieto, 21 maggio 1992, in *GADI*, 1992, p. 677; Trib. Vicenza, 8 ottobre 1990, *ivi*, 1991, p. 289; Trib. Milano, 15 febbraio 1988, *ivi*, 1988, p. 489).

⁷² Per esperto del ramo si intende quella persona dotata delle capacità (intellettuali, culturali e professionali) medie nel settore di riferimento. La giurisprudenza ha definito tale soggetto come «un esperto del settore specifico cui inerisce il brevetto, provvisto del comune bagaglio tecnico di carattere generale e facente altresì attenzione alle problematiche emergenti nei settori affini» (così Trib. Torino, 14 luglio 1997, in *GADI*, 1999, p. 209. Nelle linee guida dell'EPO si legge che «the "person skilled in the art" should be presumed to be a skilled practitioner in the relevant field of technology, who is possessed of average knowledge and ability and is aware of what was common general knowledge in the art at the relevant date» (cfr. *Guidelines for the examination in the European Patent Office*, status June 2012, part G, VII, 3, in www.epo.org. Come già si è detto, l'EPO ha recentemente pubblicato una nuova versione delle *Guidelines for Examination*, che entrerà in vigore il prossimo 1° novembre 2017). È stato sostenuto che la persona esperta del ramo non deve né eccellere, né avere scarse doti intellettive e culturali: CAVANI, *Commento all'art. 14*, in *Revisione della legislazione nazionale in materia di brevetti*

essa non risulta in modo evidente dallo stato della tecnica»⁽⁷³⁾. Il metro di valutazione dell'originalità dell'invenzione è stato individuato dal legislatore nella «non evidenza»⁽⁷⁴⁾ per la persona esperta del ramo; in concreto, il giudizio di originalità si svolge secondo le seguenti fasi: va individuato, in primo luogo, il ramo cui l'invenzione attiene e, successivamente, si deve costruire il modello di persona esperta del ramo; dopodiché, il giudice deve verificare se quel modello di persona esperta del ramo considererebbe l'invenzione oggetto d'esame come evidente o come non evidente.

*per invenzioni industriali in applicazione della delega di cui alla legge 26 maggio 1978, n. 260 – Commentario a cura di P. Marchetti, cit., p. 751; DICATALDO, L'originalità dell'invenzione, cit., p. 68; ID., I brevetti per invenzione e per modello di utilità. I disegni e modelli – Artt. 2584-2594, in Commentario al codice civile (a cura di SCHLESINGER), cit., p. 142; SENA, I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali, in Trattato di diritto civile e commerciale, IV ed., cit., p. 121; SORDELLI, Il paradigma della "persona esperta del ramo" nella legge sulle invenzioni, in AA.VV., Studi in onore di Remo Franceschelli, pp. 200-201. In giurisprudenza cfr. Trib. Venezia, 14 luglio 2005, in GADI, 2006, p. 462; Trib. Modena 22 agosto 1994, *ivi*, 1994, p. 889.*

⁷³ La norma costituisce la trasposizione dell'art. 16 l. inv., norma introdotta con il d.p.r. 22 giugno 1979, n. 338, mediante il quale la legge invenzioni si è adeguata alla Convenzione europea sull'unificazione di taluni elementi del diritto dei brevetti di invenzione firmata a Strasburgo il 27 novembre 1963 (che disciplina il requisito dell'attività inventiva all'art. 5) e alla CBE (che prevede il suddetto requisito all'art. 56). Si consideri tuttavia che, anche prima della riforma del 1979, l'attività inventiva era comunque ritenuta requisito indispensabile per la validità del brevetto. Infatti, dottrina e giurisprudenza ritenevano tale elemento come implicito nel significato stesso di "invenzione" di cui agli artt. 12 l. inv. e 2585 c.c. Sul punto cfr. AULETTA T.-MANGINI, *Delle invenzioni industriali, dei modelli di utilità e dei disegni ornamentali, della concorrenza. Artt. 2584-2601*, in *Commentario Scajola-Branca*, II ed., cit., pp. 40 ss.; ROTONDI, *Diritto industriale*, cit., pp. 222-223. In giurisprudenza cfr. per tutte Cass., 9 ottobre 1971, n. 2794, in *Giust. civ. Mass.*, 1971, p. 1517.

⁷⁴ Per GIAN. GUGLIELMETTI, *Le invenzioni e i modelli industriali dopo la riforma del 1979*, cit., p. 43; MARESCA, *Il requisito dell'attività inventiva nella legge di riforma*, in *Riv. dir. ind.*, 1983, I, p. 453, il riferimento alla «non evidenza» condurrebbe ad un più facile accesso alla tutela brevettuale, in quanto potrebbe essere concessa la protezione ad invenzioni che risultino dallo stato dalla tecnica ma non in maniera evidente. SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III ed., cit., pp. 144-174, sottolinea che il riferimento legislativo alla «non evidenza» induce ad una maggiore cautela nell'escludere l'originalità del trovato. La giurisprudenza esclude che un'invenzione, per essere dotata di originalità, debba essere «eccezionale», «sorprendente», «geniale» o «notevole»: Cass., 11 dicembre 1999, n. 13863, in *GADI*, 1999, p. 115; Cass., 13 settembre 1983, n. 5553, *ivi*, 1983, p. 149; Cass., 8 aprile 1982, n. 2168, *ivi*, 1982, p. 19; Cass., 14 maggio 1981, n. 3169, *ivi*, 1981, p. 58. In dottrina v. per tutti ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 548; GRECO-VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, cit., p. 96.

L'accertamento del requisito dell'attività inventiva si sostanzia in un «giudizio di valore»⁽⁷⁵⁾, caratterizzato da ampi margini di soggettività⁽⁷⁶⁾, che dovrà essere compiuto non già al momento in cui viene messa in discussione la validità della privativa, bensì al momento del deposito del brevetto o della proprietà rivendicata⁽⁷⁷⁾.

L'art. 49 c.p.i. indica, quale ulteriore requisito per una valida brevettazione, l'industrialità dell'invenzione⁽⁷⁸⁾. Se inizialmente il requisito *de quo* veniva a confondersi con la stessa definizione di invenzione, successivamente tale aggettivo è stato utilizzato per distinguere le invenzioni

⁷⁵ Così DI CATALDO, *I brevetti per invenzione e per modello di utilità: i disegni e modelli Artt. 2584-2594*, in *Commentario al codice civile* (a cura di SCHLESINGER), cit., p. 145; ID., *L'originalità dell'invenzione*, cit., p. 81.

⁷⁶ In questo senso, oltre alle opere citate nella nota precedente, cfr. A. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., p. 411; AMMENDOLA, *La brevettabilità nella Convenzione di Monaco*, cit., p. 164. Per contrastare il margine di discrezionalità concesso al giudice sono stati individuati, da dottrina e giurisprudenza, degli indizi di non evidenza e degli indizi di evidenza ai quali ancorare il giudizio sull'attività inventiva. Tra i primi giova ricordare: il progresso tecnico derivante dal nuovo trovato (inteso in senso ampio, come arricchimento della tecnica); la c.d. mano felice, che ricorre quando l'inventore, dinanzi a diverse strade percorribili, trova immediatamente la soluzione; la c.d. prova storica, desunta dalla storia del settore di riferimento; il successo commerciale di un'invenzione. Tra i secondi, vanno ricordati la realizzazione contemporanea e indipendente dell'invenzione da parte di più inventori, l'esistenza di contraffazioni del brevetto in concomitanza con un canone basso di licenze per lo sfruttamento del brevetto stesso e l'equivalenza, cioè il fatto che l'invenzione può essere considerata equivalente a qualcosa già noto. Sul tema cfr. BERGIA, sub *art. 48 c.p.i.*, in A. VANZETTI (a cura di), *Codice della proprietà industriale*, cit., pp. 673-681, nonché la dottrina e la giurisprudenza ivi citate; A. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., pp. 411-414.

⁷⁷ Sull'accertamento retrodatato, e sui problemi ad esso connaturati in relazione al giudizio di evidenza/non evidenza dell'invenzione, cfr. BERGIA, sub *art. 48 c.p.i.*, in A. VANZETTI (a cura di) *Codice della proprietà industriale*, cit., p. 673, anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁷⁸ Il requisito dell'industrialità è stato introdotto nell'art. 17 l. inv. dal d.p.r. n. 338/1979, ed era previsto anche all'art. 3 della Convenzione di Strasburgo ed all'art. 5 della CBE. Si noti che anche l'art. 45 c.p.i. parla di «applicazione industriale», ove si legge che «possono costituire oggetti di brevetto le nuove invenzioni [...] atte ad avere una applicazione industriale». Per DI CATALDO, *I brevetti per invenzione e per modello di utilità: i disegni e modelli Artt. 2584-2594*, in *Commentario al codice civile* (a cura di SCHLESINGER), cit., p. 130, «l'industrialità non coincide con l'utilità» e «in nessun modo il requisito dell'industrialità fa riferimento al valore economico del trovato». Sul concetto di industrialità v. per tutti OPPO, *Per una definizione dell'industrialità delle invenzioni*, in *Riv. dir. ind.*, 1973, I; SENA, *Industrialità*, in AA.VV., *Problemi attuali del diritto industriale*, Milano, 1977.

“industriali”, brevettabili, da quelle “non industriali”, e quindi non brevettabili, tra le quali venivano inserite le invenzioni “agricole”, ossia quelle che oggi definiremmo nuove varietà vegetali.

Da ultimo, l’art. 50 c.p.i. ⁽⁷⁹⁾ dispone che non possono costituire oggetto di brevetto le invenzioni la cui attuazione è contraria all’ordine pubblico o al buon costume ⁽⁸⁰⁾. La norma precisa, inoltre, che l’attuazione di un’invenzione non è contraria al buon costume o all’ordine pubblico per il solo fatto di essere vietata da una disposizione di legge o amministrativa. L’esistenza di un divieto legislativo di attuazione di un’invenzione, dunque, non basta di per sé a determinare la violazione di cui all’art. 50 c.p.i., e dunque non priva automaticamente l’invenzione del requisito della liceità. Si è affermato che l’applicazione del divieto di cui all’art. 50 c.p.i. sarebbe relegata ad ipotesi di scuola, come l’invenzione di una bomba-carta o di alimenti, bevande e farmaci nocivi alla salute ⁽⁸¹⁾, tanto è vero che non costano pronunce giurisprudenziali sul punto. Tra le invenzioni non brevettabili in quanto prive di liceità rientrano quelle biotecnologiche di cui all’art. 81 *quinquies* c.p.i., tra le quale le più significative sono quelle che riguardano i procedimenti di clonazione umana, di

⁷⁹ L’art. 50 c.p.i. corrisponde all’art. 13 l. inv. e rispecchia, a seguito della riforma della legislazione speciale sulle invenzioni attuata con il d.p.r. n. 338/1979, l’art. 53, lett. a), CBE, anche se non integralmente in quanto nell’art. 50 cit. è stato eliminato, in seguito al d.lgs. 19 marzo 1996, n. 198 in attuazione degli Accordi *TRIPS*, il riferimento alla «pubblicazione» dell’invenzione. Dal punto di vista contenutistico, l’art. 50 c.p.i. corrisponde all’art. 27, comma secondo, *TRIPS*.

⁸⁰ Scopo del divieto di cui all’art. 50 c.p.i. sarebbe «soltanto di impedire che l’incentivo brevettuale e le risorse del sistema possano remunerare e andare a vantaggio di ricerche sfociate in risultati che non avrebbero, neppure in prospettiva futura, alcuno sbocco non in contrasto con i valori fondamentali dell’ordinamento e della morale, e per i quali quindi non avrebbe alcuna pratica utilità riconoscere un’esclusiva» (GIOV. GUGLIELMETTI, *Commento agli artt. 2-4*, in *La protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche – Commento alla Legge 22 febbraio 2006*, n. 78, a cura di DI CATALDO, NLC, 2008, p. 401. Dubbi sulla validità di un brevetto sussistono allorché l’invenzione abbia anche degli usi “*non-offensive*”, come nel caso di un’invenzione costituita da un metodo per scassinare casseforti, il cui utilizzo sarebbe lecito da parte di un fabbro ed illecito da parte di un ladro. Le *Guidelines EPO* hanno tuttavia stabilito che «*Special attention should be paid to applications in which the invention has both an offensive and a non-offensive use [...]. In such a case, no objection arises under Article 53(a)*» CBE (parte G-II, 4.1.2. Per completezza si osserva che il prossimo 1° novembre 2017 entreranno in vigore le nuove *Guidelines for Examination*, recentemente pubblicate dall’EPO).

⁸¹ A. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., p. 414.

modificazione dell'entità genetica germinale dell'uomo, l'utilizzazione di embrioni umani e di cellule staminali embrionali umane.

6. *Il procedimento per la concessione del brevetto*

Ai sensi dell'art. 2 c.p.i. i diritti di proprietà industriale titolati si acquistano mediante brevettazione⁽⁸²⁾ o registrazione⁽⁸³⁾, mentre i diritti di proprietà industriale non titolati si acquistano «negli altri modi» previsti dal codice della proprietà industriale⁽⁸⁴⁾. La norma precisa, inoltre, che «la brevettazione e la registrazione danno luogo ai titoli di proprietà industriale»⁽⁸⁵⁾ e che l'attività amministrativa di brevettazione, così come quella di registrazione, ha natura di accertamento costitutivo⁽⁸⁶⁾ e dà

⁸² È il caso delle invenzioni, dei modelli di utilità e delle nuove varietà vegetali.

⁸³ La registrazione è prevista per i marchi, i disegni e modelli, le topografie dei prodotti a semiconduttori.

⁸⁴ La dottrina ha evidenziato la lacuna del c.p.i. nella previsione degli «altri modi» (rispetto alla brevettazione e registrazione) di acquisto di un diritto di proprietà industriale: A. VANZETTI, *I segni distintivi non registrati nel progetto di "codice"*, cit., p. 100; ID., *Lettera al Ministro delle attività produttive del 7.11.2003* in www.ubertazzi.it/it/codiceip/materiali/Vanzetti.pdf, pp. 2 e 5; A. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., p. 74. Tuttavia A. VANZETTI, sub art. 2 c.p.i., in A. VANZETTI (a cura di), *Codice della proprietà industriale*, cit., p. 12, non ravvede alcun problema nella carenza normativa, né con riferimento alle informazioni aziendali riservate di cui agli artt. 98 e 99 c.p.i., né alle indicazioni geografiche e alle denominazioni d'origine. In generale sul tema v. ROCCO G., *Come depositare brevetti e marchi – Procedure – Modelli – Registrazioni – Finanziamenti – Convenzioni internazionali – Posizione OMC aggiornato al codice della proprietà industriale*, II ed., Milano, 2005.

⁸⁵ Per FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 49, l'art. 2 c.p.i. «serve a mettere in evidenza [...] la distinzione tra diritti della proprietà industriale titolati e cioè costitutivamente originati dalla brevettazione oppure dalla registrazione e quelli non titolati che sorgono da determinati presupposti di legge e che, tuttavia, riferiscono la tutela ad un oggetto specifico». Si evidenzia peraltro che la disciplina del c.p.i. riguarda essenzialmente i diritti titolati, essendo riservate ai diritti non titolati poche norme, precisamente gli artt. 29, 30, 98 e 99.

⁸⁶ Per provvedimenti di accertamento costitutivo si intendono «i provvedimenti amministrativi che – pur avendo intrinsecamente carattere ricognitivo di diritti privati, la cui origine precede il provvedimento – costituiscono comunque un requisito stabile e necessario per la formazione del nucleo di una fattispecie determinata» (così SPOLIDORO, in AA.VV., *Commento tematico alla legge marchi*, Torino, 1998, p. 135). Ancor prima dell'entrata in vigore del c.p.i., la concezione della brevettazione e della registrazione quali attività costitutive dei diritti di proprietà industriale era condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Si vedano in dottrina SPOLIDORO, *loc. cit.*, secondo il quale dalla qualificazione della brevettazione e registrazione come attività di

luogo a titoli soggetti ad un regime speciale di nullità e decadenza sulla base delle norme previste dal c.p.i.

Il procedimento di brevettazione nazionale prende avvio con il deposito, anche telematico, della domanda di brevetto direttamente presso l'UIBM o ad una Camera di Commercio. Tale atto ha una rilevanza fondamentale in quanto dal deposito decorrono i termini per l'accessibilità della domanda di brevetto⁽⁸⁷⁾, nonché quelli relativi alla durata del diritto *ex art. 60 c.p.i.* Inoltre, la data del deposito costituisce punto di riferimento per il giudizio di priorità dell'invenzione, secondo il principio del “*first to file*” in base al quale il diritto di esclusiva brevettuale spetta a chi lo chiede per primo, anche se ha inventato per secondo.

In seguito al deposito della domanda di brevetto nazionale⁽⁸⁸⁾, si apre una fase preliminare che attiene alla ricevibilità della domanda medesima. In particolare l'Ufficio accerta la sussistenza di alcuni presupposti all'interno della domanda depositata, quali l'identificabilità del richiedente, la presenza della descrizione e dell'indicazione del domicilio in Italia del richiedente o del mandatario⁽⁸⁹⁾. Nel caso in cui la domanda sia

accertamento costitutivo «non discendono comunque conseguenze di rilievo» in quanto «l'importanza della qualificazione è soprattutto politica, nel senso che con la formula dell'accertamento costitutivo si intende sottolineare che il riconoscimento del diritto sul marchio (o sull'invenzione) dipende dal fatto che ricorrano determinate circostanze obiettive, che si pongono al di fuori di un arbitrario apprezzamento discrezionale del sovrano, come invece avveniva al tempo dei “privilegi” di industria e di commercio»; RICOLFI, *I segni distintivi*, Torino, 1999, p. 40; SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, IV ed., cit., pp. 216-217; PRADO, *La nuova disciplina delle rivendicazioni*, in *Dir. ind.*, 2010, 6, p. 534; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 487. In giurisprudenza cfr. App. Milano, 3 ottobre 2003, in *Dir. ind.*, 2004, p. 137; Trib. Bari, 12 giugno 1975, in *GADI*, 1972, p. 1148, anche per ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza anteriori.

⁸⁷ Il terzo comma dell'art. 53 c.p.i. prevede che «decorso il termine di diciotto mesi dalla data di deposito della domanda oppure dalla data di priorità, ovvero dopo novanta giorni dalla data di deposito della domanda se il richiedente ha dichiarato nella domanda stessa di volerla rendere immediatamente accessibile al pubblico, l'Ufficio italiano brevetti e marchi pone a disposizione del pubblico la domanda con gli allegati».

⁸⁸ Gli artt. 149 e 150 c.p.i. regolano il deposito delle domande di brevetto europeo dinanzi all'UIBM, mentre gli artt. 151-154 c.p.i. disciplinano il deposito delle domande internazionali di brevetto.

⁸⁹ Il comma 3 *bis* dell'art. 147 c.p.i. dispone che «il richiedente o il suo mandatario, se vi sia, deve in ciascuna domanda indicare o eleggere il suo domicilio nello Stato per tutte le comunicazioni e notificazioni da farsi a norma del presente codice». Il primo comma dell'art. 148 c.p.i.

sprovvista di un elemento ⁽⁹⁰⁾, l'Ufficio richiederà all'istante di effettuare le necessarie integrazioni entro due mesi dalla data di comunicazione (art. 148, comma secondo, c.p.i.). Qualora il richiedente ottemperi alla richiesta di integrazione nei termini, la data di deposito della domanda sarà, a tutti gli effetti, quella di ricevimento dell'integrazione documentale richiesta ⁽⁹¹⁾. Ove, invece, il richiedente non adempia alla richiesta tempestivamente, l'UIBM dichiarerà l'irricevibilità della domanda *ex art. 148*, comma terzo, c.p.i.

Una volta compiuti gli accertamenti preliminari concernenti la regolarità formale della domanda ad opera degli esaminatori amministrativi, questi ultimi trasmettono la domanda agli esaminatori tecnici. Si apre così la fase di cui all'art. 170 c.p.i., il quale dispone che l'esame delle domande, delle quali sia stata riconosciuta la regolarità formale, è volto ad accertare la conformità dell'oggetto delle stesse con quanto previsto dagli articoli 45, 50 e 82 c.p.i. ⁽⁹²⁾, «inclusi i requisiti di validità, ove sia disciplinata con decreto ministeriale la ricerca delle anteriorità ⁽⁹³⁾ e in ogni

prevede inoltre che le domande di brevetto non sono ricevibili se il richiedente non è identificabile o raggiungibile. La disposizione aggiunge inoltre che «l'irricevibilità [...] è dichiarata dall'Ufficio italiano brevetti e marchi».

⁹⁰ Ad esempio, nel caso di invenzioni industriali, ciò può accadere se alla domanda non è allegato un documento che possa essere assimilato alla descrizione ovvero manchi parte della descrizione o un disegno in essa richiamato.

⁹¹ Se, tuttavia, l'integrazione concerne solo la prova dell'avvenuto pagamento dei diritti ovvero l'indicazione del domicilio del richiedente o mandatario in Italia, e tale prova o indicazione è fornita nel termine di due mesi dalla richiesta da parte dell'UIBM, si riconosce, quale data di deposito della domanda di brevetto, quella del ricevimento della domanda medesima, e non quella dell'integrazione documentale (art. 148, comma quarto, c.p.i.).

⁹² In particolare gli esaminatori verificheranno l'effettiva appartenenza dell'oggetto della domanda all'ambito delle invenzioni e non ad una delle fattispecie previste dall'art. 45 c.p.i. (scoperte, teorie scientifiche o metodi matematici, programmi per elaboratore, metodi per il trattamento chirurgico o terapeutico del corpo umano o animali ecc.), l'unità dell'invenzione *ex art. 161* c.p.i., la sua liceità e la sua non contrarietà all'ordine pubblico.

⁹³ La ricerca delle anteriorità è stata attribuita dal D.M. 27 giugno 2008 all'EPO. La procedura mediante la quale l'EPO procede con la ricerca delle anteriorità è stabilita da una convenzione stipulata con l'UIBM e l'Organizzazione europea dei brevetti firmata il 18 giugno 2008. Ciò significa che, anche nel nostro ordinamento, è previsto il sistema dell'esame preventivo (seppur limitatamente alle invenzioni industriali e non anche ai modelli di utilità), uniformando la disciplina domestica in tema di brevettazione a quella prevista a livello europeo e nelle procedure nazionali straniere. In argomento cfr. SENA, *L'esame preventivo di brevettabilità: invenzioni e modelli*, in *Studi in memoria di P. Frassi*, Milano, 2010, p. 641.

caso qualora l'assenza di essi risulti assolutamente evidente sulla base delle stesse dichiarazioni ed allegazioni del richiedente oppure sia certa alla stregua del notorio»⁽⁹⁴⁾.

Ove l'invenzione risulti brevettabile, l'UIBM, entro cinque mesi dalla data del deposito della domanda di brevetto, invia all'EPO la richiesta del rapporto di ricerca delle anteriorità, che consiste in un documento che identifica tutte le anteriorità rilevanti⁽⁹⁵⁾, e di una "opinione" puramente informativa. L'EPO deve redigere il rapporto nel termine di nove mesi dalla data del deposito della domanda di brevetto⁽⁹⁶⁾. Ricevuto il rapporto dall'EPO, l'UIBM provvede a trasmetterlo al richiedente che, se del caso, può replicare allo stesso, correggere o integrare la domanda⁽⁹⁷⁾ entro diciotto mesi dal deposito e comunque entro il termine assegnato dall'Ufficio⁽⁹⁸⁾. La domanda di brevetto, il rapporto di ricerca e l'opinione dell'EPO vengono messi anche a disposizione del pubblico, trascorsi diciotto mesi dal deposito della domanda.

Successivamente, l'UIBM procede all'esame della domanda, basandosi sul rapporto di ricerca dell'EPO e sulle eventuali osservazioni presentate dal richiedente. In tale fase, l'UIBM può formulare dei rilievi *ex art. 173 c.p.i.*, i quali devono essere comunicati all'interessato, concedendo alla stesso un termine non inferiore a due mesi dalla ricezione della

⁹⁴ Se non si riscontrano le condizioni indicate dall'art. 170 c.p.i., la domanda non è respinta direttamente: l'UIBM, infatti, assegna al richiedente il termine di due mesi per formulare osservazioni. Trascorso il termine *de quo*, se non sono state presentate osservazioni o se le stesse non sono ritenute accoglibili dall'Ufficio, quest'ultimo respinge la domanda.

⁹⁵ Cfr. art. 1, commi secondo e terzo, d.m. 27 giugno 2008.

⁹⁶ Cfr. art. 1, comma quarto, d.m. 27 giugno 2008.

⁹⁷ Prima che l'UIBM abbia concesso il titolo, il richiedente ha facoltà di correggere, negli aspetti non sostanziali, la domanda come originariamente depositata od ogni altra istanza ad essa relativa, nonché di integrare la stessa con nuovi esempi o limitare la descrizione, le rivendicazioni o i disegni originariamente depositati (cfr. art. 172, comma secondo, c.p.i.). Queste rettifiche e correzioni non possono determinare un ampliamento della domanda originaria, potendola solo precisare o limitare. Inoltre, ai sensi dell'art. 172, comma primo, c.p.i., il richiedente può sempre ritirare la domanda durante la procedura di esame pendente dinanzi all'UIBM, ossia prima della concessione del brevetto o del rifiuto della domanda. Su questi temi si rinvia al paragrafo 7 di questo capitolo.

⁹⁸ Cfr. art. 5 d.m. 27 giugno 2008.

comunicazione per la replica ⁽⁹⁹⁾. Se il richiedente non riscontra tempestivamente il rilievo dell'UIBM, questi respinge la domanda o l'istanza ex art. 173, comma quarto, c.p.i.

Se in seguito all'esame della domanda l'UIBM riscontra che la stessa deve essere accolta, l'Ufficio provvede alla concessione del brevetto ai sensi dell'art. 173, comma nono, c.p.i. Al contrario, in caso di rigetto della domanda di brevetto, il richiedente può ricorrere, entro trenta giorni, alla Commissione dei ricorsi, la quale, se accoglie il ricorso, ordina all'Ufficio di rilasciare il brevetto.

SEZ. II. LE MODIFICHE DELLA DOMANDA DI BREVETTO E DELL'OGGETTO DEL BREVETTO RILASCIATO

7. Le modifiche alla domanda di brevetto nel corso del procedimento di brevettazione: ritiro, correzioni e integrazioni della domanda

Il codice della proprietà industriale consente al richiedente (ossia a colui che ha depositato la domanda di brevetto) di intervenire sul testo brevettuale prima che il brevetto sia effettivamente concesso, o prima che la relativa domanda sia stata rigettata dall'UIBM. In particolare il richiedente può, in qualunque momento del procedimento amministrativo di brevettazione, ritirare, correggere o integrare la domanda di brevetto originariamente depositata.

⁹⁹ Si consideri che solo i motivi che sono stati oggetto di rilievo comunicato al richiedente possono essere posti alla base della decisione di rigetto (totale o parziale) della domanda, in ossequio a quanto previsto dall'art. 173, comma settimo, c.p.i. Nello stesso senso cfr. anche l'art. 14 *Trademark Law Treaty*: «An application or a request [...] may not be refused totally or in part by an Office without giving the applicant or the requesting party, as the case may be, an opportunity to make observations on the intended refusal within a reasonable time limit» e l'art. 11, comma sesto, *Patent Law Treaty*: «A request [...] may not be refused without the applicant or the owner being given the opportunity to make observations on the intended refusal within a reasonable time limit».

Il ritiro della domanda ai sensi dell'art. 172, comma primo, c.p.i. impedisce, ovviamente, la concessione del titolo o il rifiuto della domanda da parte dell'UIBM (¹⁰⁰).

Se la domanda è ritirata entro diciotto mesi dal deposito (o dalla data di priorità in essa rivendicata), questa rimane segreta e non costituisce anteriorità rispetto a una successiva domanda di brevetto. Ciò significa che una domanda identica, avente lo stesso oggetto, depositata successivamente al ritiro di quella precedente (purché il ritiro sia avvenuto nei diciotto mesi dal deposito), integrerebbe il requisito di novità ai fini di una valida brevettazione dell'invenzione. Al contrario, qualora l'istanza di ritiro venga proposta oltre diciotto mesi dal deposito della domanda di brevetto, quest'ultima deve considerarsi già nota e accessibile al pubblico, e dunque determinare l'anteriorità rispetto a una successiva domanda di brevetto avente lo stesso oggetto.

Il secondo comma dell'art. 172 c.p.i. disciplina le ulteriori facoltà, concesse al richiedente, di emendare la domanda di brevetto, inserendo correzioni o integrazioni. In particolare, nel corso del procedimento amministrativo di brevettazione, il richiedente può ottenere la correzione «negli aspetti non sostanziali» della domanda originariamente depositata o l'integrazione della domanda stessa «anche con nuovi esempi», nonché può di «limitare la descrizione, le rivendicazioni o i disegni originariamente depositati» (¹⁰¹). In ogni caso, la portata della domanda non può essere ampliata e riferita a nuovi ambiti non previsti dalla domanda originaria. Infatti, le facoltà di emendamento previste dall'art. 172, comma secondo, c.p.i. sono soggette al limite di cui all'art. 76, comma primo, lett.

¹⁰⁰ Una volta presentata l'istanza di ritiro della domanda, essa non può essere rinunciata. In questo senso cfr. la decisione della Commissione Ricorsi del 21 giugno 1996, n. 6359. Cfr. anche la decisione della Commissione Ricorsi del 15 aprile 1989, n. 5779, per cui «l'efficacia del ritiro si produce quando la relativa dichiarazione scritta giunge a cognizione dell'Ufficio».

¹⁰¹ Le correzioni e le integrazioni vengono di norma apportate con un'istanza che deve indicare le parti da emendare e, ove non si tratti di una correzione minimale, anche le pagine corrette che eventualmente l'Ufficio potrà utilizzare, sostituendole al testo originario. Si tratta di facoltà esercitabili spontaneamente dal richiedente ovvero su invito dell'UIBM. Al riguardo si noti che, l'art. 173, comma terzo, c.p.i., prevede l'obbligo del richiedente, su invito dell'UIBM, di completare o rettificare la documentazione dove ciò sia necessario per l'intelligenza del diritto delle proprietà industriale, oppure per meglio determinare l'ambito di tutela.

c), a mente del quale il brevetto è nullo se l'oggetto dello stesso si estende oltre il contenuto della domanda (¹⁰²).

L'art. 172 c.p.i. ha posto alcuni problemi di interpretazione. Ci si è chiesti, in primo luogo, quale rilevanza debba essere attribuita agli «aspetti non sostanziali» che legittimano la correzione della domanda originaria e, in secondo luogo, se la facoltà di integrare la domanda anche con nuovi esempi (¹⁰³) sia riferibile solo alla descrizione ovvero anche ai disegni e alle rivendicazioni brevettuali.

Con riferimento alla prima questione, la dottrina (¹⁰⁴) ha ritenuto che il riferimento agli «aspetti non sostanziali» della domanda, quale oggetto di possibile correzione da parte del richiedente, deve essere interpretato nel senso che il testo brevettuale, nel suo complesso, non può essere riscritto (¹⁰⁵).

Quanto al secondo interrogativo, si è ritenuto che la facoltà di integrazione riguardi non solo i disegni e la descrizione, ma anche le rivendicazioni brevettuali. Infatti, va considerato che il testo dell'art. 172 c.p.i.

¹⁰² L'art. 76, comma primo, lett. c) c.p.i. dispone che il brevetto è nullo «se l'oggetto del brevetto si estende oltre il contenuto della domanda iniziale» e, analogamente a quanto previsto per le privative nazionali, anche l'art. 123, comma secondo, CBE stabilisce che «la domanda di brevetto europeo o il brevetto europeo non può essere modificato in modo tale che il suo oggetto si estenda oltre il contenuto della domanda nel testo depositato in principio».

¹⁰³ Le Linee Guida dell'EPO stabiliscono che i nuovi esempi non presenti nella domanda originaria, ma rientranti nella formulazione ampia di una rivendicazione, potrebbero fornire indicazioni, per una persona esperta del ramo, che non erano evidenti dalla domanda originaria. Tali nuovi esempi potrebbero essere tenuti in conto dall'esaminatore come prova a favore della brevettabilità dell'invenzione ed essere conservati nel fascicolo della domanda e non inseriti nella descrizione della domanda stessa.

¹⁰⁴ BONINI, sub *art. 172 c.p.i.*, in SCUFFI-FRANZOSI-FITTANTE (a cura di), *Il Codice della proprietà industriale*, Padova, 2005, pp. 762 ss.; CARTELLA, *Il brevetto perfezionabile: modifica della domanda e del brevetto, priorità interna, altri rimedi*, cit., p. 86.

¹⁰⁵ L'antecedente dell'art. 172 c.p.i., ossia l'art. 26 reg. l. inv., consentiva al richiedente di correggere «negli aspetti formali, la descrizione e i disegni, originariamente depositati, mediante postille sulla descrizione e rettifiche dei disegni, sottoscritte dal richiedente o dal mandatario». Con l'entrata in vigore della legge 26 maggio 1978, n. 260, è stato espunto dall'art. 26 il riferimento agli «aspetti formali», mentre è stata aggiunta la possibilità di richiedere la correzione anche delle rivendicazioni. Al riguardo, la Relazione ministeriale ha precisato che «l'art. 26 è stato riformulato per favorire il richiedente nazionale in relazione alla necessità che potrebbe insorgere dopo il deposito della domanda di apportare variazioni correttive nell'ambito dello stesso contenuto inventivo». Con l'entrata in vigore del c.p.i., il legislatore ha sostituito il riferimento agli «aspetti formali» contenuto nel precedente (e abrogato) art. 26, e ha introdotto, nell'art. 172 c.p.i., l'inciso «aspetti non sostanziali».

non dice affatto che la possibilità di integrazione sarebbe riferibile solo alla descrizione, mentre le rivendicazioni (così come i disegni) sarebbero solo suscettibili di limitazione. Invero, la seconda parte della norma – «la descrizione, le rivendicazioni o i disegni originariamente depositati» – è retta da entrambi i verbi integrare e limitare, sicché sia la limitazione sia l'integrazione parrebbero riferibili a tutti gli elementi indicati nell'art. 172 c.p.i. Il richiedente può così pervenire a nuove rivendicazioni, diverse rispetto a quelle depositate originariamente, purché siano applicative della medesima idea inventiva, così come originariamente individuata, nel rispetto del divieto di modificare il contenuto della domanda di brevetto⁽¹⁰⁶⁾. In particolare, l'integrazione delle rivendicazioni può colmare una lacuna della domanda come originariamente depositata, mediante l'utilizzo di elementi quantomeno contenuti nella domanda iniziale, anche se non compiutamente descritti o rivendicati. Non sarà invece possibile l'integrazione con la quale si vada a sviluppare delle potenzialità, seppur insite nella domanda originaria, ma pur sempre implicanti un'elaborazione inventiva ulteriore, non contenuta nella domanda originaria⁽¹⁰⁷⁾.

Tale ultima soluzione sembra peraltro ricevere sostegno a livello sistematico.

In primo luogo, si è detto che, se le rivendicazioni originariamente depositate non fossero integrabili *ex art. 172 c.p.i.*, l'ipotesi di nullità *ex art. 76 c.p.i.* (per cui il brevetto è nullo se l'oggetto si estende oltre il contenuto della domanda) sarebbe di fatto superflua. Infatti, bisogna ricordare che l'oggetto del brevetto è costituito e delimitato dalle rivendicazioni, la modifica delle quali può incidere sulla portata della privativa, e dunque sul contenuto della domanda come *ab origine* depositata. Il riferimento al contenuto della domanda *ex art. 76 c.p.i.*, quindi, deve presupporre che sia possibile integrare le rivendicazioni, perché se rispetto a queste ultime fosse ammessa solo una modifica in difetto (ossia la limitazione) non vi

¹⁰⁶ Cass., 3 giugno 1998, n. 5445, in *GADI*, 1998, pp. 84 ss., ove peraltro si legge che «l'oggetto del brevetto per invenzione presenta normalmente una struttura di precisazione conclusiva e sintetica, non dovendo essere necessariamente rivendicato tutto il contenuto di una domanda ma semplicemente il contenuto suscettibile di precisare l'esclusiva».

¹⁰⁷ App. Milano, 6 febbraio 1990, in *GADI*, p. 193.

sarebbe mai un problema di nullità per superamento del contenuto della domanda originaria.

In secondo luogo, va rilevato che l'art. 5 del d.m. del 27 giugno 2008 consente al richiedente di inviare all'UIBM, una volta ricevuto il rapporto di ricerca dall'EPO, «una stesura modificata delle descrizioni, delle rivendicazioni e dei disegni» nonché «argomentazioni sul rapporto di ricerca e precisazioni sull'ammissibilità delle rivendicazioni emendate e sulla conformità delle stesse alle disposizioni dell'articolo 76, comma 1, lettera c) del Codice della proprietà industriale». Pertanto, se il richiedente può modificare/emendare le rivendicazioni una volta ricevuto il rapporto di ricerca dell'EPO, la stessa attività dovrebbe essere a lui concessa laddove si attivi spontaneamente dopo il deposito della domanda, ma prima di aver ricevuto il rapporto dell'EPO.

In terzo luogo, si è sostenuto che la negazione della possibilità per il richiedente di integrare le rivendicazioni durante il procedimento amministrativo di brevettazione sarebbe in contrasto con l'art. 160, comma quarto, reg. att. c.p.i., per cui le rivendicazioni «devono essere presentate, ove non siano state accluse alla descrizione al momento del deposito, entro il termine di due mesi dalla data della domanda. In tal caso resta ferma la data del deposito già riconosciuta». Sarebbe del tutto irragionevole che, nel caso di deposito delle rivendicazioni insieme alla domanda di brevetto, queste non possano mai essere integrate da parte del richiedente *ex art.* 172 c.p.i., mentre nel caso di omessa allegazione delle rivendicazioni alla domanda di brevetto, queste ultime possano essere depositate *ex novo* fino a due mesi dopo il deposito della domanda.

In quarto e ultimo luogo, il divieto di integrare le rivendicazioni nel corso del procedimento di brevettazione sarebbe in contrasto con la disciplina della CBE che, al contrario, prevede la possibilità di modificare integralmente la domanda di brevetto europeo. L'art. 123 CBE dispone espressamente che «la domanda di brevetto europeo o il brevetto europeo può essere modificato nella procedura dinanzi all'Ufficio europeo dei brevetti conformemente al regolamento di esecuzione. In ogni caso, il richiedente può, di propria iniziativa, modificare almeno una volta la domanda». La modifica delle rivendicazioni del brevetto europeo deve,

però, rispettare il limite per cui l'oggetto del brevetto non si deve estendere oltre il contenuto della domanda così come determinato nel testo depositato in principio (art. 123, comma secondo, CBE). Inoltre, l'art. 137, secondo comma, del regolamento di esecuzione prevede che il richiedente, una volta ricevuto il rapporto di ricerca dell'EPO, può modificare la descrizione, le rivendicazioni e i disegni (¹⁰⁸).

8. *Le modifiche dell'oggetto del brevetto una volta concesso*

In seguito alla concessione, e durante tutto il periodo di validità, il titolare del brevetto può rinunciare integralmente allo stesso o può restringerne l'ambito di protezione mediante il procedimento di limitazione delle rivendicazioni brevettuali. La portata della privativa può inoltre essere ridotta all'esito del giudizio avente a oggetto la validità del brevetto, mediante una sentenza di nullità, parziale o totale, del titolo.

8.1. *La rinuncia*

La rinuncia del brevetto è disciplinata dall'art. 78 c.p.i. (¹⁰⁹), a mente del quale «il titolare può rinunciare al brevetto con atto ricevuto

¹⁰⁸ Si è inoltre sottolineato che il potere di integrazione delle rivendicazioni è esercitabile dal richiedente anche nella fase di esame della validità avanti all'UIBM, posto che l'art. 6, comma secondo, del d.m. 27 giugno 2008, sotto la rubrica «ricerca di anteriorità relativamente alle domande di brevetto per invenzione industriale», stabilisce che, durante tale fase, è fatta salva «la facoltà di cui all'art. 172 co. 2» c.p.i. Cfr. CARTELLA, *Il brevetto perfezionabile: modifica della domanda e del brevetto, priorità interna, altri rimedi*, cit., pp. 86-87.

¹⁰⁹ Tale norma riprende l'art. 59 *ter* l. inv., introdotto dal d.p.r. 338/1979 su ispirazione dell'art. 50 CBC. L'art. 78 c.p.i. si applica anche ai brevetti per invenzioni biotecnologiche, ai brevetti per modelli di utilità e ai brevetti per nuove varietà vegetali, sante i rinvii operati dalla norma citata rispettivamente agli artt. 81, 81 *bis* e 116 c.p.i. È stata da alcuni criticata l'esigenza, avvertita dal legislatore domestico, di prevedere normativamente l'istituto della rinuncia del brevetto, posto che, anche anteriormente all'introduzione dell'art. 172 c.p.i. (e dei suoi antecedenti storici), la rinuncia del brevetto era ipotizzabile sulla base dei principi generali. Così RAMELLA, *Trattato della proprietà industriale*, I, Torino, 1927, p. 303. In giurisprudenza cfr. App. Milano, 10 maggio 1957, in *Riv. propr. int. ind.*, 1957, p. 85. Per GANDIN, sub *art. 78 c.p.i.*, in L. C.

dall'Ufficio italiano brevetti e marchi, da annotare sul registro dei brevetti»⁽¹¹⁰⁾. Il secondo comma della disposizione citata subordina, poi, l'efficacia della rinuncia al consenso dei titolari di diritti patrimoniali risultanti da atti o sentenze trascritti presso l'UIBM.

La rinuncia alla domanda di brevetto consiste in una manifestazione di volontà del titolare della privativa, da farsi per iscritto⁽¹¹¹⁾, con la quale quest'ultimo dichiara di soprassedere all'esclusiva brevettuale, consentendo così ai terzi di realizzare l'invenzione prima brevettata, in quanto non più sottoposta al monopolio sullo sfruttamento del trovato.

La rinuncia può essere solo totale, cioè relativa all'intero brevetto, in quanto una rinuncia parziale altro non sarebbe che una limitazione del brevetto, disciplinata autonomamente dall'art. 79 c.p.i. Inoltre, la rinuncia è definitiva e, quindi, non può essere revocata dal titolare del brevetto, quanto meno una volta che l'atto sia stato ricevuto dall'UIBM e annotato nel registro dei brevetti⁽¹¹²⁾. In caso contrario, infatti, si dovrebbe para-

UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., cit., p. 477, la giustificazione dell'intervento legislativo può essere riscontrata nella scarsa disciplina del secondo comma dell'art. 172 c.p.i.

¹¹⁰ Nello stesso senso dispone anche l'art. 50, secondo comma, CBE per cui «*The surrender must be declared in writing to the European Patent Office by the proprietor entered in the Register of Community Patents. It shall not have effects until it is entered in the Register*». Con riferimento al brevetto europeo, si veda l'art. 105 *bis* CBE, il cui primo comma stabilisce la possibilità del titolare di chiedere la revoca del brevetto, e dunque di rinunciare al brevetto con effetto in tutti gli Stati, mediante il deposito dell'atto di rinuncia dinanzi all'EPO. Il secondo comma dell'art. 105 *bis* CBE precisa che la richiesta di revoca non può essere presentata se è pendente una procedura di opposizione relativa al brevetto europeo.

¹¹¹ Ciò sembra suggerire il secondo comma dell'art. 172 c.p.i., anche se con riferimento al consenso degli aventi diritto, nonché l'art. 50, comma secondo, CBC. In senso conforme cfr. CARTELLA, in FRANCESCHELLI, *Brevetti, marchi, ditta, insegna*, I, cit., p. 380. La rinuncia effettuata in modo diverso deve ritenersi inesistente per GANDIN, sub art. 78 c.p.i., in *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., cit., p. 478.

¹¹² La dottrina unanime ritiene inammissibile la revoca della rinuncia DI CATALDO, in *Revisione della legislazione nazionale in materia di brevetti per invenzioni industriali in applicazione della delega di cui alla legge 26 maggio 1978, n. 260 – Commentario a cura di P. Marchetti*, CI., p. 816; CARTELLA, in FRANCESCHELLI, *Brevetti, marchi, ditta, insegna*, I, cit., p. 380, il quale precisa inoltre che la revoca non può essere sottoposta a condizione; GANDIN, sub art. 78 c.p.i., in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., cit., p. 478, secondo cui la soluzione proposta dalla dottrina potrebbe essere temperata ritenendo che fino a quando la rinuncia non si sia perfezionata, perché l'atto non è stato annotato nel registro brevetti, la revoca della rinuncia dovrebbe ritenersi ammissibile

dossalmente concludere che l'ex titolare del brevetto potrebbe riappropriarsi della privativa rinunciata, quando questa è ormai caduta in pubblico dominio.

La giurisprudenza ⁽¹¹³⁾ ha rilevato che la rinuncia ha effetto *ex nunc* ⁽¹¹⁴⁾, sicché il titolare della privativa rinunciata potrà agire nei confronti degli asseriti contraffattori che abbiano compiuto atti di contraffazione quando l'invenzione era ancora coperta da valido brevetto (poi rinunciato), sempre che siano rispettati i termini di prescrizione ⁽¹¹⁵⁾.

La rinuncia integra un'ipotesi di estinzione del brevetto ⁽¹¹⁶⁾, il cui effetto è – come si è visto – quello di far venir meno il monopolio garantito dall'esclusiva brevettuale al titolare del brevetto. Il medesimo effetto sarebbe peraltro conseguibile semplicemente omettendo di pagare i diritti per il mantenimento in vita dei brevetti, integrando in questo modo un'ipotesi di decadenza del brevetto *ex art. 75 c.p.i.* che ha l'effetto analogo della rinuncia senza la necessità di osservare le relative formalità ⁽¹¹⁷⁾.

(nello stesso senso DRAGOTTI, in SCUFFI-FRANZOSI-FITTANTE, *Diritto industriale italiano*, I, p. 722).

¹¹³ App. Milano, 10 maggio 1957, in *Riv. propr. int. ind.*, 1957, p. 85. *Contra*: BOSOTTI, in GALLI-GAMBINO, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, Torino, 2011, p. 799.

¹¹⁴ In particolare si è ritenuto che il momento perfezionativo della fattispecie sia quello dell'annotazione dell'atto di rinuncia nel registro dei brevetti.

¹¹⁵ CARTELLA, in FRANCESCHELLI, *Brevetti, marchi, ditta, insegna*, I, cit., p. 381. V. anche DRAGOTTI, in SCUFFI-FRANZOSI-FITTANTE, *Diritto industriale italiano*, I, cit., pp. 722 ss., il quale rileva che il potenziale contraffattore potrebbe sfuggire alla condanna per gli asseriti atti di contraffazione eccependo la nullità del brevetto.

¹¹⁶ Per la qualificazione della rinuncia del brevetto come ipotesi di decadenza cfr. FALCE, *Diritto d'autore e innovazione «derivata» nelle information technologies*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, I, p. 86.

¹¹⁷ GANDIN, sub *art. 78 c.p.i.*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., cit., p. 478, il quale rileva però che, in questo caso, il titolare del brevetto potrebbe incorrere in responsabilità nei confronti di coloro che vantino sul titolo dei diritti.

8.2. *La nullità parziale*

Abbiamo visto che, in sede di procedimento amministrativo volto al rilascio del titolo di proprietà industriale, il brevetto è sottoposto a un controllo preventivo di validità da parte dell'UIBM, superato il quale l'Ufficio rilascia il titolo al richiedente (¹¹⁸). Nonostante ciò può accadere che, successivamente alla concessione del brevetto, quest'ultimo possa essere dichiarato nullo (totalmente o parzialmente) in accoglimento della domanda di nullità proposta da un soggetto terzo, in genere un concorrente del titolare del brevetto. Il nostro sistema, infatti, prevede un controllo successivo della validità del brevetto demandato all'autorità giurisdizionale, come peraltro confermato dall'art. 117 c.p.i. ai sensi del quale la concessione del brevetto non pregiudica l'esercizio delle azioni giudiziarie circa la sua validità (¹¹⁹).

Il legislatore non ha definito il concetto di nullità del brevetto (¹²⁰). In particolare, ci si è chiesti se, a prescindere dall'espressione utilizzata dal legislatore, l'istituto previsto dall'art. 76 c.p.i. sia da qualificarsi effettivamente come un'ipotesi di nullità ovvero di annullamento, anche alla luce del fatto che il sistema brevettuale pare non conoscere il dovere del

¹¹⁸ Si rinvia al paragrafo 6 di questo capitolo.

¹¹⁹ Con specifico riferimento al brevetto europeo cfr. App. Milano, 26 luglio 2002, in *GADI*, 2004, 254.

¹²⁰ Tale lacuna normativa è stata in parte colmata dalla dottrina che, nella vigenza della vecchia legge invenzioni del 1865, ha parlato di nullità come vizio anteriore alla domanda o al rilascio del titolo, che avrebbe portato alla contestazione di un brevetto di mera apparenza (BOSIO, *Le privative industriali nel diritto italiano*, Torino, 1891, p. 224; RAMELLA, *Trattato della proprietà industriale*, I, cit., p. 312; FINOCCHIARO, *Sistema di diritto industriale*, I, Padova, 1932, p. 285). La dottrina più recente, alla luce del testo della legge invenzioni del 1939, ha tentato di circoscrivere il concetto di nullità del brevetto ai vizi del contenuto dell'invenzione (LUZZATTO, *Teoria e tecnica dei brevetti d'invenzione*, Milano, 1960, p. 75.). Oggi, alla luce del testo dell'art. 76 c.p.i., entrambe le definizioni debbono ritenersi abbandonate: pare «più opportuno limitarsi ad attribuire al termine nullità la generica funzione di cerniera concettuale e linguistica tra una serie disgiuntiva di antecedenti, le cause, ed una serie congiuntiva di conseguenze, gli effetti» (GANDIN, sub art. 76 c.p.i., in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., cit., p. 463; SPADA, *Problemi della nullità del brevetto d'invenzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 215, nonché in AA.VV., *Studi in onore di Remo Franceschelli*, cit., p. 357).

giudice di rilevare *ex officio* la nullità del titolo (¹²¹), dovere che, al contrario, rappresenta un principio fondamentale in ambito negoziale (¹²²).

In generale, la disciplina della nullità del brevetto si rinviene negli artt. 76 e 77 c.p.i., che regolano, rispettivamente, le cause di nullità del titolo e gli effetti della sentenza di nullità del brevetto, nonché negli artt. 120 e seguenti c.p.i. attinenti agli aspetti processuali dell'azione di nullità

¹²¹ GANDIN, sub art. 76 c.p.i., in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., cit., p. 463; VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., pp. 552 ss. In giurisprudenza cfr. Trib. Milano, 14 giugno 2011, in *GADI*, 2013, 206; Trib. Milano, 6 agosto 2012, *ivi*, 2012, 1049; Trib. Torino, 18 ottobre 2011, *ivi*, 2011, 1370.

¹²² Cfr., tra le tante, Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243 (in *Foro it.*, 2015, I, c. 862, con note di ADORNO, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: il nuovo intervento delle sezioni unite*; PALMIERI-PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*; DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*; PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite*; PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: quid iuris?*; in *Giur. it.*, 2015, pp. 70 ss., con nota di PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*; in *Giur. it.*, 2015, pp. 1386 ss., con nota di BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*; in *Corr. giur.*, 2015, p. 88, con nota di V. CARBONE, *"Porte aperte" delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*; in *Cont.*, 2015, pp. 113 ss., con nota di PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*; in *Giusto proc. civ.*, 2015, pp. 137 ss., con nota di PAGLIANTINI, *"Parigi val bene una messa"? Le Sezioni Unite su rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, pp. 299 ss., con nota di RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, pp. 185 ss., con nota di PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*. Le due pronunce sono commentate anche da: CAVALLINI, *Il principio della domanda e la «giustizia della decisione»: verso una nuova giurisprudenza?*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 302 ss.; CONSOLO-GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 225 ss.; GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 1564 ss.; MENCHINI, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale; esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, cc. 931 ss.; VERDE, *Sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 747 ss.); Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Giust. civ.*, 2012, 10, I, p. 2275. Da ultimo v. anche Cass., sez. un., 22 marzo 2017, n. 7294, in *Giust. civ. Mass.*, secondo cui «il potere di rilievo officioso della nullità del contratto spetta anche al giudice investito del gravame relativo ad una controversia sul riconoscimento di pretesa che suppone la validità ed efficacia del rapporto contrattuale oggetto di allegazione - e che sia stata decisa dal giudice di primo grado senza che questi abbia prospettato ed esaminato, né le parti abbiano discusso, di tali validità ed efficacia - trattandosi di questione afferente ai fatti costitutivi della domanda ed integrante, perciò, un'eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio anche in appello, ex art. 345 c.p.c.».

(giurisdizione e competenza, onere della prova, legittimazione ed interesse ad agire).

Per quanto concerne le cause di nullità del brevetto, esse sono tassativamente ⁽¹²³⁾ elencate nell'art. art. 76 c.p.i. ⁽¹²⁴⁾. Si ha nullità del brevetto quando: a) l'invenzione non è brevettabile perché il trovato è ricompreso tra quelli dichiarati non brevettabili *ex artt.* 45 e 50 c.p.i. oppure l'invenzione manca dei requisiti di novità, industrialità o attività inventiva; b) l'invenzione non è descritta in modo sufficientemente chiaro e completo *ex art.* 51 c.p.i.; c) l'oggetto del brevetto si estende oltre il contenuto della domanda iniziale o la protezione è stata estesa; d) il titolare del brevetto non aveva diritto ottenerlo essendosi sostituito all'avente diritto nella richiesta della protezione brevettuale.

Il secondo comma dell'art. 76 c.p.i. prevede che, in caso di nullità parziale del brevetto, la sentenza comporta una corrispondente limitazione del brevetto, «e nel caso previsto dall'articolo 79, comma 3, [la sentenza] stabilisce le nuove rivendicazioni conseguenti la limitazione» ⁽¹²⁵⁾.

¹²³ Nel silenzio della legge sul punto, nel vigore dell'art. 57 della legge invenzioni n. 3731 del 1859, hanno ritenuto che l'elenco fosse tassativo: BOSIO, *Le privative industriali nel diritto italiano*, cit., p. 227; RAMELLA, *Trattato della proprietà industriale*, I, cit., p. 318; FINOCCHIARO, *Sistema di diritto industriale*, I, cit., p. 285. Per indicazioni della giurisprudenza del secolo scorso che ha aderito all'impostazione rigida si rinvia GANDIN, sub *art. 76 c.p.i.*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., cit., p. 465. Anche la giurisprudenza più recente ha adottato la soluzione del *numerus clausus* delle cause di nullità del brevetto: App. Milano, 16 novembre 1993, in *GADI*, 1994, p. 494; Trib. Milano, 14 dicembre 1987, *ivi*, 1988, p. 350; Trib. Napoli, 21 novembre 1997, in *Dir. ind.*, 1998, p. 106. Nello stesso senso, in dottrina, cfr. tra i tanti SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, I ed., p. 288; FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 331; ID., *L'invenzione farmaceutica nel sistema italiano dei brevetti*, Milano, 1985, p. 68; SPADA, *Problemi della nullità del brevetto d'invenzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 217. Tale impostazione è peraltro conforme agli art. 138 CBE e 57 CBC che si esprimono chiaramente nel senso della tassatività.

¹²⁴ Sulla genesi dell'art. 76 c.p.i. cfr. GANDIN, sub *art. 76 c.p.i.*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., cit., p. 464.

¹²⁵ La nullità parziale del brevetto è stata introdotta nella vecchia legge invenzioni con la riforma del 1979, anche se, già durante la vigenza della legge n. 3731 del 1859, non erano mancate opinioni dottrinali favorevoli circa la possibilità di una declaratoria di nullità parziale del brevetto (RAMELLA, *Trattato della proprietà industriale*, I, cit., p. 317; FINOCCHIARO, *Sistema di diritto industriale*, I, cit., p. 275; LUZZATTO, *Teoria e tecnica dei brevetti d'invenzione*, II, cit., pp. 387 ss.), contrastate da un certo orientamento giurisprudenziale che faceva leva sul principio dell'unitarietà del brevetto e sul divieto del giudice di interferire nell'attività della pubblica amministrazione (in questo senso cfr. App. Milano, 28 gennaio 1972, in *GADI*, 1972, p. 410; Trib. Milano, 10 aprile 1969, in *Riv. dir. ind.*, 1969, II, p. 118; Trib. Milano, 20 novembre 1969, *ivi*,

L'istituto in questione è ispirato al principio della conservazione degli atti giuridici: nonostante il brevetto sia nullo e quindi non avrebbe potuto essere rilasciato dall'UIBM (o dall'EPO), è comunque possibile "salvarlo", sempreché possieda i requisiti previsti *ex lege* di validità parziale.

Al principio della conservazione degli atti giuridici è ispirato anche l'istituto della conversione del brevetto d'invenzione nullo di cui al terzo comma dell'art. 76 c.p.i. (¹²⁶). Tale disposizione prevede che il brevetto d'invenzione nullo (¹²⁷) può produrre gli effetti di un diverso brevetto del quale contenga i requisiti di validità e che sarebbe stato voluto dal richiedente qualora questi ne avesse conosciuto la nullità. Il titolare del brevetto è quindi onerato di proporre, in ogni stato e grado del giudizio (¹²⁸), apposita domanda di conversione, in via principale o in via riconvenzionale,

1971, II, p. 277). Tuttavia, la lacuna normativa e l'ostacolo sollevato da talune pronunce giurisprudenziali sono stati superati dalla giurisprudenza mediante le sentenze c.d. interpretative del brevetto con le quali i giudici, accertata la prevalenza della parte valida su quella invalida, limitavano l'ambito della protezione conferito dal brevetto (App. Milano, 24 dicembre 1976, in *GADI*, 1976, p. 811; Trib. Milano, 20 novembre 1969, cit., Trib. Milano, 24 maggio 1976, *ivi*, 1976, p. 498). A favore dell'ammissibilità anche oggi di sentenze interpretative del brevetto, purché non allarghino l'ambito di estensione dell'esclusiva v. App. Milano, 11 aprile 1995, in *GADI*, 1995, p. 941; App. Milano, 25 giugno 2002, *ivi*, 2003, p. 326; Trib. Tortona, 29 agosto 1996, *ivi*, 1997, p. 301; Trib. Bergamo, 22 marzo 2002, *ivi*, 2002, p. 754; Trib. Milano, 27 marzo 2004, *ivi*, 2004, p. 972.

¹²⁶ L.C. UBERTAZZI, *Modificazioni alla domanda e conversione del brevetto nullo*, cit., pp. 281 ss.; CAZZANIGA, *Conversione di brevetto d'invenzione nullo in brevetto per modello di utilità*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, II, pp. 273 ss.; CARTELLA, *La conversione del brevetto nullo*, Milano, 1993, p. 24; SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, Milano, 2009, p. 448; GHIDINI-DE BENEDETTI, *Codice di proprietà industriale: commento alla normativa sui diritti derivanti da brevettazione e registrazione*, cit., p. 212; SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, III ed., Milano, 1990, p. 549. In giurisprudenza cfr. Trib. Tortona, 29 agosto 1996, in *GADI*, 1997, p. 301.

¹²⁷ Presupposto per l'applicabilità dell'art. 76, comma terzo, c.p.i. è che il brevetto da convertire sia nullo, nullità che in questo caso si riferisce all'ipotesi derivante dall'erronea qualificazione del trovato (L.C. UBERTAZZI, *Modificazioni alla domanda e conversione del brevetto nullo*, cit., p. 283). Ulteriori presupposti – come subito nel testo – sono rappresentati dal fatto che il trovato oggetto del brevetto nullo possieda i requisiti di valida brevettabilità propri del brevetto derivante dalla conversione (CARTELLA, *La conversione del brevetto nullo*, cit., p. 80) e dal fatto che il richiedente, se avesse conosciuto la causa di invalidità, avrebbe voluto il diverso brevetto (CARTELLA, *Brevetti per invenzioni industriali*, in FRANCESCHELLI, *Brevetti, marchio, ditta, insegna*, I, Torino, 2003, p. 250).

¹²⁸ È lo stesso terzo comma dell'art. 76 c.p.i. a prevedere che «la domanda di conversione può essere proposta in ogni stato e grado del giudizio». Come rilevato dalla dottrina (PICCARRETTERRANO, *Il nuovo diritto industriale*, Milano, 2005, p. 326; SENA, *Prime note al codice di*

non potendo la stessa essere implicitamente contenuta nella domanda di accertamento della validità del brevetto ⁽¹²⁹⁾ ovvero essere fatta valere quale eccezione ⁽¹³⁰⁾.

Tale istituto, che realizza l'estensione, al campo delle privative industriali, della disciplina della conversione del contratto nullo *ex art.* 1424 c.c., è stato ritenuto applicabile anche nelle ipotesi di nullità parziale del brevetto ⁽¹³¹⁾, sicché il brevetto parzialmente invalido può essere "salvato" a seguito della conversione in altro brevetto. L'istituto *de quo* è strutturato non come convalidazione bensì conversione in senso tecnico, e cioè capacità del titolo originario di produrre un effetto diverso (*i.e.* l'effetto di un titolo diverso del quale il titolo originario presenta tutti i requisiti). Si è osservato che in assenza della disciplina della conversione del

proprietà industriale, in *Riv. dir. ind.*, 2005, I, p. 301), la modifica legislativa ha consentito di superare il limite posto in passato dalla giurisprudenza secondo cui occorre che tale domanda fosse proposta nei limiti di cui all'art. 183 c.p.c. Cfr. anche GHIDINI-DE BENEDETTI, *Codice di proprietà industriale: commento alla normativa sui diritti derivanti da brevettazione e registrazione*, cit., p. 213, per spunti in merito alle ripercussioni processuali dell'interpretazione ed applicazione testuale dell'art. 76, comma terzo, c.p.i.

¹²⁹ SCUFFI-FRANZOSI-FITTANTE, *Il codice della proprietà industriale*, cit., p. 390. In giurisprudenza cfr. App. Milano, 18 gennaio 2000, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, pp. 227 ss., con nota di FRANZOSI, *Accorpare, integrare, riscrivere le rivendicazioni*; Trib. Milano, 11 marzo 1996. La conversione del brevetto non può derogare al principio della domanda e presuppone pertanto un'istanza esplicita dell'interessato, da avanzarsi nei modi e nei tempi prescritti dal codice di rito (Cass., 8 luglio 2004, n. 12545, in *Giur. it.*, 2005, p. 1436; App. Milano, 11 giugno 1999, in *Dir. ind.*, 2005, 5, con nota di PRADO, *La nullità dei brevetti: consulenza tecnica ed onere della prova*; App. Milano, 5 maggio 1992, in *GADI*, 1992, 604). Da ciò consegue anche che la conversione del brevetto nullo non può essere dichiarata d'ufficio dal giudice (App. Milano, 5 maggio 1992, cit.).

¹³⁰ PICCARRETA-TERRANO, *Il nuovo diritto industriale*, cit., p. 236. In giurisprudenza v. App. Milano, 4 dicembre 2001; App. Milano, 27 gennaio 1995.

¹³¹ Trib. Modena, 27 luglio 1994, in *GADI*, 1994, p. 848. *Contra*: Trib. Milano, 27 marzo 2012, in *GADI*, 2013, p. 453; Trib. Bologna, 30 aprile 2010, *ivi*, 2010, p. 572, sulla base della considerazione formale secondo cui il nuovo brevetto non sostituirebbe quello dichiarato parzialmente nullo, ma vi si aggiungerebbe. Anche la dottrina si è espressa in senso negativo in quanto la conversione richiederebbe all'autorità giudiziaria, dopo aver proceduto alla scissione della parte valida del brevetto per invenzione da quella invalida, di travasare quest'ultima in un nuovo ed autonomo titolo brevettuale a sua volta formante l'oggetto di un titolo amministrativo costituito dal brevetto per modello d'utilità. Il procedimento – si è sostenuto – porrebbe in essere un nuovo attestato, che si aggiungerebbe a quello originario, duplicando così i titoli brevettuali e consentendo all'autorità giurisdizionale di svolgere un'attività propria di quella amministrativa (CARTELLA, *Brevetti per invenzioni industriali*, in FRANCESCHELLI, *Brevetti, marchio, ditta, insegna*, I, cit., p. 249).

brevetto nullo di cui all'art. 76, comma terzo, c.p.i., il giudice non potrebbe sostituire il titolo brevettuale nullo con quello potenzialmente valido, stante il principio di separazione dei poteri fra autorità amministrativa che rilascia il titolo e quella giurisdizionale che giudica della validità o meno della privativa (¹³²).

Ai sensi dell'art. 77 c.p.i., la sentenza dichiarativa della nullità (parziale o totale) del brevetto ha efficacia retroattiva, operando sin dalla data di concessione del brevetto, restando impregiudicati gli atti di esecuzione di sentenze di contraffazione passate in giudicato già compiute, i contratti aventi ad oggetto l'invenzione conclusi prima del passaggio in giudicato della sentenza di nullità nella misura in cui siano già stati eseguiti e, infine, i pagamenti già effettuati *ex artt.* 64 e 65 c.p.i. a titolo di equo premio, canone o prezzo.

Inoltre, dal punto di vista soggettivo, la sentenza di nullità del brevetto ha efficacia *erga omnes* e deve essere annotata nel registro a cura dell'UIBM. Il principio è stato confermato di recente dalla Suprema Corte che ha chiarito che «le sentenze che dichiarano la nullità di un brevetto, totale o parziale, una volta passate in giudicato, hanno efficacia *erga omnes*, ai sensi dall'art. 123 c.p.i., ossia s'impongono non solo alle parti del giudizio in cui sono rese e ai loro aventi causa, ma a tutti i consociati, compresi quelli nei confronti dei quali il brevetto sia stato giudicato interamente valido» (¹³³).

L'art. 122 c.p.i., sotto la rubrica «legittimazione all'azione di nullità e di decadenza», dispone che l'azione diretta ad ottenere la dichiarazione di nullità di un titolo di proprietà industriale (¹³⁴) può essere esercitata, in via principale o in via riconvenzionale (¹³⁵), da chiunque vi abbia

¹³² GHIDINI-DE BENEDETTI, *Codice di proprietà industriale: commento alla normativa sui diritti derivanti da brevettazione e registrazione*, cit., p. 212.

¹³³ Cass., 25 luglio 2016, n. 15339, in *Guida al dir.*, 2016, 34, 56.

¹³⁴ È discusso in dottrina se l'azione di nullità possa avere ad oggetto solo diritti titolati (in questo senso GUGLIEMMETTI, *Il processo*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, cit., p. 129) ovvero anche diritti non titolati (così A. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., p. 123).

¹³⁵ Non si ha giudizio di nullità qualora la questione della validità/invalidità del brevetto sia sollevata per mezzo di eccezione, e non sia esperita idonea domanda (in via principale o riconvenzionale). Infatti, nel primo caso (eccezione di nullità), la nullità è introdotta nel processo

interesse⁽¹³⁶⁾, o può essere promossa d'ufficio dal P.M.⁽¹³⁷⁾. Inoltre, ai sensi del quarto comma dell'art. 122 c.p.i., l'azione di nullità deve essere esercitata nel contraddittorio di tutti coloro che risultino annotati nel registro quali «aventi diritto» sul titolo. La *ratio* del litisconsorzio necessario

come causa di invalidità del diritto di brevetto dedotto in giudizio dalla controparte (ad esempio, mediante azione di contraffazione), sicché essa punta esclusivamente al rigetto dell'avversa domanda. Viceversa, nel secondo caso (domanda di nullità), il giudice dovrà pronunciarsi sulla validità o meno del titolo, con efficacia di giudicato.

¹³⁶ La legittimazione spetta, in linea di principio, a tutti gli operatori economici presenti nel settore in cui la privativa si riferisce o prossimi ad entrarvi. Si ammette «cioè la legittimazione attiva di qualsiasi imprenditore concorrente del titolare, sulla base dell'affermazione che egli trova nella presenza del diritto un ostacolo all'esercizio della propria attività, e senza chiedere la dimostrazione di uno specifico interesse che questa formula evocherebbe» (A. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., p. 294. In giurisprudenza cfr. Trib. Torino, 2 aprile 2009, in *GADI*, 2009, p. 5419). Per un approfondimento del tema v. DI FAZZIO, sub art. 122 c.p.i., in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., cit., p. 670, nonché la dottrina e giurisprudenza ivi citata. GIUSSANI, *Corso di diritto processuale delle imprese*, Bologna, 2015, p. 15, rileva che la legittimazione attiva per l'azione di nullità del brevetto è particolarmente ampia, e spiega tale ampiezza sulla base del fatto che le privative hanno un effetto limitativo della concorrenza per cui «sussiste un interesse generale all'ablazione dei titoli».

¹³⁷ Sono inoltre legittimati attivi alle azioni di nullità e decadenza del brevetto (i) il licenziatario (A. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., p. 551; SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, I ed., cit., p. 348; App. Milano, 16 maggio 1972, in *GADI*, 1972, p. 830; Trib. Roma, 31 ottobre 1972, *ivi*, p. 1460; Trib. Milano, 24 maggio 1974, *ivi*, 1974, p. 710; Trib. Milano, 20 giugno 1974, *ivi*, p. 866. L'esplicita attribuzione della legittimazione attiva del licenziatario è stata riconosciuta dall'art. 47 dell'Accordo sul Tribunale unificato dei brevetti, il quale peraltro distingue tra legittimazione del licenziatario esclusivo e di quello non esclusivo. *Contra*: MANGINI, *La licenza di brevetto*, Padova, 1970, pp. 141 ss., per il quale la legittimazione attiva del licenziatario sussisterebbe solo nel caso di licenza obbligatoria), (ii) il cessionario ed il cedente dei diritti di proprietà industriale (SPADA, *Problemi della nullità del brevetto d'invenzione*, in *Studi in onore di Remo Franceschelli*, cit., p. 372); (iii) il brevettante o registrante non avente diritto che faccia valere in giudizio una causa di nullità ex art. 76 c.p.i. (Trib. Bologna, 20 ottobre 2009, in *GADI*, 2009, 5462/3); (iv) l'associazione di categoria costituita allo scopo di eliminare privative invalide che impediscano la libera fabbricazione e commercializzazione dei prodotti realizzati dagli associati (Trib. Torino, 10 giugno 1998, in *GADI*, 1998, 701); (v) il titolare ed il licenziatario del segno anteriore confliggente (Trib. Roma, 17 settembre 1973, in *GADI*, 1973, 1063); (vi) il convenuto in contraffazione del titolo di proprietà industriale sospettato di invalidità (App. Milano, 9 settembre 1975, in *GADI*, 1975, 583). In generale, sulla legittimazione ad agire ex art. 122 c.p.i. cfr. DANOVÌ, *Legittimazione attiva e passiva e tutela delle privative*, in GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Quaderni di AIDA n. 23, Torino, 2012, p. 113, il quale peraltro sottolinea che l'art. 122 c.p.i. eleva il requisito dell'interesse a titolo di legittimazione.

passivo deriva proprio dalla efficacia *erga omnes* delle pronunce dichiarative della nullità del diritto di proprietà industriale (¹³⁸).

8.3. *La riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali. I procedimenti di limitazione individuati dal c.p.i.*

Oltre alla rinuncia del brevetto da parte del titolare della privativa e alla pronuncia di nullità (totale o parziale) del titolo mediante una sentenza di accertamento con efficacia *erga omnes*, l'oggetto del brevetto rilasciato può subire una modificazione anche a seguito di una riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali.

La limitazione del brevetto è quell'istituto in forza del quale il titolare della privativa può, una volta che il titolo sia stato concesso, ridurne volontariamente la portata al fine di evitare conflitti con documenti d'arte anteriore che potrebbero in futuro invalidare, in tutto o in parte, il brevetto medesimo. Sotto questo profilo si è acutamente affermato che la possibilità di chiedere la limitazione del brevetto costituisce un diritto potestativo del titolare (¹³⁹), il quale potrebbe avere interesse ad autolimitare la portata della propria privativa allorquando, resosi conto dei "difetti" del proprio titolo, voglia prevenire un'azione di accertamento della nullità parziale del brevetto o addirittura una pronuncia di nullità totale, evitando peraltro la soccombenza nel relativo (potenziale) giudizio e le conseguenze in tema di spese giudiziali (¹⁴⁰).

¹³⁸ In argomento v. per tutti F. FERRARI, *Il litisconsorzio nelle controversie IP*, in GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, cit., pp. 134 ss.; ID., *Il sequestro dell'anima. Natura e funzione del sequestro in materia di proprietà intellettuale*, cit., pp. 47 ss.

¹³⁹ Così FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 335.

¹⁴⁰ FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 336.

Il codice della proprietà industriale, e precisamente l'art. 79 c.p.i. ⁽¹⁴¹⁾, individua oggi tre tipi di procedimento di limitazione delle rivendicazioni di brevetto italiano o delle frazioni italiane del brevetto europeo, che sono:

- (i) la limitazione mediante la procedura amministrativa dinanzi all'UIBM, disciplinata dall'art. 79, comma primo, c.p.i.;
- (ii) la limitazione in ogni stato e grado del giudizio di nullità instaurato dinanzi alle sezioni specializzate in materia di impresa, prevista dall'art. 79 comma terzo, c.p.i., come (radicalmente) riformato dall'art. 40 decreto correttivo del c.p.i. ⁽¹⁴²⁾;
- (iii) la limitazione dei brevetti europei o delle frazioni italiane dei brevetti medesimi, prevista dall'art. 79, comma 3 *bis*, c.p.i. e disciplinata, per quanto concerne il brevetto europeo, dalla CBE (artt. 105 *bis* ss.).

8.3.1. *L'operazione di riformulazione delle rivendicazioni brevettuali*

Prima di passare ad esaminare nel dettaglio l'istituto della limitazione (amministrativa o giudiziale) delle rivendicazioni occorre comprendere come avviene in concreto l'operazione di riformulazione.

Nella prassi, siffatta operazione può avvenire mediante l'accorpamento delle rivendicazioni o mediante la modifica diretta del testo delle rivendicazioni.

Il metodo più semplice è quello dell'accorpamento delle rivendicazioni nulle con le quelle dipendenti valide. Si pensi a un brevetto relativo a una bicicletta con le seguenti rivendicazioni:

riv. 1: veicolo autopulso con almeno due ruote;

riv. 2: veicolo secondo la riv. 1, ove l'autopropulsione è con pedivella e trasmissione a catena;

¹⁴¹ In forza dei rinvii contenuti negli artt. 81 *bis*, 86 e 116 c.p.i., la disciplina della limitazione brevettuale di cui all'art. 79 c.p.i. trova applicazione anche con riferimento ai brevetti per invenzioni biotecnologiche, ai modelli di utilità ed ai brevetti per nuove varietà vegetali.

¹⁴² Sull'evoluzione del terzo comma dell'art. 79 c.p.i. v. ampiamente il paragrafo 8.3.4 di questo capitolo.

riv. 3: veicolo secondo la riv. 2, con almeno un deragliatore;

riv. 4: veicolo secondo la riv 3, con due deragliatori, davanti e dietro ⁽¹⁴³⁾.

Qualora si rilevi che le rivendicazioni 1, 2 e 3 sono nulle, mentre la rivendicazione 4 è valida, accorpendo la rivendicazione 4 (valida) con la rivendicazione numero 1 (invalida), l'effetto sarà proprio quello di limitare le rivendicazioni brevettuali. Il fatto che la rivendicazione 1 sia priva dei requisiti di validità non vuol dire *ipso facto* che il brevetto è totalmente nullo; infatti, accorpendo la 4 nella 1 (aggiungendo, naturalmente, le eventuali rivendicazioni intermedie senza le quali la rivendicazione 4 non avrebbe senso logico), il titolare del brevetto ridefinisce l'ambito di esclusiva, rinunciando ad un ambito più ampio originariamente definito.

Non vi è dubbio che l'ipotesi appena esaminata costituisca una vera e propria limitazione dell'ambito di tutela originato dal brevetto originario. Basti considerare infatti che, prima della limitazione ipotizzata nel nostro esempio, il prodotto costruito da un terzo e consistente in un "veicolo autopropulso con almeno due ruote" sarebbe stato in violazione con il brevetto originario; dopo la limitazione, invece, affinché possa dirsi in contraffazione il prodotto deve essere un "veicolo autopropulso con almeno due ruote, ove l'autopropulsione è con pedivella e trasmissione a catena, e con due deragliatori, davanti e dietro".

Il discorso si complica qualora, per la struttura stessa del brevetto o per altre ragioni, non si possa far ricorso al metodo dell'accorpamento, dovendosi invece intervenire direttamente sulla formulazione testuale delle rivendicazioni.

Innanzitutto giova precisare che la limitazione del titolo non si realizza mediante una mera eliminazione di parole o concetti dal testo delle rivendicazioni del brevetto originario, come invece saremmo indotti a ritenere sulla base di un'approssimativa valutazione; anzi, una mera eliminazione di termini contenuti nelle rivendicazioni potrebbe addirittura ampliare l'ambito di tutela concesso al titolare dal brevetto come riformulato.

¹⁴³ Come visto *supra*, l'esempio è tratto da BOSOTTI, *L'interpretazione del brevetto nella giurisprudenza dell'EPO e dopo EPC 2000*, cit., p. 110.

Al contrario, di norma, solo l'aggiunta di caratteristiche nella rivendicazione invalida dovrebbe comportare una restrizione dell'ambito di protezione garantito dal brevetto, assoggettando l'esclusiva a condizioni aggiuntive, restringendo così il perimetro di tutela riservato al titolare e al contempo ampliando l'ambito di astensione concessa ai terzi concorrenti⁽¹⁴⁴⁾.

Chiarito, dunque, che, per potere effettuare una vera e propria riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni occorre aggiungere un *quid* che, di fatto, diminuisca l'ambito di esclusiva concesso al titolare dal brevetto originario, dobbiamo ora chiederci dove il titolare del brevetto possa reperire le informazioni aggiuntive idonee a limitare l'ambito di protezione riconosciuto alla privativa originaria e, in particolare, se il titolare (*rectius* il consulente brevettuale del titolare) possa recuperare alcune caratteristiche contenute nella descrizione o nei disegni del brevetto originario, ma non rivendicate, ed inserirle nelle nuove rivendicazioni.

La risposta al quesito appena posto si rinviene direttamente nell'art. 79, comma terzo, c.p.i., laddove si legge chiaramente che la richiesta di limitazione deve rimanere «entro i limiti del contenuto della *domanda di brevetto* quale inizialmente depositata». Da ciò consegue che gli elementi aggiuntivi idonei a limitare l'ambito di protezione della privativa possano essere presi dalla domanda di brevetto come *ab origine* depositata, comprensiva di tutti i suoi allegati, e quindi anche dei disegni o della descrizione. Per esempio, si pensi ad un brevetto relativo a un bicchiere con le seguenti rivendicazioni:

riv. 1: bicchiere in vetro;

riv. 2: bicchiere secondo la riv. 1, trasparente.

¹⁴⁴ FRANZOSI, in SCUFFI-FRANZOSI-FITTANTE, *Il codice della proprietà industriale*, cit., p. 398, rileva che se la rivendicazione riguarda "A caratterizzato da B e da C", l'eliminazione di "C" amplia la portata di esclusiva. Infatti se, prima della limitazione, chiunque avesse prodotto A caratterizzato da B+C sarebbe stato in contraffazione, dopo la limitazione avvenuta con l'eliminazione di "C" dalle rivendicazioni, si avrà contraffazione nel caso di qualsiasi A caratterizzato solo da "B" (non anche da "C"). La suddetta eliminazione, dunque, comporta un ampliamento dell'ambito di tutela del titolare del brevetto, poiché ai terzi basterà riprodurre A caratterizzato da B per essere in contraffazione. Viceversa una limitazione effettiva potrebbe avvenire aggiungendo "D" alla rivendicazione del nostro esempio: in questo caso i terzi, dopo la limitazione, saranno in contraffazione producendo A caratterizzato da B+C+D mentre prima della limitazione erano in contraffazione laddove avessero prodotto A caratterizzato da B+C.

Poniamo che le due rivendicazioni siano ritenute nulle perché entrambe confliggenti con anteriorità rese note da un concorrente ma, tuttavia, non conosciute dal titolare della privativa al momento del deposito della domanda di brevetto. Poniamo, altresì, che dai disegni allegati alla domanda di brevetto si desuma che il bicchiere in vetro trasparente ha delle decorazioni particolari, non espressamente dichiarate nel contesto delle rivendicazioni, le quali rendono la privativa valida. Il titolare del brevetto, al fine di evitare una declaratoria di nullità della privativa, potrebbe recuperare alcune caratteristiche non rivendicate (nel nostro esempio le decorazioni indicate nei disegni) ⁽¹⁴⁵⁾, ma contenute nella descrizione o nei disegni della domanda di brevetto originariamente depositata, e farle così “transitare” nella nuova formulazione delle rivendicazioni.

A favore di questa soluzione milita anche la prassi seguita dall’EPO con riferimento alla procedura di limitazione centralizzata dei brevetti europei ⁽¹⁴⁶⁾. L’EPO ha infatti, in più occasioni, autorizzato la limitazione delle rivendicazioni di un brevetto europeo mediante l’aggiunta di elementi contenuti nella descrizione e nei disegni, utilizzando il criterio c.d. del *novelty test*, per cui tale operazione risulterebbe ammissibile a condizione che l’oggetto della rivendicazione riformulata possa essere desunto in modo diretto e univoco dalla descrizione stessa ⁽¹⁴⁷⁾.

¹⁴⁵ Sotto questo profilo va precisato che l’ambito di protezione della privativa si evince dalle sue rivendicazioni, atteso che ciò che risulta tutelato dal brevetto è quanto specificamente rivendicato, non anche quanto risulta dalla descrizione o dai disegni. Più precisamente, i disegni e la descrizione servono ai consulenti brevettuali, al giudice, ai concorrenti e così via per interpretare le rivendicazioni di un determinato diritto di proprietà industriale. Tale regola si rinviene nell’art. 69 CBE, per cui «i limiti della protezione conferita dal brevetto europeo o dalla domanda di brevetto europeo sono determinati dalle rivendicazioni. La descrizione e i disegni vanno tuttavia utilizzati per interpretare le rivendicazioni», oltre che dal Protocollo interpretativo relativo all’art. 69 cit. Nello stesso senso dispone anche l’art. 52 c.p.i. che, sotto la rubrica «rivendicazioni», stabilisce che «nelle rivendicazioni è indicato, specificamente, ciò che si intende debba formare oggetto del brevetto». Il secondo comma dell’art. 52 c.p.i. aggiunge inoltre che «i limiti della protezione sono determinati dalle rivendicazioni; tuttavia, la descrizione e i disegni servono ad interpretare le rivendicazioni».

¹⁴⁶ Su cui v. paragrafo 8.3.3. di questo capitolo.

¹⁴⁷ La giurisprudenza del *Board of Appeal* ha peraltro chiarito che «any amendment of the parts of a European patent application or of a European patent relating to the disclosure (the description, claims and drawings) is subject to the mandatory prohibition on extension laid down Article 123(2) EPC and can therefore, irrespective of the context of the amendment made, only be made within the limits of what a skilled person would derive directly and unambiguously, using common general knowledge, and seen objectively and relative to the date of filing, from

La descritta operazione di riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni, ovviamente, vale anche allorquando la stessa sia compiuta non già dinanzi all'UIBM o all'EPO, bensì nel contesto di un procedimento giurisdizionale.

Passiamo, dunque, ad analizzare le differenti forme di limitazione giudiziale delle rivendicazioni brevettuali previste dalla legge.

8.3.2. *La limitazione del brevetto dinanzi all'UIBM*

La limitazione delle rivendicazioni brevettuali in sede amministrativa è disciplinata dal primo comma dell'art. 79 c.p.i. Tale disposizione – che corrisponde essenzialmente all'art. 59-*quater* l. inv., introdotto dal d.p.r. n. 338/1979 su ispirazione degli artt. 52-55 della CBC e dell'art. 138, comma secondo, CBE – prevede che il titolare del brevetto può depositare un'istanza di limitazione delle rivendicazioni dinanzi all'UIBM⁽¹⁴⁸⁾, alla quale devono unirsi la descrizione, le rivendicazioni e i disegni modificati⁽¹⁴⁹⁾. Il deposito della nuova documentazione brevettuale costituisce condizione di procedibilità⁽¹⁵⁰⁾; in mancanza della stessa, infatti, la procedura non dovrebbe essere avviata e, nel caso in cui ciò accadesse

the whole of these documents as filed» (decisione T 248/12, in www.epo.org. Nello stesso senso cfr. anche le decisioni T 1206/01, T 731/03, T 1407/06 e T 1772/06, tutte in www.epo.org). Si tratta del c.d. “*gold standard*” che l'EPO richiede per tutte le modifiche concernenti un brevetto europeo.

¹⁴⁸ Si è sostenuto che l'istanza in questione potrebbe sostanzialmente essere trattata come una domanda di brevetto che, tuttavia, non darà il via al rilascio di un nuovo attestato di privativa (così GANDIN, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., cit., p. 480).

¹⁴⁹ Il deposito delle rivendicazioni limitate (oltre che della descrizione e dei disegni modificati) è stata prevista dal legislatore del decreto correttivo del c.p.i., anche se tale necessità era già emersa in dottrina prima della novella del 2010: cfr. DI CATALDO, *Revisione della legislazione nazionale in materia di brevetti per invenzioni industriali in applicazione della delega di cui alla l. 26 maggio 1978, n. 260*, cit., p. 817; CARTELLA, in *Brevetti, marchio, ditta, insegna*, a cura di V. FRANCESCHELLI, I, cit., p. 981.

¹⁵⁰ DI CATALDO, in *Revisione della legislazione nazionale in materia di brevetti per invenzioni industriali in applicazione della delega di cui alla legge 26 maggio 1978, n. 260 – Commentario a cura di P. Marchetti*, cit., p. 817.

e si arrivasse alla conclusione del procedimento amministrativo, l'inoservanza del richiedente a quanto disposto dal primo comma dell'art. 79 c.p.i. dovrebbe essere colpita con la decadenza del diritto di brevetto.

A seguito del deposito dell'istanza di limitazione viene instaurato il contraddittorio tra il richiedente e l'UIBM ai sensi degli artt. 172-173 c.p.i. Laddove l'Ufficio accolga l'istanza di parte ⁽¹⁵¹⁾, lo stesso art. 17 c.p.i., al secondo comma, dispone che «il richiedente dovrà conformarsi alle disposizioni regolamentari relative alla ripubblicazione del brevetto e al pagamento dei relativi diritti, ove previsti» ⁽¹⁵²⁾. Anche in questo caso, il mancato rispetto degli adempimenti previsti dalla legge dovrebbe essere sanzionato con la decadenza del brevetto ⁽¹⁵³⁾.

Il procedimento di limitazione davanti all'UIBM si conclude con la pubblicazione sul Bollettino della notizia di avvenuta limitazione. Tale pubblicazione ha efficacia di pubblicità notizia, ossia di informare i terzi dell'avvenuta limitazione del brevetto ⁽¹⁵⁴⁾.

Questa, in breve, la disciplina della limitazione amministrativa delle rivendicazioni brevettuali.

Va sin d'ora rilevato che, a seguito dell'introduzione della facoltà per il titolare del brevetto di richiedere la limitazione delle rivendicazioni in corso di causa *ex art. 79*, comma terzo, c.p.i., le istanze di limitazione amministrativa saranno con probabilità destinate a diminuire. Infatti, soprattutto nei casi di incertezza in merito alla validità della privativa, il

¹⁵¹ Si è osservato che l'accoglimento dell'istanza di limitazione non è atto dovuto dell'UIBM, a differenza dell'ipotesi di rinuncia *ex art. 78* c.p.i. (così CARTELLA, in FRANCESCHELLI, *Brevetti, marchio, ditta, insegna*, I, cit., p. 381; FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 381).

¹⁵² Così dispone il secondo comma dell'art. 79 c.p.i. riformato dal decreto correttivo del c.p.i. Prima della novella del 2010 tale disposizione prevedeva che: «ove l'ufficio italiano brevetti e marchi accolga l'istanza, il richiedente dovrà provvedere a versare nuovamente la tassa per la pubblicazione a stampa della descrizione e dei disegni, qualora si fosse già provveduto alla stampa del brevetto originariamente concesso».

¹⁵³ DI CATALDO, in *Revisione della legislazione nazionale in materia di brevetti per invenzioni industriali in applicazione della delega di cui alla legge 26 maggio 1978, n. 260 – Commentario a cura di P. Marchetti*, cit., pp. 817 ss.; FRANZOSI, in SCUFFI-FRANZOSI-FITTANTE, *Il codice della proprietà industriale*, cit., p. 398.

¹⁵⁴ Cfr. DI CATALDO, in *Revisione della legislazione nazionale in materia di brevetti per invenzioni industriali in applicazione della delega di cui alla legge 26 maggio 1978, n. 260 – Commentario a cura di P. Marchetti*, cit., p. 817.

titolare del brevetto, piuttosto che autolimitare la portata di tutela del proprio titolo instaurando il procedimento davanti all'UIBM, potrebbe essere indotto a pazientare e richiedere la suddetta limitazione solo in seguito all'esito sfavorevole di una CTU, o comunque quando, nel corso del processo e nel contraddittorio tra le parti, l'iniziale incertezza circa la validità del brevetto si tramuti in una verosimiglianza o addirittura in certezza; ciò potrebbe accadere, per esempio, dopo che il titolare, convenuto nel giudizio di nullità, abbia esaminato i documenti prodotti dalla controparte dai quali emergano anteriorità non conosciute al momento del deposito della privativa. Ciononostante si deve rilevare che un deterrente rispetto alla limitazione giudiziale in luogo di quella amministrativa potrebbe essere rappresentato dalle spese processuali che il titolare della privativa limitata sarà comunque tenuto a corrispondere in quanto soccombente (salvo i casi di soccombenza reciproca).

8.3.3. *La limitazione del brevetto europeo*

La riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni di un brevetto europeo può avvenire o in via amministrativa, in forza della procedura centralizzata contemplata dagli artt. 105 *bis* ss. CBE, o in via giudiziale, nell'ambito di un processo promosso avanti l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro e avente a oggetto la validità della frazione nazionale di un brevetto europeo ⁽¹⁵⁵⁾.

Per quanto concerne la procedura amministrativa dinanzi all'EPO, giova osservare che, nella sua versione originaria, la Convenzione di Monaco non contemplava la possibilità per il titolare del brevetto europeo di limitare il titolo giuridico mediante un procedimento unico e valido in tutti i Paesi della Comunità Europea (oggi Unione Europea). Sino al 2000, infatti, la Convenzione prevedeva unicamente la facoltà per il titolare del brevetto di attivare una procedura di correzione rivolgendosi all'Ufficio Brevetti o ai Tribunali nazionali di ciascuno Stato designato, *sempreché*

¹⁵⁵ Su tale procedura si rinvia al paragrafo 8.3.4. di questo capitolo.

tale procedura fosse prevista dalla normativa interna ⁽¹⁵⁶⁾. In caso contrario, nessun rimedio *ad hoc* era all'uopo previsto per il brevetto europeo o per la frazione nazionale dello stesso.

Successivamente, con EPC 2000 è stata introdotta, agli artt. 105-*bis*, 105-*ter* e 105-*quater* CBE, la procedura centralizzata di limitazione del brevetto europeo, che si svolge presso l'EPO ed è efficace in tutti gli Stati contraenti la CBE, compresi quelli che, nella loro disciplina nazionale, non prevedono alcuna procedura di limitazione ⁽¹⁵⁷⁾.

La previsione di una procedura centralizzata di limitazione del brevetto europeo è stata fortemente voluta al fine di assicurare – quanto meno nelle intenzioni del legislatore – la certezza e l'uniformità del diritto ed evitare, per quanto possibile, il proliferare di controversie nazionali aventi a oggetto frazioni del brevetto europeo. Tra l'altro, la procedura centralizzata presenta un costo molto più contenuto rispetto a quello che si avrebbe instaurando autonomi procedimenti di limitazione delle frazioni nazionali del brevetto europeo presso ogni singolo Stato designato ⁽¹⁵⁸⁾.

La procedura di limitazione centralizzata di cui agli artt. 105 *bis* ss. CBE può essere attivata durante tutta la durata del brevetto europeo già concesso, a prescindere dal fatto che il rilascio del titolo sia avvenuto

¹⁵⁶ SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, Milano, 2009, pp. 87-88. L'impossibilità della c.d. "self opposition" era stata affermata dalla *Enlarged Board of Appeal* nella decisione G 9/93, pubblicata in www.epo.org, per cui «a European patent cannot be opposed by its own proprietor».

¹⁵⁷ In merito alla procedura centralizzata di limitazione del brevetto cfr. BOSCARIOL DE ROBERTO, *La limitazione del brevetto in corso di causa* (nota a Trib. Milano, 15 novembre 2012) in *Riv. dir. ind.*, II, 2014, pp. 99 ss.; BRAMBILLA, *Riflessioni in materia di limitazione di brevetto*, in *Dir. ind.*, 2009, p. 305, ove peraltro si afferma che «nel caso in cui si voglia limitare il brevetto solo in alcuni Stati e non in tutti quelli designati, sarà opportuno ricorrere ad una limitazione di tipo nazionale, mentre la procedura centralizzata rappresenterà un sicuro vantaggio, oltre al costo relativamente contenuto, volendosi limitare anche il brevetto concesso in quei Paesi della CBE che non prevedono la possibilità di limitarlo». In senso analogo anche BOSOTTI-MAURO-MODIANO, *EPC 2000: alcuni interessanti commenti*, cit., p. 18.

¹⁵⁸ Osserva BRAMBILLA, *Riflessioni in materia di limitazione di brevetto*, cit., p. 306, che la nuova procedura centralizzata va altresì vista in un'ottica precompetitiva, come espressione del *favor* del legislatore verso tutto ciò che possa tradursi in un'eliminazione o riduzione del monopolio brevettuale.

prima o successivamente all'entrata in vigore di EPC 2000 ⁽¹⁵⁹⁾, con l'unico limite che l'istanza «non può essere presentata fintanto che una procedura di opposizione relativa al brevetto europeo è pendente» ⁽¹⁶⁰⁾.

In concreto, l'art. 105 *bis*, primo comma, CBE, prevede che «su richiesta del titolare del brevetto, il brevetto europeo può essere [...] limitato sotto forma di una modifica delle rivendicazioni. La richiesta deve essere presentata presso l'Ufficio europeo dei brevetti conformemente al regolamento di esecuzione. La richiesta si considera presentata solo quando la tassa di limitazione o di revoca è stata pagata».

Per le modalità pratiche di attuazione, l'art. 105 *bis* CBE rinvia espressamente al Regolamento di esecuzione approvato il 7 dicembre 2006. La *Rule 92.2 a)* del Regolamento specifica le condizioni necessarie per dare avvio alla procedura di limitazione, stabilendo in particolare che il titolare ⁽¹⁶¹⁾ deve depositare una richiesta scritta congiuntamente all'elenco degli Stati in cui il brevetto europeo è vigente, corredata dal testo completo delle rivendicazioni modificate e, se del caso, dalla descrizione e i disegni con il testo modificato (*Rule 92.2 d)*).

Particolarmente rilevante al riguardo è la *Rule 95.2*, secondo cui, in caso di richiesta di limitazione, l'esaminatore deve verificare: a) che la nuova rivendicazione rappresenti effettivamente una limitazione rispetto alla versione precedente; b) che il contenuto della rivendicazione non si estenda né oltre il contenuto della domanda iniziale né oltre quello del

¹⁵⁹ In questo senso CORONA, *La nuova procedura di limitazione dei brevetti, dentro e fuori il processo*, in *Atti del Convegno "Il nuovo codice della proprietà industriale. Le novità del C.P.I. introdotte dal d.lgs. n. 131/2010"*, Milano 22/23 novembre 2010, p. 2.

¹⁶⁰ La procedura di opposizione è prevista dagli art. 99 ss. CBE, in forza dei quali «chiunque può fare opposizione» al brevetto europeo, depositando apposito ricorso presso l'EPO entro il termine di nove mesi decorrenti dalla pubblicazione, nel Bollettino europeo dei brevetti, della menzione della concessione del brevetto. Le cause di opposizione di cui all'art. 100 CBE sono le seguenti: (i) l'oggetto del brevetto europeo non è brevettabile; (ii) l'invenzione non è esposta in modo sufficientemente chiaro e completo perché una persona esperta del mestiere possa attuarla; (iii) l'oggetto del brevetto europeo si estende oltre il contenuto della domanda quale è stata depositata.

¹⁶¹ Nel caso di più titolari del brevetto, chi richiede la limitazione deve dimostrare di essere abilitato ad agire in nome e per conto di tutti (*Rule 92.2 c)*). Osservano BOSOTTI-MAURO-MODIANO, *EPC 2000: alcuni interessanti commenti*, cit., p. 18, che tale formalità potrebbe generare qualche difficoltà nel caso di trascrizioni di titolarità a livello nazionale post-concessione.

brevetto concesso; e c) che il suo contenuto sia chiaro ai sensi dell'art. 84 CBE (¹⁶²).

Dopo l'esame della richiesta da parte dell'EPO, quest'ultimo pronuncerà una decisione che avrà effetto in tutti gli Stati contraenti in cui il brevetto è stato concesso dalla data della pubblicazione della menzione della decisione nel Bollettino europeo dei brevetti (¹⁶³). Nell'ipotesi in cui la procedura abbia esito negativo, il titolare del brevetto europeo potrà ripresentare la richiesta, posto che – a differenza del procedimento di opposizione – non è previsto né un numero massimo né un termine per presentarla, oppure potrà chiedere di essere convocato avanti l'EPO per un confronto orale. Inoltre, in caso di rifiuto, è sempre possibile proporre appello dinanzi alla Camera dei Ricorsi *ex art.* 106 CBE.

¹⁶² Il requisito della chiarezza delle rivendicazioni emendate non è previsto dalla normativa domestica, né con riferimento alla limitazione amministrativa dinanzi all'UIBM (su cui v. paragrafo 8.3.2. di questo capitolo), né con riferimento alla limitazione giudiziale (su cui v. paragrafo 8.3.4.). In proposito in dottrina si è affermato che «la CBE indica in qual senso deve essere intesa la prescrizione di chiarezza e completezza [...] Questa regola non è ripetuta nel testo del codice, e correttamente. Infatti non mi sentirei di dire che quelle evidenziazioni attengano all'essenza dell'invenzione: esse possono avere una qualche influenza nella procedura di esame, o per stabilire l'ambito del diritto, ma non per l'esistenza del titolo. La descrizione deve essere sufficiente al momento della presentazione della domanda e non basta una sufficienza che sopravviene in seguito»; nonché «il difetto di chiarezza è materia di opposizione per il brevetto europeo non italiano» (SCUFFI-FRANZOSI, *Diritto industriale italiano*, Padova, 2014, pp. 602 e 605. Va precisato che la parte in cui sono stati presi i due passaggi citati attiene alla sufficiente descrizione, e il citato richiamo alla chiarezza è da leggere in questo senso, in relazione all'art. 100(b) EPC che indica come possibile argomento d'opposizione il fatto che il brevetto opposto non descriva l'invenzione in maniera sufficientemente chiara e completa per la sua riproducibilità). In giurisprudenza cfr. Trib. Torino, ord., 24 settembre 2010, in *Darts*, in una causa avente ad oggetto la porzione italiana di un brevetto europeo per il quale l'esaminatore aveva sollevato un'obiezione di mancanza di chiarezza *ex art.* 84 CBE. Il Giudice tuttavia, dopo aver preliminarmente osservato che la valutazione non era ben comprensibile perché motivata sommariamente e non erano esplicitate dettagliatamente le ragioni della mancanza di chiarezza e di concisione, ha concluso che questa «non è vincolante ai fini della valutazione della validità del brevetto italiano, sorretta per altro dalla presunzione di cui all'Art. 53 c.p.i.». Per un approfondimento cfr. PALLADINO, *La chiarezza delle rivendicazioni limitate in corso di causa*, in *Rivista dei Consulenti in Proprietà Industriale*, 4, 2016, pp. 9 ss., il quale conclude a sostegno del principio di chiarezza delle rivendicazioni emendate non solo con riferimento al brevetto europeo (in ossequio alla *Rule 95*) ma anche al brevetto italiano.

¹⁶³ CORONA, *La nuova procedura di limitazione dei brevetti, dento e fuori il processo*, in *Atti del Convegno "Il nuovo codice della proprietà industriale. Le novità del C.P.I. introdotte dal d.lgs. n. 131/2010"*, cit., pp. 5-6, osserva che, una volta approvata la richiesta di limitazione, essa avrà efficacia retroattiva in base a quanto disposto dall'art. 68 CBE come modificato dall'art. 24 EPC 2000.

Quanto alla limitazione giudiziale delle rivendicazioni di un brevetto europeo, un riferimento normativo si rinviene nel terzo comma dell'art. 138 CBE (¹⁶⁴), anch'esso introdotto da EPC 2000, ai sensi del quale «nelle procedure concernenti la validità del brevetto europeo dinanzi al tribunale o all'autorità competente, il titolare del brevetto è autorizzato a limitare il brevetto modificando le rivendicazioni. Il brevetto in tal senso limitato funge da base per la procedura». Tale norma impone agli Stati contraenti di consentire al titolare di un brevetto europeo di procedere a una “*self-opposition*” nel corso di una procedura pendente di fronte a un'autorità nazionale avente a oggetto la validità del brevetto stesso, limitandolo mediante un emendamento delle rivendicazioni.

Al fine di armonizzare e adeguare la disciplina domestica a quella prevista dalla CBE, il legislatore del decreto correttivo del c.p.i. ha introdotto, dieci anni dopo la modifica dell'art. 138 CBE, il comma 3-*bis* dell'art. 79 c.p.i. ai sensi del quale, ove intervenga una limitazione del brevetto europeo a seguito della procedura di limitazione di cui agli artt. 105-*bis* ss. CBE o una limitazione dello stesso brevetto europeo con effetto in Italia a seguito di una procedura di limitazione nazionale (amministrativa o giudiziale), «l'ambito di protezione conferito dal brevetto è determinato tenuto conto di ciascuna delle limitazioni».

¹⁶⁴ Nella versione originaria, antecedente a EPC 2000, il secondo comma dell'art. 138 imponeva agli Stati membri di prevedere la nullità parziale dei brevetti che presentassero vizi di invalidità e consentiva loro, senza imporlo, di ridefinire la protezione mediante la modifica della descrizione, dei disegni o delle rivendicazioni. Nella sua nuova formulazione successiva all'entrata in vigore di EPC 2000, l'art. 138 CBE sancisce che «se i motivi di nullità colpiscono solo parzialmente il brevetto europeo, quest'ultimo è limitato sotto forma di una modifica corrispondente alle rivendicazioni ed è dichiarato parzialmente nullo». In argomento cfr. SINGER, *Il brevetto europeo*, Torino, 1993, pp. 643 ss.

8.3.4. *La riformulazione delle rivendicazioni «in ogni stato e grado» del giudizio di nullità. La modifica dell'art. 79, comma terzo, c.p.i.: dal coordinamento tra limitazione amministrativa e giudizio di nullità alla previsione della limitazione giudiziale «in ogni stato e grado»*

Oltre alla riformulazione amministrativa delle rivendicazioni del brevetto italiano presso l'UIBM e alla limitazione del brevetto europeo mediante la procedura centralizzata dinanzi all'EPO⁽¹⁶⁵⁾, con la novella del c.p.i. il nostro legislatore ha previsto la facoltà per il titolare del brevetto italiano o della frazione italiana del brevetto europeo di richiedere al giudice adito con la domanda di nullità la limitazione giudiziale delle rivendicazioni del proprio titolo.

Tale facoltà è oggi espressamente sancita dall'art. 79, comma terzo, c.p.i., norma sensibilmente modificata dal legislatore con il decreto correttivo del codice della proprietà industriale, d.lgs. n. 131/2010. Nella versione antecedente alla novella del 2010, infatti, l'art. 79, comma terzo, c.p.i. prevedeva il divieto per l'UIBM di accogliere l'istanza di limitazione amministrativa delle rivendicazioni allorquando fosse pendente un giudizio di nullità del titolo, e tale impedimento permaneva sino al passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della nullità/validità del brevetto medesimo⁽¹⁶⁶⁾. L'obiettivo di tale disposizione era essenzialmente quello di coordinare il procedimento giudiziale avente a oggetto la nullità del brevetto con il procedimento amministrativo di limitazione delle rivendicazioni brevettuali istaurato dinanzi all'UIBM, mediante l'improcedibilità del secondo sino al passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della nullità o validità del titolo⁽¹⁶⁷⁾.

¹⁶⁵ Su cui v., rispettivamente, i paragrafi 8.3.2 e 8.3.3 di questo capitolo.

¹⁶⁶ Il fatto che l'istanza di limitazione del brevetto non potesse essere accolta dall'UIBM sino al passaggio in giudicato della sentenza di nullità del brevetto aveva fatto propendere gli studiosi della materia a ritenere che la questione di nullità potesse essere introdotta non solo mediante domanda principale o riconvenzionale, ma anche con eccezione. In questo senso DI CATALDO, in *Revisione della legislazione nazionale in materia di brevetti per invenzioni industriali in applicazione della delega di cui alla legge 26 maggio 1978, n. 260 – Commentario a cura di P. Marchetti*, cit., p. 818.

¹⁶⁷ Cfr. Trib. Tortona, 29 agosto 1996, in *GADI*, 1997, p. 301, per cui «una volta che la cognizione sulla validità del brevetto sia devoluta al giudice ordinario, resta preclusa qualunque iniziativa tendente a modificare la portata della privativa in sede amministrativa». In dottrina cfr.

L'art. 40 del decreto correttivo del c.p.i. ha abolito dal terzo comma dell'art. 79 c.p.i. il divieto, per il titolare del brevetto, di proporre l'istanza di limitazione amministrativa durante la pendenza del giudizio di nullità, adeguando così la disciplina domestica a quella prevista dalla CBE, ossia con la procedura di limitazione centralizzata del brevetto europeo di cui agli artt. 105-*bis* ss. CBE, che può essere avviata indipendentemente da eventuali giudizi di nullità o procedimenti amministrativi nazionali afferenti il brevetto europeo (¹⁶⁸).

Oltre a ciò, con la riforma del c.p.i. del 2010 il legislatore ha introdotto, in attuazione del disposto di cui all'art. 138 CBE, la procedura di limitazione giudiziale delle rivendicazioni dei brevetti nazionali e delle estensioni nazionali dei brevetti rilasciati dall'EPO. In particolare, il terzo comma dell'art. 79 c.p.i. attualmente vigente (¹⁶⁹) dispone che «in un giudizio di nullità, il titolare del brevetto ha facoltà di sottoporre al giudice, in ogni stato e grado del giudizio, una riformulazione delle rivendicazioni che rimanga entro i limiti del contenuto della domanda di brevetto quale

BRAMBILLA, *Riflessioni in materia di limitazione del brevetto*, cit., p. 307; FRANCESCHELLI, *Brevetti, marchio, ditta, insegna*, I, cit., p. 382, secondo i quali la ragione della prevalenza della procedura giudiziale su quella amministrativa andava individuata nella diversa decorrenza temporale degli effetti della limitazione: *ex tunc* per quanto riguarda la prima; *ex nunc* per la seconda.

¹⁶⁸ In argomento cfr. FRUSCALZO, *La limitazione del brevetto dopo il decreto correttivo*, in *Dir. ind.*, 2011, 4, pp. 319 ss., per il quale «non sussiste infatti alcuna ragione per prevedere due distinte discipline di coordinamento tra giudizio civile e procedura amministrativa di limitazione, a seconda che oggetto del giudizio sia un brevetto nazionale o un brevetto europeo». LUGINBUHEL, *Limitation and Revocation in the European Patent Convention – Outlines of the New Procedure*, in *IIC*, 2001, pp. 622 ss., il quale rileva che l'efficacia retroattiva della limitazione o della revoca può dar luogo alla cessazione della materia del contendere nell'eventuale causa civile, instaurata parallelamente al giudizio di limitazione.

¹⁶⁹ Prima della modifica intervenuta nel 2010, il terzo comma dell'art. 79 c.p.i. prevedeva che l'istanza di limitazione presentata all'UIBM non poteva essere accolta «in mancanza del consenso dei terzi che abbiano trascritto atti o sentenze che attribuiscono o accertino diritti patrimoniali o domande giudiziali con le quali si chiede l'attribuzione o l'accertamento di tali diritti». Con la riforma del 2010, il divieto di accoglimento dell'istanza di limitazione in caso di mancanza del consenso di terzi interessati è stato eliminato, prevedendo così una differenza nella tutela dei terzi rispetto a quanto ancora sancito dall'art. 78 c.p.i. Si è comunque affermato che questa differenza sarebbe superabile in forza del principio per cui nessun comportamento del non avente diritto può ridondare in danno dell'avente diritto (VENTURELLO-BOSOTTI, in GALLI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale: la riforma del 2010*, Milano, 2010, p. 99).

inizialmente depositata e non estenda la protezione conferita dal brevetto concesso»⁽¹⁷⁰⁾.

Va da subito precisato che il riformato art. 79, comma terzo, c.p.i. non costituisce una vera e propria innovazione, trattandosi in verità della consacrazione a livello normativo della prassi giudiziaria antecedente alla riforma del c.p.i. che aveva già ammesso la limitazione giudiziale delle rivendicazioni di un brevetto nazionale⁽¹⁷¹⁾. In particolare, in una pronuncia della Corte d'Appello di Milano, addirittura antecedente all'emanazione del c.p.i., si è affermato che «deve essere ammessa la facoltà di sottoporre al C.T.U. una formulazione più limitata delle rivendicazioni

¹⁷⁰ I primi commentatori della riforma hanno sollevato perplessità in merito alla nuova formulazione dell'art. 79, comma terzo, c.p.i. Si veda a tal proposito, oltre a quanto verrà affermato di seguito nel testo, anche PRADO, *La nuova disciplina delle rivendicazioni*, cit., pp. 533 ss., secondo il quale «la norma pare infelice e sistematicamente urticante».

¹⁷¹ Trib. Milano, 8 marzo 2007, in *GADI*, 2007, 5145, pp. 730 ss.; Trib. Venezia, 16 febbraio 2006, in *GADI*, 2007, p. 194, secondo cui è possibile che nel corso del giudizio si pervenga ad una formulazione più limitata delle rivendicazioni brevettuali, ottenuta per esempio dalla rivendicazione principale con una o più delle rivendicazioni secondarie, così da realizzare un ambito di protezione più ristretto rispetto a quello originario»; Trib. Milano, 27 marzo 2004, *ivi*, 2004, 4733, pp. 972 ss.; App. Milano, 26 luglio 2002, *ivi*, 2004, p. 255; App. Milano, 25 giugno 2002, in *GADI*, 2003, 4504, pp. 326 ss.; Trib. Bergamo, 22 marzo 2002, *ivi*, 2002, 4418, pp. 754 ss.; App. Milano, 19 gennaio 2001, in *GADI*, 2001, 4259, p. 550, ove si osserva che «l'ambito della rivendicazione può essere limitato ad alcuni aspetti dell'ambito descrittivo della domanda»; Trib. Tortona, 29 agosto 1996, in *GADI*, 1997, p. 301. Sono state citate in senso contrario App. Milano, 18 gennaio 2000, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, pp. 227 ss., con nota di FRANZOSI; App. Milano, 11 luglio 2000, *ivi*, 2000, II, p. 455, decisioni in cui, tuttavia, non si rinviene un'espressa posizione contraria alla riformulazione giudiziale delle rivendicazioni. In tali pronunce, infatti, si afferma il principio secondo cui la riformulazione non può condurre alla protezione di un oggetto precedentemente non contenuto nelle rivendicazioni originarie (nello stesso senso v. anche App. Milano, 6 dicembre 1996, in *Dir. ind.*, 1997, 5, p. 379, con nota di LAMANDINI, *Le rivendicazioni brevettuali come formule sacramentali*; Trib. Milano, 19 gennaio 2001, in *GADI*, 2001, p. 754). In senso certamente contrario a qualsiasi intervento sulle rivendicazioni v. Trib. Torino, 9 giugno 1999, in *GADI*, 1999, p. 1191; Trib. Torino, 22 dicembre 2006, *ivi*, 2007, p. 272; App. Torino, 8 aprile 2009, citata da BOSOTTI, *L'interpretazione del brevetto nella giurisprudenza dell'EPO e dopo EPC 2000*, cit., p. 112; Trib. Varese, 10 ottobre 2002, in *GADI*, 2003, p. 508. In dottrina v. FRANZOSI, *Accorpate, integrate, riscrivere le rivendicazioni*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, p. 233; LIUZZO, *L'interpretazione del brevetto dopo EPC 2000*, in *Notiziario dell'Ordine dei Consulenti in Proprietà Industriale*, 2007, p. 7. In argomento cfr. anche LAMANDINI, *Le rivendicazioni brevettuali come formule sacramentali*, cit., p. 383, che segnala come la *querelle* è risultata inquinata da equivoci circa la corretta interpretazione del significato di limitazione *ex art. 79 c.p.i.*, posto che, anche prima della revisione del c.p.i., sembrava corretta l'ammissibilità anche in sede giudiziale di una proposta di mera interpretazione limitativa del brevetto in previsione di una declaratoria di nullità parziale *ex art. 76*, comma secondo, c.p.i.

brevettuali, che il C.T.U. e il giudice possono far propria [...] così da realizzare un ambito di protezione più ristretto rispetto a quello originale, allorché si pensi che l'ambito inizialmente rivendicato possa non soddisfare i requisiti legali di brevettabilità»⁽¹⁷²⁾. In un altro caso è stato sostenuto che «è lecito definire in giudizio l'ambito di valida protezione di un brevetto per invenzione industriale e limitarlo nei confronti dell'originaria domanda, proponendo una formulazione della rivendicazione principale integrata dalle caratteristiche desumibili dalle altre rivendicazioni»⁽¹⁷³⁾.

A fondamento delle suddette decisioni, la giurisprudenza ha rilevato che, nella disciplina vigente al momento della pubblicazione delle sentenze citate, l'unica preclusione in merito alla proposizione di un'istanza di limitazione era quella prevista dal terzo comma dell'art. 59 *quater* l. inv. (in forza del quale è vietato avviare un procedimento di limitazione brevettuale dinanzi all'UIBM nel caso in cui fosse già pendente

¹⁷² Così App. Milano, 25 giugno 2002, in *GADI*, 2002, p. 326, ove è stato ritenuto valido un brevetto per modello in seguito ad una «riformulazione» della rivendicazione principale, realizzata mediante la combinazione di due rivendicazioni. Nella sentenza si legge che «tale «riformulazione» era stata proposta nella seconda memoria tecnica [...] da parte del C.T.P.» (non si comprende se in forza di una procura speciale rilasciata dal titolare del brevetto), il quale «proponeva di meglio definire l'ambito di protezione del brevetto fondendo» le due rivendicazioni e «così restringendo il campo di protezione del brevetto». In realtà non è chiaro se, nel caso di specie, si sia trattato di una vera e propria riformulazione delle rivendicazioni ovvero di una mera operazione ermeneutica (come sembrerebbe inizialmente leggendo la nota di commento).

¹⁷³ Trib. Bergamo, 22 marzo 2002, in *GADI*, 2002, p. 754. Tale sentenza merita ulteriore attenzione in quanto, nella specie, la limitazione sembrerebbe non essere avvenuta mediante un'istanza del titolare del brevetto, bensì ad opera del C.T.U. Si legge infatti nella decisione che il C.T.U. ha «limitato l'ambito di protezione assicurata dal brevetto, proponendo una formulazione della rivendicazione principale integrata dalle caratteristiche desumibili dalle altre rivendicazioni». Nella menzionata sentenza si legge inoltre che il C.T.U. «nella sua relazione, ha ritenuto che la rivendicazione principale del brevetto [...], nella sua stesura originaria, [...] fosse formulata in termini troppo generici per individuare un'invenzione dotata della necessaria originalità o attività inventiva nei confronti dello stato della tecnica anteriore. Ha peraltro ritenuto che un'appropriata riformulazione della rivendicazione principale che tenga conto delle rivendicazioni secondarie [...] potesse condurre ad una limitazione dell'ambito di protezione del brevetto stesso. Su questa base il C.T.U. ha proposto una riformulazione della rivendicazione principale». Se così fosse, la pronuncia in questione dovrebbe essere sottoposta a molteplici critiche in quanto, da un lato, è noto che la limitazione del brevetto può essere richiesta solo dalla parte, vale a dire dal titolare del brevetto, trattandosi di un atto dispositivo del diritto sostanziale; dall'altro lato è altresì noto che il C.T.U. è un ausiliario del giudice che non può certamente intervenire modificando il *thema decidendum*.

un giudizio di nullità avente ad oggetto il medesimo titolo), mentre il citato art. 59 *quater* l. inv. non «frappone nessun impedimento alla possibilità di modificare, limitandola, la domanda in sede giurisdizionale»⁽¹⁷⁴⁾.

La facoltà per il titolare del brevetto di richiedere in corso di causa la riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni è espressamente soggetta ad alcuni limiti previsti dall'art. 79, comma terzo, c.p.i. riformato: la limitazione (i) deve rimanere entro i limiti del contenuto della domanda di brevetto come originariamente depositata presso l'ufficio amministrativo e (ii) non deve estendere la protezione conferita al titolare dal brevetto come inizialmente concesso ma, al contrario, deve ridurla.

Il primo dei requisiti citati – che non ha portata innovativa trattandosi di un'applicazione al caso specifico di quanto già previsto dall'art. 76, comma primo, lett. c) c.p.i.⁽¹⁷⁵⁾ – ha la funzione di proteggere il terzo concorrente da eventuali “soprese”. Se è vero, infatti, che la modifica del brevetto può essere solo limitativa – e sotto questo profilo non dovrebbero ravvisarsi pregiudizi per il terzo – è, altresì, vero che la limitazione deve pur sempre essere riconoscibile da quest'ultimo sulla base dell'esame del brevetto originario nel suo complesso, comprensivo di disegni e descrizione⁽¹⁷⁶⁾. In altri termini, il trovato oggetto delle nuove rivendicazioni

¹⁷⁴ In questi termini Trib. Tortona, 29 agosto 1996, in *GADI*, 1997, p. 301. Nello stesso senso v. anche Trib. Milano, 27 marzo 2004, *ivi*, 2004, p. 972, secondo cui «le istanze di limitazione di un brevetto di cui l'art. 59 l.i. esclude l'accoglimento in pendenza del giudizio di nullità sono quelle che il titolare può presentare in sede amministrativa, e non le interpretazioni limitative avanzate in sede giudiziaria». Nel caso di specie il CTU aveva tenuto in considerazione, ai fini della verifica della validità del brevetto e della contraffazione, non le rivendicazioni come formulate nella domanda, ma come modificate, in corso di causa, dal titolare della privativa.

¹⁷⁵ Come già si è visto (paragrafo 8.2. di questo capitolo), l'art. 76 c.p.i. individua i limiti e le condizioni di ammissibilità di qualsiasi intervento sulle rivendicazioni. Il decreto correttivo del c.p.i. ha modificato l'art. 76 c.p.i. aggiungendo all'ipotesi di nullità del brevetto riferita al caso in cui il suo oggetto si estenda oltre il contenuto della domanda iniziale, l'ulteriore ipotesi in cui «la protezione del brevetto è stata estesa».

¹⁷⁶ Il Tribunale di Milano, nella sentenza n. 2054 del 20 febbraio 2017, in *Darts*, ha affermato che «l'introduzione di limitazioni, che estrapolino dal testo della descrizione e financo dai disegni, va valutata con particolare cautela, tenuto conto che riformulazioni “*ex post*” nel corso dei giudizi per l'accertamento della validità possono pregiudicare la sicurezza giuridica dei traffici per il venire meno della certezza del titolo e dell'affidamento riposto dai terzi sulla validità (o, meglio, sulla non validità) di un titolo per come depositato. Inoltre, l'estrazione di singoli suggerimenti di dettaglio dalla descrizione o persino da figure del brevetto, che forniscono informazioni complesse e coordinate in una specifica forma di esecuzione, determina il rischio di fornire informazioni non evincibili in modo oggettivo dal testo brevettuale. Per tale ragione, le

riformulate deve essere desumibile direttamente e in modo non ambiguo dalla descrizione e dai disegni del brevetto oggetto di limitazione. In proposito, nelle linee guida dell'EPO relative all'art. 123 CBE, che contiene il divieto di aggiunta di materia nuova, si parla di “*novelty test*”, per cui «*the test for additional subject-matter corresponded to the test for novelty only in so far as both required assessment of whether or not information was directly and unambiguously derivable from that previously presented in the originally field*».

Il secondo dei requisiti sopra citati è implicito nella stessa concezione della limitazione. Se si tratta di limitazione è, infatti, chiaro che la modifica delle rivendicazioni brevettuali deve togliere qualcosa, determinando una sostanziale riduzione dell'ambito di protezione della privativa che si pretendeva di avere in base al brevetto originario non limitato. Da ciò consegue, dunque, che la modifica in senso limitativo delle rivendicazioni del brevetto non può, di regola, estendere la protezione conferita dal titolo limitato. Al riguardo le linee guida dell'EPO (D, X, 3) precisano, con riferimento alla limitazione del brevetto europeo, che «*the term “limitation” is to be interpreted as meaning a reduction in the extent of protection conferred by the claims. Mere clarifications or changes made to protect different subject (“aliud”) are not to be considered as limitations*».

* * *

Questa, in termini generali, la disciplina introdotta dal decreto correttivo del codice della proprietà industriale in materia di limitazione giudiziale delle rivendicazioni di brevetto.

Siffatta disciplina non ha incontrato – quanto meno all'inizio – i consensi unanimi dei primi commentatori della riforma, i quali non hanno

aggiunte di caratteristiche nelle rivendicazioni devono rispettare le reali informazioni contenute nella descrizione originale, senza attingere elementi, secondo necessità e comodità, con una visione a posteriori». Il Tribunale meneghino, riprendendo quanto già sostenuto dallo stesso tribunale nella sentenza n. 490 del 17 gennaio 2017, in *Darts*, aggiunge che la riformulazione delle rivendicazioni mediante l'aggiunta di caratteristiche «implica non solo che le caratteristiche nelle rivendicazioni rispettino le reali informazioni contenute nella descrizione originale, ma altresì che gli “ingredienti” descritti nel testo brevettuale vadano coordinati con la “ricetta” fornita all'origine e non ricomposti a fantasia “come un mosaico di tesserine sparse per fornire una informazione mai narrata in precedenza”».

mancato di sollevare molteplici perplessità, sia a livello sostanziale, sia a livello processuale. Alcuni dubbi sono stati presto risolti dagli interpreti facendo applicazione della prassi dell'EPO in materia di limitazione delle rivendicazioni del brevetto europeo; altri sono stati fugati grazie al pregevole sforzo profuso dalla giurisprudenza di merito, soprattutto delle sezioni specializzate in materia d'impresa del Tribunale di Milano, che ha affrontato le questioni più problematiche fornendo un'interpretazione costituzionalmente orientata della nuova normativa.

Tra le questioni inizialmente poco chiare, su cui oggi vi è concordia di opinioni, vi è quella relativa all'applicabilità del riformato art. 79, comma terzo, c.p.i. ai giudizi di nullità pendenti alla data di entrata in vigore del decreto correttivo del c.p.i. (¹⁷⁷), nonché quella inerente le modalità (solo domanda o anche eccezione) con cui la questione di nullità del titolo deve essere introdotta in giudizio (¹⁷⁸). Ancora, grazie all'operazione ermeneutica posta in essere dalla giurisprudenza delle sezioni specializzate in materia d'impresa, ha trovato soluzione anche la tematica relativa al limite temporale entro cui l'istanza di limitazione giudiziale può essere formulata dal titolare del brevetto nel giudizio di primo grado (¹⁷⁹).

Altri temi, invece, sono stati quasi del tutto tralasciati dalla dottrina e dalla giurisprudenza: tra di essi giova rammentare quello relativo alla compatibilità della limitazione giudiziale delle rivendicazioni, espressamente riconosciuta al titolare *in ogni grado* del giudizio di nullità, con le preclusioni ai *nova* in appello *ex art. 345 c.p.c.*, con il principio del doppio grado di giurisdizione, nonché con il divieto per la Corte di cassazione di riesaminare la *questio facti* (¹⁸⁰). Sotto questo profilo l'assenza di risposte da parte della giurisprudenza sembra essere determinata dal fatto che le suddette questioni non sono mai state sottoposte all'attenzione di tali giudici: non ci constano, infatti, pronunce delle corti d'appello o della Suprema Corte che abbiano fatto applicazione dell'istituto della limitazione

¹⁷⁷ Per un approfondimento si rinvia al paragrafo 2 del capitolo V.

¹⁷⁸ Cfr. paragrafo 3 del capitolo V.

¹⁷⁹ Su cui v. paragrafo 4 del capitolo V.

¹⁸⁰ Questi temi verranno affrontati nei paragrafi 5 e seguenti del capitolo V.

delle rivendicazioni brevettuali o che abbiano interpretato l'art. 79, comma terzo, c.p.i.

Ulteriore tema rimasto in ombra è quello della compatibilità della facoltà, riconosciuta al titolare del brevetto dall'art. 79, comma terzo, c.p.i., di riformulare in senso limitativo le rivendicazioni del proprio titolo *in ogni fase* del processo – e addirittura anche più volte nello stesso giudizio –, con l'esigenza di fissare il *thema decidendum* e il *thema probandum in lite litis*, nel rispetto dei rigidi termini preclusivi fissati dal legislatore anche con riferimento al processo industrialistico (¹⁸¹).

Altresì trascurata dalla dottrina e dalla giurisprudenza è stata la questione relativa alla modifica della domanda di nullità del brevetto in corso di causa a seguito della riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni posta in essere dal titolare del brevetto, modifica che deve essere attentamente analizzata alla luce dei noti divieti e dei limiti in tema di *mutatio* ed *emendatio libelli* previsti dal nostro sistema processuale. Ed è proprio ciò che ci proponiamo di fare nell'ultimo capitolo di questo lavoro dopo aver posto le basi per siffatta analisi.

¹⁸¹ In questo senso, invero, già GIUSSANI, *Corso di diritto processuale delle imprese*, cit., p. 27, ha sollevato il problema.

CAPITOLO II

L'ALLEGAZIONE COME STRUMENTO PER INTRODURRE I FATTI NEL PROCESSO CIVILE: TRA (TENDENZIALE) MONOPOLIO DELLE PARTI E (LIMITATI) POTERI DI RILEVAZIONE DEL GIUDICE

SOMMARIO: 1. Scopo dell'indagine. – SEZ. I. L'ALLEGAZIONE: DEFINIZIONE, NATURA E FUNZIONE. – 2. Premesse terminologiche: il duplice significato del vocabolo "allegare". – 3. Premessa definitoria: l'allegazione come attività tipicamente postulatoria mediante la quale si introducono i fatti nel processo civile. – 4. Natura e funzione dell'allegazione: atto informativo/narrativo o normativo/imperativo? – 4.1. *Segue*: l'allegazione dei fatti come atto narrativo/informativo. – 4.2. *Segue*: l'allegazione dei fatti come atto normativo/imperativo vincolante. – SEZ. II. L'ALLEGAZIONE: TRA DIRITTI/POTERI DELLE PARTI E POTERI/DOVERI DEL GIUDICE. – 5. L'allegazione come atto di parte: rapporti con il principio dispositivo. – 6. L'estensione del potere delle parti di vincolare il giudice rispetto agli *allegata partium* e i poteri del giudice di rilevare d'ufficio i fatti non allegati. Alcune precisazioni. – 6.1. Il tema dei rapporti tra onere di allegazione e poteri di rilevazione *ex actis* del giudice non può ricevere una soluzione univoca, essendo una circostanza variabile in base al tipo di fatto preso in considerazione. – 7. Il problema dell'introduzione dei fatti costitutivi. Le diverse teorie in merito alla definizione del fatto costitutivo e il ruolo (individualizzatore o meno) assunto dallo stesso nei diritti autodeterminati ed eterodeterminati. – 8. Il problema dell'introduzione dei fatti estintivi, modificativi e impeditivi. La distinzione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato. – 8.1. Il problema dell'introduzione dei fatti estintivi, modificativi e impeditivi fondanti eccezioni in senso stretto. – 8.2. *Segue*: ... dei fatti estintivi, modificativi e impeditivi fondanti eccezioni in senso lato. – 9. Il problema dell'introduzione dei fatti secondari. – 10. Il problema dell'introduzione dei fatti notori. – 11. Il problema dell'introduzione dei fatti solo processualmente rilevanti. – 12. Il quasi-monopolio delle parti sulla fissazione dei fatti di causa. Le giustificazioni elaborate dalla dottrina per spiegare la signoria delle parti. – 13. Condizionamento e subordinazione nell'allegazione dei fatti.

1. *Scopo dell'indagine*

Pur consapevoli che al tema dell'allegazione dei fatti nel processo civile è stata dedicata un'ampia ed esauriente monografia pubblicata poco

più di un decennio fa ⁽¹⁾, e che da allora nulla è cambiato sul piano sistematico ⁽²⁾, ciononostante riteniamo doveroso muovere la nostra indagine proprio dallo studio di questo istituto che – come noto – costituisce il principale strumento mediante il quale la realtà extraprocessuale entra a far parte del processo.

Senza pretesa di fornire soluzioni innovative rispetto a un tema di fondamentale importanza per il processo civile domestico, nel contesto del nostro lavoro verranno riprese, studiate e talvolta confutate le teorie che illustri Autori hanno fornito in materia. La nostra indagine che, *prima facie*, potrebbe sembrare di indole esclusivamente narrativa e descrittiva, al contrario si mostrerà essere elemento indispensabile per comprendere le ulteriori tematiche affrontate nei capitoli successivi: in particolare il riferimento è al tema dell'oggetto del processo civile di cognizione ⁽³⁾ e alla *vexata questio* dell'ammissibilità o meno delle modifiche della domanda giudiziale in corso di causa, su cui tanto si è detto e scritto anche negli ultimi anni e rispetto alla quale il dibattito dottrinale si è riaperto di recente a seguito alla nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 12310 del 15 giugno 2015 ⁽⁴⁾.

In questo primo capitolo, dopo aver definito la nozione di allegazione, verranno dapprima affrontate le questioni concernenti la funzione e la natura (imperativo/normativa o meramente descrittiva/narrativa) di

¹ Il riferimento è a BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2002.

² Come avremo modo di spiegare *infra*, il tema dell'allegazione, intesa come attività con cui una parte introduce nel processo determinati eventi storici rilevanti per la decisione della causa, non ha trovato ampio spazio nelle pronunce giurisprudenziali, né tantomeno nelle riforme legislative. L'unica questione che è stata affrontata, in più occasioni, dal legislatore domestico concerne le preclusioni rispetto all'introduzione di nuovi fatti nel processo, sia di primo grado, sia di secondo grado. Se il dibattito giurisprudenziale non è stato intenso, al contrario, la dottrina ha lungamente studiato il tema dell'allegazione dei fatti nel processo civile: da un lato sono stati analizzati i rapporti tra i poteri di allegazione delle parti e i poteri di rilevazione *ex officio* del giudice e, dall'altro lato, si è indagato in merito ai legami tra l'onere di allegazione e i principi immanenti nel nostro sistema processualcivile, tra i quali giova ricordare il principio dispositivo, il principio della domanda, il principio di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato e così via.

³ Capitolo III.

⁴ Su questa sentenza e, in generale, sul tema della modifica ammissibile e del mutamento vietato della domanda giudiziale si rinvia al capitolo III di questo lavoro.

tale istituto, nonché gli effetti dell'allegazione dei fatti nel processo ⁽⁵⁾; successivamente, verranno verificati i rapporti tra l'onere di allegazione dei fatti ad opera delle parti e il potere di rilevazione *ex actis* del giudice di fatti non previamente allegati ⁽⁶⁾. La questione da ultimo citata non è puramente teorica ma – come vedremo – produce una serie di effetti anche sul piano pratico, atteso che l'eventuale potere del giudice di rilevare autonomamente fatti non allegati deve inevitabilmente conciliarsi con il noto dovere, previsto dall'art. 112 c.p.c., di pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa, e con il divieto di *extra* e *ultra petita*, oltre che con il divieto di fare uso della scienza privata *ex art. 115 c.p.c.*, il tutto riassumibile nell'antico brocardo latino per cui *judex secundum allegata iudicare debet, non secundum conscientiam* ⁽⁷⁾.

Senza voler anticipare conclusioni ancora bisognose di adeguata motivazione, si rileva che la questione relativa ai rapporti tra le parti e giudice in merito all'introduzione delle circostanze di fatto nel processo civile non troverà una soluzione univoca, valida generalmente, ma dovrà necessariamente fare i conti con l'esistenza, nel nostro ordinamento, di diverse tipologie di fatti (principali e secondari, costitutivi o impeditivi, modificativi ed estintivi, notori, solo processualmente rilevanti e così via) elaborate – e ormai unanimemente condivise – dalla dottrina.

In seguito, sempre nel contesto dei rapporti tra poteri d'ufficio del giudice e diritti/poteri delle parti, verrà affrontata la questione relativa alla subordinazione e al condizionamento dei fatti allegati; ciò al fine di comprendere se sussistano, in capo all'attore e al convenuto, dei poteri di vincolare il giudice non solo rispetto a quali fatti quest'ultimo deve prendere in considerazione ai fini della decisione e quali altri escludere, bensì anche rispetto all'ordine che il giudice deve seguire nella valutazione delle circostanze di fatto allegate ⁽⁸⁾. In altri termini, ciò che andrà verificato è se

⁵ Cfr. sez. I di questo capitolo.

⁶ Cfr. sez. II di questo capitolo.

⁷ La questione, in realtà, è ben più complessa di quanto qui (forse troppo ingenuamente) riassunta. Sul punto si rinvia dunque alle considerazioni svolte nel presente capitolo, e in particolare ai paragrafi 5 e seguenti.

⁸ Il tema sarà trattato nel paragrafo 13 di questo capitolo.

sia vincolante per il giudice uno svolgimento delle allegazioni dei fatti in forma condizionale o subordinata, cioè in via graduata, operata dalle parti con la proposizione della domanda giudiziale ovvero nella formulazione delle eccezioni.

2. Premesse terminologiche: il duplice significato del vocabolo “allegare”

L’indagine in merito all’istituto dell’allegazione dei fatti nel processo civile deve necessariamente muovere da un preliminare chiarimento del significato del termine “allegare”. Tale precisazione assume ancor più importanza se si considera che l’istituto non trova alcuna definizione normativa ⁽⁹⁾.

Come vedremo, alcune disposizioni normative fanno riferimento al vocabolo “allegare” attribuendogli due significati distinti: all’allegazione di “tipo materiale” si contrappone, infatti, l’allegazione in senso stretto ⁽¹⁰⁾.

Nella prima accezione, il termine “allegare” (dal latino *alligare*, *ad-ligare* «legare, congiungere») assume il significato di attività di presentazione di un determinato documento, unito materialmente a un’istanza scritta. In senso traslato, invece, il verbo “allegare” (dal latino *allēgare*, *ad-lēgare*) significa propriamente “far valere” o “addurre” un fatto, un motivo o una circostanza.

Questa duplicità di significati si rinviene anche nel linguaggio giuridico. Mentre nel lessico burocratico e amministrativo il termine allegare

⁹ Altro problema è la difficoltà di individuare una nozione unitaria di «fatto» da assumere come punto di partenza. Sul punto cfr. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, III, t. 2, sez. 1, Milano, 1992, p. 70, il quale, utilizzando una formula sintetica, afferma che «è il diritto che definisce e determina ciò che nel processo costituisce il «fatto»» (p. 69). Sulla nozione di «fatto giuridico» in termini di «circostanza a cui l’ordinamento riconnette conseguenze giuridiche», cfr. MAIORCA, voce *Fatto giuridico-Fattispecie*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1965, p. 112.

¹⁰ In argomento cfr. L.P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, pp. 272 ss.

equivale di norma a corredare un atto (istanza, ricorso o richiesta) di supporti documentali, nel codice di procedura civile (e lo stesso dicasi per il codice civile) la terminologia è ambivalente: alcune disposizioni si riferiscono al termine allegare come sinonimo di accludere⁽¹¹⁾; in altre, invece, il termine assume il significato di affermare, dedurre o addurre in giudizio un fatto⁽¹²⁾. Ed è proprio (e solo) quest'ultimo significato che si intende esaminare nel contesto di questo lavoro.

3. Premessa definitoria: l'allegazione come attività tipicamente postulatoria mediante la quale si introducono i fatti nel processo civile

In dottrina, l'allegazione è definita come «l'atto processuale con cui chi agisce (o resiste) in giudizio *afferma* (oppure *nega*) la sussistenza di determinati fatti concreti, prospettati od esposti a fondamento di una

¹¹ In questo senso si vedano gli artt. 149 e 149 *bis* c.p.c., in materia di notifiche a mezzo del servizio postale e a mezzo p.e.c.; l'art. 567 c.p.c. con riferimento ai documenti da allegare all'istanza di vendita; l'art. 591 *bis* c.p.c., per quanto concerne i documenti da allegare decreto di trasferimento del bene; l'art. 660 c.p.c., in merito ai documenti che l'ufficiale giudiziario deve allegare all'istanza di licenza o di sfratto; l'art. 606 c.p.c., in forza del quale, nel procedimento di separazione personale dei coniugi, «sono allegate le ultime dichiarazioni dei redditi» al ricorso e alla memoria difensiva; l'art. 638 c.p.c. che prevede il deposito del ricorso monitorio «insieme ai documenti che si allegano».

¹² Il vocabolo "allegazione" assume il significato di un'attività tipicamente postulatoria nell'art. 183, comma quarto, c.p.c., a mente del quale «nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione»; nell'art. 294 c.p.c., in forza del quale «il giudice, se ritiene verosimili i fatti allegati, ammette, quando occorre, la prova dell'impedimento, e quindi provvede sulla rimessione in termini delle parti»; nell'art. 548 c.p.c., così come modificato dall'art. 13 del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, conv. con modificazioni nella l. 6 agosto 2015, n. 132, inerente alla «allegazione del creditore» idonea a consentire «l'identificazione del credito o dei beni di appartenenza del debitore in possesso del terzo», e, infine, nell'art. 669 *decies* c.p.c. in merito alle circostanze di fatto e di diritto che, se allegate, possono determinare la revoca o modifica di un provvedimento cautelare. Con riferimento alle norme del codice civile che, però, sono rilevanti anche sul piano processuale, si vedano gli artt. 2722-2723 c.c. sull'inammissibilità della prova testimoniale quando si alleggi la stipulazione anteriore, posteriore o contemporanea di patti aggiunti o contrari al contenuto di un contratto e l'art. 2724 c.c. in relazione alla verosimiglianza dei fatti allegati nel superamento dei divieti testimoniali in presenza di un principio di prova per iscritto. Questo significato del termine "allegare" è accolto dalle legislazioni di *common law*, come ricordato da L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Milano, 2010, p. 103, testo e nota 326.

domanda o di un'eccezione, quali elementi genetici dell'effetto giuridico invocato» (13).

Di regola, i fatti entrano nel processo mediante un'attività narrativa (orale o scritta a seconda del tipo di procedimento) posta in essere dai soggetti che fanno parte del processo, i quali “parlano” dei fatti in modo diverso a seconda dei ruoli assunti. Il processo è dunque un “teatro” in cui ogni personaggio assegna alla sua dichiarazione un determinato significato, diverso rispetto a quello degli altri personaggi perché diversa è l'intenzionalità che viene assegnata all'enunciato (14).

Esemplificando: colui che propone una domanda (“principale” o riconvenzionale) “parla” dei fatti costitutivi della *res in iudicium deducta* (15); colui che solleva un'eccezione (16), invece, “parla” dei fatti modifi-

¹³ L.P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, cit., p. 274. Per TARUFFO, *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo, Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2012, p. 3, l'allegazione si manifesta come «un enunciato o gruppo di enunciati che riguardano – ossia: affermano, descrivono – una circostanza che si ipotizza essersi verificata nel mondo dei fenomeni “reali”». Nello stesso senso v. anche TARUFFO, *Verità negoziata*, relazione svolta nel seminario su *Accordi di parte e processo*, Bologna, 1° dicembre 2007, pp. 12 ss.; CIACCIA CAVALLARI, *La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano, 1993, pp. 6 ss.; CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, pp. 264 ss.

¹⁴ In argomento cfr. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., pp. 4-5 (v. anche nota n. 9), il quale rileva che, variando l'effetto che l'autore dell'asserzione intende ottenere, varia altresì il significato degli enunciati. Ad esempio l'attore che afferma che un fatto si è verificato assume su di sé l'*onus probandi*; il convenuto, che contesta specificamente tale fatto, fa ricadere sulla parte che ha allegato il fatto l'onere di provarlo e così via. Cfr. in argomento anche DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel “processo”*, Milano, 2008, pp. 107 ss.; TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, pp. 43 ss.; JACKSON, *Law, Facts and Narrative Coherence*, Merseyside, 1988, p. 85.

¹⁵ Sulla definizione di fatto costitutivo si rinvia al paragrafo 7 di questo capitolo.

¹⁶ «Eccezione è l'affermazione da parte del convenuto di un fatto estintivo, modificativo od impeditivo diretto ad ottenere il rigetto dell'azione» (così testualmente LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, ancora nell'ultima edizione da lui curata personalmente, I, Milano, 1984, n. 74, enunciazione ripresa nelle successive ristampe). Sulla definizione del concetto di eccezione, nonché sulla distinzione tra eccezione in senso stretto ed eccezione in senso lato, si rinvia al paragrafo 8 di questo capitolo, nonché alla dottrina ivi citata in note. Con precipuo riferimento alle problematiche sollevate dal rapporto tra allegazione ed eccezione cfr. COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, spec. pp. 191-196, nonché l'ampia disamina compiuta da MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, pp. 204 ss.

cativi, estintivi o impeditivi del diritto dedotto in giudizio dalla controparte⁽¹⁷⁾. In entrambi i casi, i fatti allegati vengono prospettati dal postulante come veri e realmente verificatosi nella realtà extra-processuale, ma l'accertamento circa l'effettivo verificarsi degli stessi avverrà solo all'esito del processo, con la sentenza emessa dal giudice. In queste ipotesi, dunque, l'allegazione del fatto si manifesta come un'enunciazione linguistica meramente ipotetica⁽¹⁸⁾, ossia come un'ipotesi incerta intorno ai fatti che vengono affermati come veri, ma che in realtà potrebbero non esserlo⁽¹⁹⁾. Per contro, colui nei confronti del quale la domanda o l'eccezione sono proposte "parlerà" dei medesimi fatti costitutivi o modificativi, impeditivi ed estintivi allegati dalla controparte, ma in modo diverso rispetto a quest'ultima, ossia negandone l'esistenza e contestandoli specificamente⁽²⁰⁾.

¹⁷ Sul tema cfr. i paragrafi 8 e seguenti di questo capitolo.

¹⁸ Cfr. però SCANDIANI, *Patologia della posizione del fatto nel processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931. II, pp. 174 ss., il quale osserva che la posizione di un fatto in forma ipotetica è priva di qualsiasi effetto perché «la supposizione non è posizione del fatto». Criticano questa tesi perché eccessivamente rigoristica ALLORIO, *Litisconsorzio alternativo passivo e impugnazione incidentale*, in *Giur. it.*, 1947, e poi in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, I, pp. 515 ss.; TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, pp. 253 ss. e 288 ss.; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967, p. 47, il quale evidenzia che «l'asseverazione dell'esistenza certa del fatto dedotto non può considerarsi elemento essenziale dell'indicazione. L'oggettività del contenuto della domanda [...] richiede che il fatto sia indicato almeno come *supposto*».

¹⁹ Sul punto v. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit. p. 4.

²⁰ Sull'esigenza che la contestazione dei fatti *ex adverso* allegati sia specifica, in ossequio a quanto previsto dall'art. 115 c.p.c., così come riformato dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, cfr. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., *passim*; CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio della Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2002, cc. 2017 ss.; ID., *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, pp. 173 ss.; ID., *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro it.*, 2011, I, cc. 99 ss.; ID., *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2010, pp. 792 ss.; CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, II, Milano, 1993, *passim*; DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giur. comm.*, 2004, II, pp. 111 ss.; DEMARCHI ALBENGO, *L'onere di contestazione specifica tra rigore formale, contumacia e conoscibilità dei fatti*, in *Giur. mer.*, 2011, pp. 1042 ss.; DE SANTIS, *Sul concetto di «non inequivocabilità» della non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 560 ss.; FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 1342 ss.; FRUS, *Un interessante (ma non condivisibile) principio in tema di onere di contestazione specifica, diretto a spezzare in taluni casi la necessaria circolarità tra onere di allegazione e di contestazione*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 131 ss.; MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 315 ss.; PACILLI,

L'allegazione costituisce, dunque, uno degli strumenti (*rectius* il principale strumento) mediante il quale gli accadimenti storici verificatisi nella realtà extraprocessuale entrano a fare parte del processo e vengono sottoposti alla cognizione del giudice.

Oltre all'allegazione, sussistono ulteriori strumenti diretti ad introdurre i fatti in causa. La *notitia facti* può essere desunta, per esempio, dalla relazione del consulente tecnico incaricato dal giudice, dalla dichiarazione del terzo detentore di prove che sia citato a comparire davanti al giudice ai sensi dell'art. 211 c.p.c., dalle informazioni scritte relative ad atti e documenti della pubblica amministrazione che sia necessario acquisire al processo richieste dal giudice ai sensi dell'art. 213 c.p.c., dalle sommarie informazioni richieste dal giudice a norma degli artt. 669 *sexies*, 713, 714, 738 c.p.c. o, ancora, dalle dichiarazioni rese dal teste in sede di discussione della prova orale.

Quanto a tale ultima ipotesi, si impone una precisazione. Il fatto che la testimonianza⁽²¹⁾ consista in una dichiarazione "provocata" da una delle parti in causa non comporta che siano riferibili a quest'ultima le affermazioni del teste relative a circostanze diverse da quelle indicate in

Osservazioni sul principio di non contestazione, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, pp. 299 ss.; PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, V, pp. 237 ss.; PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, cc. 604 ss.; ID., *Ancora sull'allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, cc. 3146 ss.; REALI, *La non contestazione nel giusto processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, pp. 227 ss.; TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 76 ss.

²¹ Va precisato che con il vocabolo "testimonianza" inteso in senso ampio si suole riferirsi a tutte le dichiarazioni circa l'accadimento di fatti di causa, quale che sia la loro provenienza, e quindi comprese quelle provenienti dalle parti, come ad esempio le dichiarazioni rese in sede di interrogatorio e di giuramento. In questo senso, ma in una più ampia prospettiva *de jure condendo*, Cappelletti parla di testimonianza della parte, contrapponendola a quella dei terzi (cfr. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, pp. 421 ss., il quale elenca gli ordinamenti stranieri che, al contrario dell'ordinamento domestico, configurano la testimonianza della parte). Sulla prova testimoniale in generale v. le ampie voci di ANDRIOLI, *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, pp. 329 ss.; TARUFFO, *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 729 ss. Cfr. anche DONDI, *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, pp. 40 ss.; DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000.

domanda o comunque oggetto dei capitoli di prova ⁽²²⁾. Il testimone, a differenza dell'attore o del convenuto, "parla" dei fatti di causa non già esprimendo enunciati ipotetici, ma dichiarando di sapere che ciò che dice corrisponde al vero perché il fatto è entrato nella sua personale conoscenza, e dunque la dichiarazione resa dal teste consiste in un'asseverazione e non già una narrazione ipotetica.

Infine, anche il giudice "parla" dei fatti di causa: quest'ultimo, con la decisione di merito, trasforma l'enunciato ipotetico delle parti in un enunciato certo, e dunque parla dei fatti di causa come "veri" o "falsi" in funzione degli esiti dell'espletata attività istruttoria ⁽²³⁾. È appena il caso di anticipare che il giudice non potrà introdurre in giudizio fatti nuovi e ulteriori rispetto a quelli allegati dalle parti, e una decisione fondata su fatti introdotti dal giudice *sua sponte*, senza la previa allegazione delle parti, sarebbe in contrasto con il principio per cui è fatto divieto al giudice, terzo e imparziale, di fare uso della propria conoscenza privata. Né tantomeno il giudice, nell'esercizio del suo potere decisorio, potrà utilizzare fatti diversi dagli *allegata* ai fini della decisione ⁽²⁴⁾; ciò, infatti, sarebbe in contrasto con il principio secondo cui *iudex secundum allegata iudicare debet*, determinando un vizio di extra-petizione della pronuncia così resa.

²² Cfr. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., p. 57, il quale afferma che analoghe considerazioni valgono anche per la dichiarazione del terzo detentore di prove e del consulente tecnico d'ufficio, la cui nomina sia stata sollecitata da una delle parti.

²³ TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 6, il quale afferma che la finalità del processo è quella di pervenire ad un giudizio sulla verità o falsità degli enunciati che riguardano i fatti di causa; ID., *Situazioni probatorie. Aspetti logici della decisione sui fatti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 2, pp. 497 ss., ove vengono indicati i casi in cui si trova il giudice nel momento in cui, valutate le prove che sono state acquisite nel giudizio, deve stabilire quale versione dei fatti dovrà essere posta a fondamento della decisione.

²⁴ In realtà la questione è più complessa. Come vedremo nella sezione II di questo capitolo, sono rinvenibili, in capo al giudice, alcuni poteri di rilevazione di circostanze di fatto, diverse da quelle previamente e volontariamente introdotte dalle parti, purché le stesse emergano *ex actis*.

4. Natura e funzione dell'allegazione: atto informativo/narrativo o normativo/imperativo?

In generale, un atto processuale può fare riferimento a un fatto «a titolo di comando (dichiarazione imperativa o normativa o di volontà)» oppure a «titolo di informazione (dichiarazione-manifestazione d'un sapere, *veritas* o *scientiae declaratio*)»⁽²⁵⁾. In tale ultima categoria rientrano, per esempio, le dichiarazioni rese dal testimone, che sono certamente atti dovuti, ma non hanno la forza del comando, ossia non vincolano il giudice rispetto ai fatti narrati dal teste, nemmeno quando il giudice ritenga la dichiarazione soggettivamente veritiera⁽²⁶⁾.

Tra le dichiarazioni informative (o di verità) rientrano anche la confessione e il giuramento della parte, in quanto atti facoltativi (e non imperativi) che costituiscono l'esercizio di un *agere licere* (facoltà) e non di un *jubere licere* (diritto soggettivo o potestà)⁽²⁷⁾. Si è infatti sostenuto che, nonostante la presenza nella disciplina del giuramento e della confessione di alcuni elementi riconducibili agli effetti indirettamente dispositivi della dichiarazione giurata o confessoria, queste non sono, di per sé

²⁵ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 49, il quale ritiene preferibile la terminologia «dichiarazione informativa-dichiarazione imperativa» rispetto all'altra tradizionale «dichiarazione di scienza-dichiarazione di volontà». Le ragioni di tale scelta sono spiegate dall'Autore nel suo scritto *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine genetico*, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, vol. III, Padova, 1958, pp. 17 ss. e p. 138 nella nota 74. In luogo di «dichiarazioni imperative» si è anche parlato di «atti normativi» (ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1955, pp. 426 ss.). Sulla coincidenza dei concetti espressi con le formule «dichiarazione di scienza» e «dichiarazione di volontà» v. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, p. 8; CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico di prova*, Firenze, 1992, p. 162.

²⁶ Così CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 56. È noto che la testimonianza consiste in una dichiarazione (in genere orale ma v. anche l'art. 257-bis c.p.c. con riferimento alla testimonianza scritta) compiuta nel corso del processo da terzi; tale dichiarazione è liberamente apprezzabile dal giudice, fermi restando i limiti oggettivi e soggettivi previsti *ex lege*. Su questi ultimi v. l'ampia monografia di DITTRICH, *I limiti soggettivi alla prova testimoniale*, cit. *passim*.

²⁷ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit. pp. 50 e 56, secondo il quale la confessione e giuramento non sono negozi dispositivi del diritto sostanziale, bensì «mezzi di prova fondanti sulla dichiarazione informativa resa dalla parte» (p. 307, nonché pp. 396 ss., spec. p. 399).

stesse, altro che dichiarazioni di scienza circa la verità dei fatti, ancorché determinate dalla consapevole volontà di giurare o confessare ⁽²⁸⁾.

A conferma della qualificazione della confessione e del giuramento come dichiarazioni informative, destinate a operare sul sapere del destinatario, depone lo stesso dettato normativo. Infatti, l'art. 2730, comma primo, c.c. definisce la confessione come «la dichiarazione che una parte fa *della verità* di fatti ad essa sfavorevoli» ⁽²⁹⁾ e anche il giuramento è definito come una dichiarazione compiuta da una delle parti «sulla *verità* di fatti della causa» ⁽³⁰⁾. Ulteriore conferma a sostegno della natura informativa/narrativa della confessione e del giuramento si rinviene nel fatto che la disciplina di tali istituti è inserita nel libro IV, titolo II del codice civile, dedicato espressamente alle prove, e in una sezione del codice di rito (sez. III, del capo II nel titolo I del libro II) dedicata all'istruzione probatoria.

Viceversa, le dichiarazioni imperative, oltre a informare un soggetto in merito all'esistenza o inesistenza di un fatto nonché del modo in cui lo stesso si è realizzato, hanno un ulteriore effetto che consiste nel vincolare il giudice; vincolo che non riguarda l'esistenza o inesistenza del fatto allegato, atteso che tale accertamento avverrà solo all'esito del processo con la pronuncia della sentenza; esso, al contrario, si manifesta essenzialmente nel divieto per il giudice di pronunciare la sentenza su fatti

²⁸ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo ordinario di cognizione*, XX ed, Torino, 2009, pp. 267-268.

²⁹ Sull'argomento, in generale, cfr. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, rist. Milano, 1993; ID., *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Milano, 1961, pp. 870 ss.; MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, in *Giur. Comp. Cass. Civ.*, 1948, XXVII, 3° quadrim., p. 128; ID., *Confessione e astrazione processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, pp. 11 ss.; E. SILVESTRI, *Confessione nel dir. proc. civ.*, in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, pp. 423 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, II ed., Torino, 2004, pp. 495 ss.

³⁰ Così MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo ordinario di cognizione*, XX ed., Torino, 2009, p. 264. Sul giuramento in generale cfr. ALLORIO, *Il giuramento della parte*, Milano, 1937; CARNELUTTI, *Natura del giuramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, pp. 183 ss.; FURNO, *Natura giuridica del giuramento e libertà di valutazione giudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, pp. 362 ss.; ANDRIOLI, *Giuramento*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, pp. 943 ss.; PROVINCIALI, *Giuramento decisorio*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 103 ss.; NICOLETTI, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, Rimini, 1982.

diversi e ulteriori rispetto a quelli allegati ovvero di ricercare al di fuori del processo la base di fatto da porre a fondamento della decisione, facendo uso della scienza privata ⁽³¹⁾.

4.1. Segue: *l'allegazione dei fatti come atto narrativo/informativo*

Chiarita in termini generali la differenza tra dichiarazioni informative e dichiarazioni normative, occorre a questo punto comprendere se l'atto giuridico di allegare rientri tra le une o le altre. La soluzione data a tale quesito non è puramente teorica ma, come vedremo, comporta una serie di conseguenze partiche, sia con riferimento ai poteri/diritti delle parti, sia (e soprattutto) con riguardo ai poteri/doveri del giudice.

Sussistono due diverse concezioni della natura dell'allegazione. Secondo un primo orientamento, minoritario ma autorevolmente sostenuto da una parte della dottrina, l'allegazione consisterebbe in una dichiarazione informativa; secondo un altro orientamento, maggioritario, l'allegazione sarebbe invece un atto imperativo/normativo.

La prima delle due soluzioni offerte dalla dottrina verrà affrontata nel presente paragrafo; la seconda verrà invece trattata diffusamente nel paragrafo che segue.

La concezione dell'allegazione dei fatti quale atto tipicamente informativo è stata da taluno rinvenuta nel processo civile di tipo inquisitorio in senso sostanziale in cui è del tutto assente il potere monopolistico delle parti rispetto all'allegazione dei fatti giuridici e il giudice può ricercare *sua sponte* i fatti da porre alla base del provvedimento ⁽³²⁾. Sotto

³¹ Sul divieto di ricorso alla scienza privata cfr. CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 861 ss.; ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 141 ss. e 297 ss.; ID., *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, pp. 678 ss. In merito all'evoluzione storica del problema cfr. NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München, 1967, citato da TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 67-68, nota 3, il quale peraltro ricorda che il testo classico sull'argomento rimane quello di STEIN, *Das Private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893.

³² Cfr. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 354 ss., il quale distingue il principio inquisitorio in senso sostanziale (o materiale) o in senso proprio dal principio inquisitorio in senso processuale (formale) o in senso improprio. Mentre con il primo

questo profilo si è, infatti, osservato che la possibilità, riconosciuta al giudice, di prescindere dalle allegazioni delle parti incide sul piano del principio dispositivo in senso sostanziale, così determinando la pubblicizzazione non solo del processo, ma anche dell'oggetto del processo, ossia del diritto materiale al quale non è più collegata la disponibilità, in capo al titolare, del diritto di chiederne la tutela processuale. A completamento di questa tesi, si è sostenuto che «questo fenomeno, portato alle sue ultime conseguenze, significa *abolizione del diritto soggettivo*»⁽³³⁾.

La teoria per cui l'allegazione consisterebbe in una dichiarazione informativa è stata autorevolmente sostenuta da Carnelutti. In particolare l'Autore ha distinto, entro il *genus* delle dichiarazioni informative, l'*asseverazione*, intesa come dichiarazione «che sta a sé», resa a titolo di verità, tra le quali ha inserito la testimonianza del terzo e della parte, dall'*allegazione*, intesa come «dichiarazione che funge da premessa di un'istanza» o «di un giudizio» resa «a titolo di ragione»⁽³⁴⁾.

si intende indicare il fenomeno dell'abolizione del potere monopolistico delle parti di determinare l'oggetto del processo, con il secondo si intende indicare il fenomeno dell'abolizione del potere monopolistico delle parti rispetto alla scelta degli strumenti con cui formare il convincimento del giudice circa i fatti allegati.

³³ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 354 ss., il quale osserva che nel principio inquisitorio in senso processuale ciò che viene colpito è soltanto il *Verhandlungsprinzip*, onde la limitazione, o addirittura l'abolizione, del «principio di disponibilità delle prove» non intacca in nessun modo il carattere privato-disponibile del diritto e del potere di chiederne la tutela. L'Autore rileva poi che «è riscontrabile in quasi tutti gli ordinamenti oggi vigenti nei Paesi dell'Europa occidentale il [...] fenomeno di una abolizione totale, o almeno parziale (ma con la tendenza ad una progressiva abolizione) del principio della cosiddetta disponibilità delle prove», non soltanto per i progressivi poteri di iniziativa probatoria attribuiti al giudice, ma anche in virtù del c.d. principio di acquisizione per cui il giudice potrà ritenere provati anche quei fatti la cui prova provenga dall'avversario della parte onerata (p. 356, testo e nota 6, in cui Cappelletti afferma: «Come si vede, anche nel nostro ordinamento è quantomeno improprio continuar a parlare di una disponibilità delle prove!»).

³⁴ CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1936, pp. 22 ss.; ID., *Teoria generale del diritto*, III, Roma, 1951, pp. 281-282; ID., *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, I, pp. 277 ss. L'opinione di Carnelutti si concilia con quella per cui le allegazioni sono elementi costitutivi della domanda, giacché quest'ultima è intesa come «atto composto» risultante dalla combinazione di una dichiarazione informativa (l'allegazione) e di una dichiarazione imperativa (l'istanza in senso stretto). Si noti tuttavia che la natura di atto di volontà dell'allegazione non è sfuggita a Carnelutti, quanto meno quando questa, «vigente il principio di disposizione, si fa per vincolare il giudice alla considerazione ed eventualmente alla fissazione del fatto dato» (CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., pp. 164 ss.). Per la tesi che scorge sempre nell'allegazione una dichiarazione di verità utile al dichiarante v. FRANCHI, *La perizia*

Siffatta tesi è stata sottoposta ad alcune critiche da una parte della dottrina che, muovendo dalla concezione per cui i fatti allegati costituiscono un elemento essenziale e imprescindibile della domanda, ha ritenuto che la disciplina dell'allegazione debba desumersi da quella della domanda, per cui, giacché la domanda non è un atto informativo ma di comando, «lo stesso parrebbe dirsi di quello, che della domanda è un elemento fondamentale»⁽³⁵⁾. Inoltre si è osservato che la soluzione per cui l'allegazione sarebbe un atto tipicamente narrativo/informativo non spiegherebbe le ragioni per cui il giudice deve sempre pronunciarsi sulle allegazioni anche quando vertano su fatti naturalmente impossibili, ossia smentiti da massime di esperienza, o ancora perché in contrasto con fatti notori; il che sembrerebbe portare – secondo la critica in esame – a distinguere l'effetto informativo dell'atto con un ulteriore effetto (normativo/imperativo) dell'allegazione, del tutto indipendente dal primo⁽³⁶⁾.

4.2. Segue: *l'allegazione dei fatti come atto normativo/imperativo vincolante*

La dottrina maggioritaria considera l'allegazione come un atto normativo-imperativo⁽³⁷⁾ idoneo a fissare, in modo vincolante per il giudice,

civile, Padova, 1959, p. 159; LAUDISIA, *Il ritiro della dichiarazione di verità*, Padova, 1978, pp. 34-38. In senso sostanzialmente conforme cfr. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtstage: Eine Kritik Des Prozessualen Denkens*, 1925, pp. 422 ss. e 489 ss., citato da CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I. *Struttura e funzione*, Padova, 1985, p. 467, nota 7.

³⁵ In questi termini CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 53.

³⁶ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 49 ss., spec. p. 50, ove ampi riferimenti dottrinali a cui si rinvia.

³⁷ In questo senso v. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., *passim*, secondo il quale l'allegazione è «primariamente» atto imperativo (p. 61) che non ha il fine di informare il giudice rispetto ai fatti allegati ma di porre in essere il dovere del giudice di decidere *juxta allegata* (p. 53), con la precisazione che la funzione e l'effetto di «determinare vincolativamente quella che dovrà essere la base di fatto della pronuncia» va riconosciuta solo all'allegazione dei fatti principali (o giuridici) costitutivi del rapporto privato dedotto in giudizio o estintivi, impeditivi o modificativi posti alla base di eccezioni in senso stretto (pp. 53, 59-60, 329 ss., 343 ss.), mentre ne restano esclusi i fatti giuridici riferentesi ad un rapporto o situazione di diritto pubblico, quelli fondanti eccezioni in senso lato e, infine, i fatti secondari o semplici (p. 340); ID., *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*,

i fatti da prendere in considerazione ai fini della decisione⁽³⁸⁾; con la precisazione che ciò che vincola il giudice non è tanto il fatto come allegato dalla parte, quanto l'allegazione in sé per sé, non il *quid positum* ma la *positio*⁽³⁹⁾. Secondo questo orientamento, l'allegazione è un atto di *natura* imperativa/normativa (e non meramente informativa/narrativa); costituisce una dichiarazione di volontà (e non di verità); ha la *funzione* di determinare vincolativamente quella che dovrà essere la base di fatto della

in *Riv. dir. proc.*, 1967, pp. 152 ss.; ID., *Attività e poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico*, in *Scritti giuridici in memoria di Pietro Calamandrei*, vol. III, Padova, 1958, pp. 17 ss., spec. p. 138; ID., *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 1151 ss., nota 23 e pp. 1166; ID., *Ritrattazione del giuramento della parte e revoca dell'ordinanza ammissiva del giuramento*, in *Annali della Università di Macerata*, vo. XXII, Milano, 1958, pp. 238 ss.; COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 193; TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, p. 249-250; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, p. 13, che indicano come prevalente l'opinione esposta nel testo; L.P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, cit., p. 227; CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 467-468; ALLORIO, *Il giuramento della parte*, cit., pp. 159 ss., 181 e 367; ID., *Diritto processuale tributario*, V ed., cit., pp. 459 ss., spec. p. 468 ss., il quale preferisce parlare di atti normativi piuttosto che di dichiarazioni di volontà, in quanto ciò che rileva è la statuizione, non la volontà degli effetti giuridici; BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, pp. 232 ss., con ampia dimostrazione; VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 226, nota 22, e ora anche in *Studi in onore di Enrico T. Liebman*, vol. III, Milano, 1979; REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, rist. 1960, p. 19, nota 15. Più recentemente v. GAMBA, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, 2008, p. 31.

³⁸ Secondo alcuni l'allegazione dei fatti sarebbe rilevante solo se la parte mostra la volontà di avvalersene, facendo di quella dichiarazione una manifestazione di volontà con efficacia vincolante: TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 22; ID., *La semplice verità*, cit., pp. 122 ss.; L.P. COMOGLIO, *Allegazione*, cit., p. 274; ID., *Le prove civili*, III ed., Torino, 2010, pp. 105 ss. Cfr. anche BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., p. 232, testo e nota 82, pp. 233 ss., che definisce la manifestazione di volontà come «affermazione di prova», cioè «ogni capitolazione dei fatti da sottoporre alla prova dei testimoni, in quanto ogni domanda di assunzione di una tale prova implica la volontà di disposizione di quei fatti», nonché nell'atto di produzione di documenti, «benché, più che essere esplicitamente formulate, esse [le affermazioni dei fatti con valore negoziale/dispositivo] emergano di solito implicitamente dal contenuto proprio dell'atto in relazione al fatto che con esso si intende dimostrare»; «in questo senso va precisato il potere del giudice di considerare i fatti che "emergono dagli atti"». *Contra*: CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 55 ss., spec. p. 60, il quale afferma che l'obbligo del giudice di prendere in considerazione ogni allegazione delle parti sorgerebbe anche se l'allegazione stessa non fosse stata resa dalla parte con la volontà di creare quell'effetto. In senso conforme a quest'ultima opinione v. anche ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, cit., pp. 459 ss., spec. p. 468 ss.

³⁹ Così CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 58.

pronuncia; produce l'*effetto* (imperativo) di creare un obbligo per il giudice di decidere *iuxta allegata* e di pronunciarsi su tutti i fatti allegati, anche solo per dire che essi sono sforniti di prova.

Innanzitutto, questa ricostruzione poggia sul legame tra l'allegazione dei fatti costitutivi e la domanda con cui il diritto viene dedotto in giudizio. Si è sostenuto, infatti, che l'allegazione costituisce un «momento o elemento della domanda» e il fatto, prima ancora di concorrere a identificare la domanda, ne rappresenta l'elemento costitutivo essenziale, sicché l'allegazione muterebbe la natura, la funzione e la disciplina dalla domanda⁽⁴⁰⁾. In altri termini, poiché la domanda è un atto di comando, esercizio del diritto soggettivo d'azione di cui all'art. 24 Cost., lo stesso dovrebbe dirsi – secondo la tesi in esame – di quello che della domanda è l'elemento fondamentale⁽⁴¹⁾.

A sostegno della natura imperativa dell'allegazione si è altresì osservato che l'allegazione dei fatti giuridici può essere resa, anziché dalla parte personalmente, dal suo rappresentante o difensore, i quali possono, oltre che affermare l'esistenza dei fatti così come raccontati loro dalle parti (allegazione positiva), anche negare l'esistenza dei fatti *ex adverso* allegati (allegazione negativa), pur essendo del tutto all'oscuro riguardo a essi. Sulla base di ciò, si è dunque sostenuto che, se il rappresentante e il difensore possono non essere a conoscenza dei fatti concretamente allegati, allora le loro dichiarazioni non possono avere natura informativa o di scienza, ma soltanto imperativa o di volontà⁽⁴²⁾. Tale ultima opinione non si è sottratta ad alcune critiche. È stato, infatti, rilevato come la natura della dichiarazione (di scienza o di volontà, informativa o normativa) non dovrebbe mutare a seconda dell'oggetto (fatto proprio o fatto altrui), atteso che «la dichiarazione ha natura informativa o di scienza, anche

⁴⁰ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 51-52; FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, pp. 121 ss.; CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium»*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993.

⁴¹ Così CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 52. *Contra*: BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., pp. 43-44, per il quale la natura di atto di comando può essere legata alla domanda nel suo complesso e non a ciascuno degli elementi costitutivi della stessa.

⁴² CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 54 ss.

quando si espone un avvenimento, un fatto riferito da altri e non osservato o compiuto personalmente» e, soprattutto, «la natura dell'esposizione dei fatti non può dipendere dalla presenza o meno di un difensore»⁽⁴³⁾. Inoltre, così ragionando si verrebbe a determinare – secondo la critica in esame – un'ingiustificata differenziazione tra quelle ipotesi in cui la parte può stare in giudizio personalmente e le altre in cui è necessario il ministero di un difensore: nel primo caso, l'allegazione avrebbe sempre natura normativa, con conseguente vincolo del giudice agli *allegata*; nel secondo caso solo informativa, con possibilità per il giudice di intervenire nella fissazione della base di fatto per la decisione⁽⁴⁴⁾. Si verrebbe altresì a determinare un'immotivata differenziazione tra persone giuridiche, che debbono sempre agire in giudizio attraverso il legale rappresentante *pro tempore* (o, in generale, tutti gli altri soggetti che necessitano di un rappresentante per stare in giudizio) e le persone fisiche che, salvo specifiche eccezioni (si pensi ai minori, interdetti, inabilitati e così via), sono fornite della capacità di essere parte.

Ulteriore giustificazione a sostegno della tesi della natura imperativa dell'allegazione è stata rinvenuta dalla dottrina nella circostanza che il giudice è tenuto a pronunciarsi sui fatti allegati dalla parte, anche se contrastanti, naturalmente o giuridicamente impossibili, smentiti da massime di esperienza o, ancora, in contrasto con fatti notori⁽⁴⁵⁾.

Infine, si è detto⁽⁴⁶⁾ che la natura imperativa dell'allegazione troverebbe la sua *ratio* nella circostanza che la parte non può testimoniare sui fatti di causa⁽⁴⁷⁾, ovvero non può effettuare, all'interno del processo,

⁴³ BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 45.

⁴⁴ BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 45.

⁴⁵ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 54 ss.

⁴⁶ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 56 e pp. 90 ss., il quale comunque riconosce un valore indirettamente probatorio alle dichiarazioni fattuali delle parti, che valgono come fonti di prova indirette (ossia come indizi) dai quali il giudice può trarre argomenti di prova (presunzioni).

⁴⁷ Sul divieto di testimonianza in causa propria cfr. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, in ID., *Studi sul processo civile*, IV, Padova, 1939, p. 171: «la trasformazione della parte in testimone [...] potrebbe ammettersi soltanto in un processo a tipo nettamente inquisitorio, in cui fosse attenuata la nozione del diritto soggettivo e in cui il privato fosse considerato soltanto come strumento del pubblico interesse».

dichiarazioni a scopo informativo, al di fuori delle ipotesi della confessione e del giuramento. Stante il divieto di considerare la parte come un *teste in re sua*, si dovrebbe da ciò evincere che le allegazioni hanno solo l'effetto di vincolare il giudice agli *allegata partium*, e non possono avere la natura di dichiarazioni informative. Tuttavia, non si è mancato di rilevare che «dall'affermazione che le dichiarazioni dei fatti provenienti dalla parte non possono avere un valore direttamente probatorio, non consegue automaticamente e necessariamente che esse hanno natura di dichiarazioni imperative. Nulla esclude, infatti, che tali dichiarazioni abbiano valore informativo per il giudice, pur ammettendo che non siano rilevanti a fini probatori» (48).

Dalla concezione dell'allegazione come atto normativo conseguirebbe – secondo questa tesi – un vero e proprio monopolio delle parti in merito all'allegazione dei fatti costitutivi del diritto dedotto *in iudicium*, cui si connette, da un lato, l'obbligo del giudice di decidere *iuxta allegata* e, dall'altro lato, il divieto, in capo allo stesso giudice, di introdurre nel processo (e prendere in considerazione ai fini decisorii) fatti costitutivi diversi da quelli allegati (49).

Da ultimo, va rilevato che sussiste un'ulteriore opinione in merito alla natura dell'allegazione che ha tratti comuni con la concezione dell'allegazione come atto normativo, ma che dalla stessa si differenzia per alcune caratteristiche tipiche. L'opinione *de qua* è stata espressa da Taruffo, il quale ha precisato che «l'allegazione di un fatto non ha – di per sé – alcun effetto dispositivo o normativo» per cui non esisterebbe un monopolio nell'allegazione dei fatti in capo all'attore, tale da produrre un vincolo nei confronti del giudice (50). Il fatto – spiega Taruffo – se «viene considerato in se stesso, ossia come oggetto di un enunciato che lo ipotizza come vero, [...] non ha alcun effetto giuridico, e non produce alcun effetto vincolante» per cui l'unico effetto che scaturisce dall'allegazione sarebbe l'assunzione dell'*onus probandi* in capo a colui che ha allegato

⁴⁸ BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 46.

⁴⁹ Il tema verrà ampiamente approfondito nella sezione II di questo capitolo.

⁵⁰ Così TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., pp. 28 ss.

tale fatto ⁽⁵¹⁾. L'effetto dispositivo-normativo dell'allegazione si realizza – secondo Taruffo – allorché la parte che allega il fatto lo riconduce a una fattispecie legale, attribuendo a quel fatto una qualificazione giuridica. Solo in questo caso il fatto allegato diventa costitutivo di una situazione giuridica sostanziale e integra la *causa petendi* di una domanda.

Se ben intendiamo, la tesi di Taruffo trova conferma in Buoncrisiani e in Grasso, i quali distinguono (i) l'*introduzione* del fatto, intesa come attività non cosciente; (ii) l'*indicazione* del fatto, intesa come esposizione cosciente di un avvenimento; (iii) l'*allegazione* in senso stretto, per tale intendendosi la narrazione di un fatto attribuendo allo stesso un valore ⁽⁵²⁾.

SEZ. II. L'ALLEGAZIONE: TRA DIRITTI/POTERI DELLE PARTI E POTERI/DOVERI DEL GIUDICE

5. L'allegazione come atto di parte: rapporti con il principio dispositivo

Come già rilevato, l'allegazione è uno strumento riservato alla parte, mediante il quale la realtà extraprocessuale entra direttamente nel processo. Ritenere l'allegazione un atto riservato alla parte impone necessariamente di dover affrontare il tema dei rapporti tra questo istituto e alcuni principi cardine del nostro ordinamento che in una certa qual misura giustificano il monopolio delle parti rispetto alle circostanze di fatto oggetto del *thema disputandum*. In particolare, ci si riferisce al principio della domanda di cui agli artt. 99 c.p.c. e 2907 c.c. e al principio dispositivo che, al contrario del primo, non trova consacrazione in alcuna disposizione normativa, salvo per quanto riguarda la «disponibilità delle prove»

⁵¹ TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 29.

⁵² BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 26; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., pp. 46 ss., il quale peraltro afferma che l'*indicazione* del fatto contenuta nella domanda attua l'iniziativa della parte per la pronuncia del giudice sul fatto indicato.

ex art. 115 c.p.c. che però – come vedremo – non attiene direttamente al tema delle allegazioni.

Lasciando l'analisi dei rapporti tra onere di allegazione e principio della domanda ai paragrafi successivi, si passa subito a esaminare i rapporti intercorrenti tra tale onere e il principio dispositivo. Per fare ciò occorre preliminarmente comprendere cosa si intende per “principio dispositivo”. Allo stesso può essere fornito un duplice significato: da un lato, esso consiste nel potere, riconosciuto a un soggetto, di disporre di un proprio diritto in via negoziale, mediante atti di rinuncia, cessione, alienazione o donazione del diritto ovvero tramite la costituzione di un limite esterno alla facoltà di godimento; dall'altro lato, esso riguarda il potere del titolare del diritto sostanziale di richiederne la tutela giurisdizionale ovvero di rinunciare alla stessa una volta proposta la domanda giudiziale (*ne procedat iudex sine actore*), oltre che il potere del titolare del diritto di disporre giudizialmente dei fatti da porre a fondamento della decisione. È quest'ultima accezione del principio dispositivo che si intende esaminare nel contesto di questo lavoro ⁽⁵³⁾.

Il principio dispositivo è stato ampiamente studiato dalla dottrina, in particolare da quella tedesca, ma non sono mancati rilevanti contributi anche tra gli Autori nel nostro Paese. Dapprima il principio in questione è stato inteso in senso omnicomprensivo, e quindi come regola rilevante in tutti i momenti del processo civile, dall'instaurazione della causa sino

⁵³ «Il principio dispositivo è, in sostanza, la proiezione nel campo processuale di quella autonomia privata nei confini segnati dalla legge, che trova la sua energica affermazione nella tradizionale figura del diritto soggettivo: fino a che la legislazione sostanziale riconoscerà [...] tale autonomia, il principio dispositivo dovrà essere coerentemente mantenuto nel processo civile come insopprimibile espressione del potere riconosciuto ai privati di disporre della propria sfera giuridica. Si sono perciò conservati nel codice (artt. 112 ss.), come affermazioni di principio, gli aforismi dell'antica sapienza: *ne procedat iudex ex officio*; *ne eat iudex ultra petita partium*; *iudex secundum allegata et probata decidere debet*. Sopprimere questi principi, avrebbe voluto dire, più che riformare il processo, riformare il diritto privato: dare al giudice il potere d'iniziare d'ufficio una causa che gli interessati vorrebbero evitare, o di giudicare su fatti che le parti non hanno allegato, vorrebbe dire ritogliere in sede processuale quell'autonomia individuale che in sede sostanziale è riconosciuta dal diritto vigente» (passi nn. 12 e 13 della Relazione del Guardasigilli riportati da ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, vol. I. Disposizioni generali, III ed., Napoli, 1957, pp. 321 ss., in commento all'art. 112 c.p.c.).

alla dimostrazione dei fatti storici allegati, passando dalla fase di delimitazione del *thema decidendum* ⁽⁵⁴⁾. Tale concezione del principio dispositivo risentiva dello stretto legame intercorrente tra il potere, in capo al titolare, di disporre della situazione sostanziale e il potere di far valere tale situazione nel processo mediante la proposizione di una domanda giudiziale, assumendosi l'onere di provare i fatti allegati a sostegno della propria pretesa ⁽⁵⁵⁾.

Solo nel XIX secolo la dottrina tedesca c.d. sceveratrice ⁽⁵⁶⁾, sotto lo stimolo di innovazioni legislative e di un'attenta indagine analitica, ha elaborato la distinzione tra *Dispositionsmaxime* (o *Verfügungsgrundsatz*:

⁵⁴ Nella dottrina italiana cfr. NASI, *Disposizione del diritto e azione dispositiva. Contributo allo studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione*, Milano, 1965, p. 219, il quale riporta sia l'allegazione dei fatti sia la prova degli stessi al principio dispositivo. L'Autore osserva che la prova nel processo civile «è espressione del principio dispositivo inteso nel suo significato essenziale: principio che esprime la continuità fra il contenuto dell'esperienza civilistica sostanziale ed il contenuto dell'esperienza civilistica processuale sul piano dell'effettività giuridica».

⁵⁵ Cfr. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., pp. 13-14, spec. nota 6, che indica in WACH, *Das Verhältniss des Richters zu den Parteien*, in *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, Bonn, 1896, p. 61, l'esponente della tesi esposta nel testo. Nel passo dell'opera di Wach citato e tradotto da Buoncristiani si legge: «è conseguenza imprescindibile della natura privata dell'oggetto litigioso, che il giudice riceva dalle parti tutto il materiale di fatto, e non possa ampliarne d'ufficio le allegazioni, né introdurre mezzi di prova nel processo. Egli giudica *secundum allegata et probata partium*, e non *secundum conscientiam*».

⁵⁶ L'utilizzo dei termini «sceveratore» e «allineatore» per identificare, rispettivamente, quell'orientamento dottrinale invalso nella dottrina tedesca che ha distinto la *Dispositionsmaxime* dalla *Verhandlungsmaxime* da quell'altro orientamento che considerava il primo come conseguenza logica del secondo è mutuato da CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, 1951, *passim*. Sui primi tentativi di precisare l'autonomia del principio dispositivo e di quello della trattazione v. gli Autori citati da CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 309-310, nota 10; CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 102-103 nota 5. In argomento cfr. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., pp. 716 ss., che indica in GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, II ed., I, Erlangen, 1804, pp. 175 ss., il fautore di questo movimento sceveratore.

principio dispositivo)⁽⁵⁷⁾ e *Verhandlungsmaxime* (letteralmente: principio di trattazione)⁽⁵⁸⁾: si è così distinto quanto attiene al momento iniziale del processo – in cui la parte dispone del potere di chiedere la tutela giurisdizionale mediante la proposizione della domanda (principale o riconvenzionale) o la revoca stessa, in cui vengono formulate le eccezioni in senso stretto o, nel caso di giudizio di secondo grado, viene proposta l’impugnazione della sentenza – e un momento successivo, in cui la parte prende certe iniziative, soprattutto istruttorie, scegliendo i mezzi processuali che ritiene più adatti per il raggiungimento dello scopo voluto⁽⁵⁹⁾.

⁵⁷ Per un’accurata analisi del contenuto della *Dispositionsmaxime* cfr. WUNDERLICH, *Dispositionsmaxime, Verhandlungsmaxime und Untersuchungsmaxime der solothurnischen ZPO vom 11.9.1996* (diss.), Zürich, 1968, pp. 9 ss., citato da CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 103, nota 7.

⁵⁸ Cfr. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., pp. 716 ss., 722-723, 731. In argomento v. anche FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, p. 61. È stata ritenuta inadeguata l’espressione italiana “principio di trattazione” per riferirsi al concetto di *Verhandlungsmaxime* da CAPPELLETTI, *La prova testimoniale nel sistema dell’oralità*, cit., pp. 312-313, secondo il quale l’espressione *Verhandlungsmaxime* pare inadeguata anche nella lingua tedesca in quanto non riesce affatto ad esprimere ciò che essa vorrebbe indicare, ossia che la trattazione (*Verhandlung*) è rimessa all’iniziativa monopolistica di parte (p. 313, nota 17).

⁵⁹ Sull’opportunità di questa distinzione cfr. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., *passim*, il quale, dopo aver rilevato che i concetti di *Dispositionsmaxime* e *Verhandlungsmaxime* sono stati per lungo tempo confusi anche dalla stessa dottrina tedesca in cui sono originati, ha attribuito alla dottrina sceveratrice il merito di aver intuito «che non è congruo sistemare assieme o peggio ancora alla rinfusa, per poi pervenire alla formazione di un unico principio, quanto concerne [...] l’essere padroni dell’oggetto in contesa e (di servirsi) del processo civile, con ciò che invece riguarda la determinazione del materiale di fatto e dei mezzi per provarlo» (p. 726). La distinzione testé menzionata è parsa a Carnacini insoddisfacente laddove, pur sceverando le due massime, si continua comunque ad allinearle alla stregua di due principi processuali, laddove «qui non si trattava né si tratta unicamente di fare due gruppi di regole in luogo di uno solo e di trovare per ciascuno di questi due gruppi e di quelli antitetici, relativi alla prevalenza del giudice, un acconcio oggettivo», quanto «di riconoscere una volta per sempre che tutto quello che consacra il monopolio della parte di fronte al giudice nel ricorrere al processo civile e nel servirsene, e quindi nel perseguire la realizzazione di un interesse materiale attraverso questo strumento, non è riconducibile sotto alcun principio processuale» (p. 741). Giova anticipare – ma sul punto si tornerà *infra* – che la tesi di Cappelletti è conforme con l’idea sostenuta dall’Autore per cui il principio dispositivo va ricondotto alla *Verhandlungsmaxime*, così come ad essa va ricondotta l’allegazione dei fatti.

R. von CANSTEIN, *Die rationellen Grundlangen des Civilprocesses*, Manz, Wien, 1877, citato da CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 23, ha sottolineato come, impropriamente, nella *Verhandlungsmaxime* siano state fatte confluire tre regole diverse: una che attiene al momento della costituzione del processo, una che riguarda il momento della determinazione dell’oggetto del giudizio e, infine, una che concerne la fase istruttoria.

Per quanto concerne la dottrina italiana, va rilevato che anch'essa ha inizialmente utilizzato il concetto di "principio dispositivo" in senso omnicomprendivo, ricomprendendovi sia quello che la dottrina sceveratrice tedesca ha inteso sotto il nome di *Dispositionsprinzip*, sia quello che la stessa ha ricompreso sotto la formula di "massima della trattazione". Carnacini e Cappelletti hanno criticato fermamente questa posizione, osservando che in tal modo si andrebbero a sovrapporre e confondere due momenti necessariamente distinti⁶⁰: il primo attinente alla disponibilità della tutela giurisdizionale e alla volontà monopolistica della parte nell'istaurazione del processo (*nemo iudex sine actore; ne eat iudex ultra petita partium*); il secondo riguardante la fase istruttoria e la scelta di determinare l'iter processuale (*iudex secundum probata decidere debet*).

Per citazioni della dottrina tedesca nella quale la distinzione di cui si parla nel testo era assente cfr. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 721, nota 58, p. 725, nota 6 e pp. 727 ss., nota 71; CAPPELLETTI, *La prova testimoniale nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 310-311.

⁶⁰ Severe critiche sono state avanzate da Carnacini e Cappelletti nei confronti della precedente dottrina italiana, colpevole di aver sostanzialmente aderito alla tendenza «allineatrice» tedesca e di aver così confuso le diverse regole per cui tocca alle parti promuovere il processo, delimitarne l'oggetto e introdurre il materiale di fatto utile per la decisione (cfr. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., pp. 721 ss., p. 723, nota 61, pp. 730-740; CAPPELLETTI, *La prova testimoniale nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 310-311, testo e note 11-13, pp. 373 ss., testo e nota 9, il quale, alle pp. 655 ss., indica alcune ragioni di questa confusione). *Contra*: LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 551 ss. e in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, pp. 3 ss., che difende la dottrina tradizionale; CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 30 nota 43, p. 100 nota 1, per il quale le critiche di Cappelletti e Carnacini sono infondate perché il rischio di confusione sarebbe stato evitato dalla maggioranza dei processualisti (tra i quali cita CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, pp. 727 ss.; ID., *Identificazione delle azioni. Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, I, pp. 157 ss.; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, Padova, 1943, pp. 215 ss.; CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, rist. 1947, pp. 17 ss.; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1926, pp. 367 ss. e 389 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile*, II, Roma, 1936, p. 308) che hanno distinto il principio dispositivo quale principio di mera opportunità relativo al monopolio delle parti sulle iniziative istruttorie dal principio della domanda inteso come regola assoluta ed inderogabile, connessa alla disponibilità dei rapporti giuridici privati.

Solo nei primi anni del Novecento la dottrina domestica ⁽⁶¹⁾ ha cominciato a distinguere i due diversi fenomeni, tanto che – come riconosciuto da Liebman ⁽⁶²⁾ – il vigente codice di procedura civile ha previsto norme distinte per sancire, da un lato, il principio della domanda ⁽⁶³⁾ e quello di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato ⁽⁶⁴⁾ e, dall'altro lato, la regola sulla disponibilità delle prove *ex art. 115 c.p.c.* ⁽⁶⁵⁾.

Carnacini e Cappelletti, pur condividendo la necessità di tenere distinti due momenti del processo che attengono l'uno alla fase iniziale di disposizione della tutela giurisdizionale e l'altro alla fase di trattazione della causa ed istruttoria, giungono a conclusioni diverse allorché debbono ricondurre il “principio dispositivo” a una delle due categorie elaborate dalla dottrina tedesca e, soprattutto, quando debbono riportare l'allegazione dei fatti a uno dei momenti sopra visti.

⁶¹ DIANA, *La confessione giudiziale nel processo civile*, in *Giur. it.*, 1901, IV, pp. 91 ss., spec. nota 6; CHIOVENDA, *Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium»*, cit., p. 157; CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., pp. 16 ss.; CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, pp. 133 ss.

⁶² LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., p. 552, ricorda che secondo alcuni (ALFR. ROCCO, *Sentenza civile*, Torino, 1906, p. 124; CARNELUTTI, *Prova civile*, cit., pp. 16 ss.) il principio dispositivo era considerato come strettamente dipendente dal principio della domanda, come un doveroso omaggio alla volontà delle parti; secondo altri (CHIOVENDA, *Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium»*, cit., p. 174), invece, il principio dispositivo era considerato come un mero principio di opportunità fondato sulle maggiori garanzie che presenta la difesa dei diritti privati. Quest'ultima è la tesi che finì per prevalere, come ricordato dallo stesso Liebman (p. 553, anche nota 2 cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

⁶³ Il riferimento è agli artt. 2907 c.c. e 99 c.p.c. Il primo comma dell'art. 2907 c.c. recita: «alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio». Secondo CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 15, con l'art. 2907 c.c. il legislatore ha posto un «chiaro principio base [...]. Si tratta del c.d. *principio della domanda*, o *principio dispositivo sostanziale*».

⁶⁴ Per un'analisi della «travagliata gestazione» che ha condotto il legislatore all'attuale formulazione dell'art. 112 c.p.c. si rinvia a CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, pp. 12 ss.

⁶⁵ In questo senso LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., p. 552, nota 3, per il quale «l'art. 115 non sancisce soltanto il divieto per il giudice di utilizzare il suo sapere privato [...] ma codifica proprio il principio dispositivo, per quel che riguarda le prove». L'Autore prosegue affermando che «è pacifico che lo stesso principio vale anche per le allegazioni dei fatti (salvo per il fatto che viene allegato come *causa petendi* e per quelli che rappresentano eccezioni in senso *proprio*, la cui allegazione delle parti rientra invece nel principio della domanda)».

In particolare, Carnacini utilizza il concetto di “principio dispositivo” nel senso in cui la dottrina sceveratrice tedesca parla di *Verhandlungsmaxime*; al contrario, Cappelletti riconduce il principio in discorso alla *Dispositionsmaxime*.

La tesi di Carnacini origina da un'accurata indagine, condotta dall'Autore, avente a oggetto la causa della distinzione tra *Dispositionsmaxime* e *Verhandlungsmaxime*. Tale causa va individuata – secondo Carnacini – nel fatto che ciò che attiene alla disposizione della tutela giurisdizionale «esula dal processo vero e proprio», onde si avranno atti formalmente (non però sostanzialmente) processuali, essendo la domanda un atto giuridico materiale che rappresenta l'esercizio di un potere di diritto materiale ⁽⁶⁶⁾. Sicché – per Carnacini – la *Dispositionsmaxime* non ha il carattere di un principio processuale ⁽⁶⁷⁾, né ha natura di principio autonomo, alludendosi con essa «a quella disponibilità della tutela giuridica

⁶⁶ CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., pp. 742 ss. A sostegno della sua tesi Carnacini, *op. cit.*, pp. 747 ss., ricorda la categoria dei diritti indisponibili, ossia quei diritti rispetto ai quali l'unico modo di disporre si manifesta nel potere del soggetto di scegliere se chiedere o meno la tutela giurisdizionale, non potendo essi venir modificati se non con l'intervento del giudice (si parla a proposito di sentenze costitutive necessarie. Cfr. CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, pp. 123 ss.; ID., *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, pp. 24 ss.). Per Carnacini, se quelli sono veri e propri diritti soggettivi (sostanziali) deve ritenersi che l'unica forma di disposizione degli stessi abbia non già natura processuale bensì materiale/sostanziale. In senso contrario si è espressa la dottrina che vede in quei diritti mere azioni, prive di un diritto soggettivo sottostante: REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 79 ss.

⁶⁷ CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., pp. 744 ss. In senso critico LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., pp. 553-554, spec. nota 4, il quale afferma di non comprendere la ragione per cui Carnacini escluda la sussistenza di un principio processuale, chiosando che «è pur sempre una regola del processo quella che ne subordina l'inizio a una domanda di parte»; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 313 ss.; M. PISANI, *Riflessioni sul principio dispositivo nel processo penale di secondo grado*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, pp. 829 ss., spec. p. 835, i quali ultimi Autori hanno ravvisato un'implicita adesione della tesi di Carnacini alla teoria c.d. sostanzialistica dell'azione. In argomento cfr. anche le considerazioni di CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 30 testo e nota 44, nonché p. 102 testo e nota 4, secondo il quale l'opinione di Carnacini va interpretata nel senso che la *Dispositionsmaxime*, più che una regola processuale e autonoma, si rivela come un agglomerato di regole processuali e sostanziali, cosicché essa sarebbe la semplice espressione della disponibilità della tutela giuridica in capo all'interessato. Così intesa – continua Cavallone – la tesi di Carnacini si sottrarrebbe tanto alle critiche di Liebman, quanto a quelle di Cappelletti e Pisani.

da parte dell'interessato in cui si suole ravvisare l'elemento caratteristico ed inconfondibile del diritto subbiiettivo» (68). Alla demolizione della nozione di *Dispositionsmaxime* non corrisponde un ridimensionamento della *Verhandlungsmaxime* (69), della quale risulta sottolineata la natura di principio tecnico processuale, idoneo a disciplinare in senso omnicomprensivo «la ricostruzione degli elementi di fatto» ovvero «l'affermazione dei fatti rilevanti e la deduzione dei mezzi per provarli» (70). Questa tesi poggia sulla concezione per cui tutti quegli atti (domanda, impugnazione, rinuncia ecc.) con cui il diritto viene esercitato in giudizio si immedesimano con il diritto sostanziale, per cui la domanda altro non sarebbe che un modo per esercitare quel diritto.

All'opposto si pone il pensiero di Cappelletti, più vicino alla dottrina tradizionale germanica, secondo il quale la *Dispositionsmaxime* costituisce un autonomo e inderogabile principio di natura processuale. In particolare, secondo Cappelletti, il principio dispositivo va ricondotto alla *Dispositionsmaxime* in quanto deriva «quale conseguenza logica e giuridica *necessaria* [...] dal carattere «disponibile» del rapporto civilistico dedotto in giudizio» e «il venire meno della disponibilità del potere di chiedere la tutela giurisdizionale di un dato diritto soggettivo, e quindi il venir meno, rispetto a questo, del principio dispositivo nel processo, è sicuro segno della trasformazione da privata a pubblica [...] della relazione giuridica, della quale quel diritto soggettivo costituisce un elemento» (71). Sarebbe incoerente e inaccettabile – aggiunge Cappelletti – una discrepanza tra il regime processuale dell'azione e il regime sostanziale del diritto soggettivo, perciò che non può negarsi una stretta connessione (non confusione) tra diritto soggettivo e azione, così come tra diritto sostanziale e processo. Non per questo – secondo Cappelletti (72) – il principio

⁶⁸ CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 752.

⁶⁹ Il rilievo è di CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 30-31.

⁷⁰ CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., pp. 760 ss.

⁷¹ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 314-316, il quale rileva che «soltanto chi ritenga essere l'azione un diritto materiale, può sottrarre alla sfera degli atti processuali l'atto della domanda giudiziale».

⁷² CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 316-317.

dispositivo cessa di essere un principio processuale e può addirittura identificarsi con la disponibilità del diritto sostanziale.

Abbiamo, dunque, visto le diverse concezioni del principio dispositivo come pervenuteci da due illustri Autori che si sono occupati del tema. Riassumendo: per Carnacini il principio *de quo* deve essere accostato a quello che nella dottrina sceveratrice tedesca è individuato come *Verhandlungsmaxime*; per Cappelletti, invece, il principio dispositivo deve invece essere ricondotto al *Dispositionsprinzip*.

Le opinioni dei due Autori divengono ancor più distanti con riferimento al tema dell'allegazione e alla collocazione dello stesso nell'ambito del principio dispositivo. Se, infatti, Carnacini riconduce anche le allegazioni dei fatti giuridici alla *Verhandlungsmaxime*, collocando sullo stesso piano due fenomeni distinti, ossia la scelta del materiale di fatto e quella dei mezzi per provarlo ⁽⁷³⁾, per Cappelletti l'allegazione costituisce sempre elemento essenziale della domanda per cui deve inserirsi nella stessa categoria in cui appartiene la domanda giudiziale, ossia in quella degli atti processuali soggetti al potere dispositivo delle parti (*Dispositionsmaxime*) ⁽⁷⁴⁾. In particolare, Cappelletti rileva che, siccome «al soggetto privato, in conseguenza del carattere privato del diritto soggettivo, deve spettare il potere monopolistico di chiederne la tutela giurisdizionale, sembra evidente che detto potere debba estendersi anche a quell'atto, l'allegazione, dal quale la domanda risulta appunto identificata, individuata in uno dei

⁷³ CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., pp. 718, 726, 730, 733, 734, 758 ss., 768 ss.

⁷⁴ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, pp. 329-330. Condivide l'opinione secondo cui l'allegazione dei fatti costitutivi – o comunque dei fatti indispensabili a identificare il rapporto giuridico dedotto in giudizio – è elemento essenziale della domanda CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 107, il quale ritiene tuttavia ambigua la proposizione del Cappelletti per cui l'allegazione dei fatti giuridici – essendo elemento essenziale della domanda – avrebbe come unica funzione quella di «determinare vincolativamente quella che dovrà essere la base di fatto della pronuncia», atteso che la stessa può riferirsi tanto alla formazione del *thema decidendum* quanto alla formazione del *thema probandum*. Secondo Cavallone soltanto nel primo caso (vincolo del giudice rispetto all'oggetto del giudizio) sarebbe opportuno limitare la proposizione ai fatti giuridici; nel secondo caso, invece, si dovrebbe di regola riconoscere la stessa funzione vincolativa anche ai fatti secondari (pp. 110-111). Sul tema si avrà modo di tornare ampiamente *infra*.

suoi elementi essenziali»⁽⁷⁵⁾. «Al giudice potrà bensì spettare [...] il potere e perfino il dovere di *supplere*, mediante la *interrogatio ad clarificandum* ch'è espressione essenziale di direzione materiale del processo [...] alle mancanze dell'attività processuale della parte ed anche, in particolare, alle mancanze in tema di allegazioni. Ma questo potere giudiziale dovrà, in un processo a tipo dispositivo, essere inteso nel senso che il giudice possa *mettere in guardia* la parte circa eventuali lacune, imperfezioni, contraddizioni delle sue allegazioni, e offrire così alla parte l'*occasione*, e non più che l'occasione, di precisare, di chiarire, d'integrare dette allegazioni e in tal modo di perfezionare, o addirittura (nei limiti di legge) di mutare, *sempre che essa lo voglia*, la propria domanda; non però anche nel senso che il giudice possa senz'altro e di ufficio esorbitare dalle allegazioni» e giudicare *extra allegata* o *extra causa petendi*, con palese violazione dei principi espressi negli aforismi *ultra id, quod in iudicium [a partibus] deductum est, potestas iudicis extendere non potest*⁽⁷⁶⁾. Da questa impostazione dottrinale consegue che il principio dispositivo che si riferisce alle allegazioni è inderogabile in quanto strettamente connesso al carattere privato dell'oggetto litigioso, non anche quello che attiene alla disponibilità delle prove⁽⁷⁷⁾.

⁷⁵ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 331.

⁷⁶ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 331-332. Sull'istituto dell'interrogatorio con funzione di "chiarificazione", nonché sul "significato secondario" dell'oralità processuale, intesa come direzione formale e materiale del processo da parte del giudice v. pp. 48 ss.

⁷⁷ Così CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, pp. 333 e 340, il quale però fa riferimento esclusivamente ai fatti c.d. principali, non anche a quelli c.d. secondari. Inoltre – secondo l'Autore – all'interno della categoria dei fatti principali la regola per cui il giudice non può porre a fondamento della decisione fatti diversi rispetto a quelli allegati dalle parti si riferisce solo ai fatti costitutivi della situazione sostanziale dedotta in giudizio (p. 343) e i fatti estintivi, modificativi e impeditivi posti alla base di eccezioni in senso stretto (pp. 345-346), mentre ne resterebbero esclusi i fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi riferiti «ad un rapporto o situazione di diritto pubblico» (pp. 343-344) e i fatti a fondamento delle eccezioni in senso lato (pp. 346 ss.). L'argomento verrà affrontato nel dettaglio *infra*.

6. *L'estensione del potere delle parti di vincolare il giudice rispetto agli allegata partium e i poteri del giudice di rilevare d'ufficio i fatti non allegati. Alcune precisazioni*

Abbiamo visto che la funzione dell'allegazione – intesa come atto normativo/imperativo – è quella di vincolare il giudice in merito all'individuazione dei fatti che, una volta provati, verranno posti a fondamento della decisione. Dobbiamo, a questo punto, chiederci se il potere delle parti rispetto agli *allegata* sia assoluto ovvero se, al contrario, possa essere, in taluni casi, limitato mediante l'attribuzione al giudice di poteri di rilevazione più o meno ampi. In altri termini, si tratta di capire se il giudice possa o meno fondare la propria decisione su un fatto (ovviamente provato) che risulta dagli atti di causa, anche se le parti lo abbiano ignorato, non avendolo posto a fondamento delle proprie argomentazioni difensive.

Prima di procedere, si impongono però talune precisazioni.

In primo luogo, va chiarito che i fatti, per essere posti a fondamento della decisione giudiziale, devono essere provati, in ossequio a quanto previsto dall'art. 2697 c.c., salvo ovviamente che si tratti di fatti notori o di massime d'esperienza ovvero di fatti ammessi, pacifici o non contestati specificamente, rispetto ai quali sussiste la *relvatio ab onere probandi ex art. 115, comma secondo, c.p.c.* Non è sufficiente, dunque, la mera introduzione dei fatti nel processo (mediante allegazione, rilevazione o altro mezzo a ciò destinato) perché sorga il vincolo giudiziale agli *allegata*; al contrario, è necessario che i fatti, legittimamente introdotti nel processo, siano verificati mediante i mezzi istruttori all'uopo previsti.

In secondo luogo, va precisato che la questione che ci proponiamo di affrontare – vale a dire i rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice rispetto ai fatti da porre a fondamento della sentenza – non attiene al divieto di utilizzazione della scienza privata da parte del giudice⁽⁷⁸⁾, divieto che deve essere superato a monte. È pacifico – e fuoriesce da questo

⁷⁸ A livello normativo, l'art. 115 c.p.c. riconosce indirettamente il divieto in parola laddove afferma che il giudice può (*rectius* deve) utilizzare le nozioni di fatto apprese altrove (vale a dire i fatti notori e le massime d'esperienza) ai fini della decisione; l'art. 97 disp. att. c.p.c., inoltre, prevede espressamente che «il giudice non può ricevere private informazioni sulle cause pendenti davanti a sé, né può ricevere memorie se non per mezzo della cancelleria». Sul punto

studio un esame approfondito del tema – che i fatti conosciuti privatamente dal giudice non possono in alcun modo fondare la decisione della causa. Nella nostra indagine, dunque, i fatti non allegati rispetto ai quali dovremo verificare l'ammissibilità di un potere di rilevazione d'ufficio non sono quelli conosciuti privatamente dal giudice stesso, bensì quelli che emergono dagli atti di causa, e che quindi sono conosciuti dal giudice "istituzionalmente", nell'esercizio delle sue funzioni di magistrato decidente. Trattasi, in particolare, di quei fatti che vengono introdotti nel processo da soggetti diversi dalla parte interessata (si pensi al fatto estintivo della prescrizione, incautamente introdotto nel processo dal soggetto cui tale fatto nuoce, ossia il titolare del diritto vantato in giudizio) o che emergono in seguito all'espletamento dell'attività istruttoria (si pensi alle dichiarazioni rese dal teste, alle dichiarazioni contenute nella relazione del consulente tecnico d'ufficio ecc.).

Infine, va chiarito che, ai fini del nostro studio, nemmeno assume rilevanza la questione dell'ammissibilità dei poteri di istruzione probatoria del giudice. Perché tali poteri possano operare è necessario che i fatti da provare siano già stati (legittimamente) introdotti nel processo, non potendosi certo ammettere che, mediante l'esercizio di poteri d'istruzione probatoria d'ufficio, sia possibile aggirare il divieto di utilizzazione della

v. CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, cit., pp. 861 ss., il quale rileva che il divieto di utilizzazione della scienza privata da parte del giudice si armonizza con quello che è stato definito da GIULIANI (voce *Prova in generale (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 518 ss.; ID., *L'ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, pp. 598 ss.) l'ordine isonomico, dove il contraddittorio delle parti ha carattere costitutivo del sapere del giudice e dove quest'ultimo riveste un ruolo di garante tanto che l'utilizzo, da parte dello stesso, di informazioni derivate da fonti extraprocessuali (salvo i fatti notori e le massime d'esperienza) determinerebbe un'intollerabile *perversio ordinis* (CAVALLONE, op. ult. cit., p. 863). Cavallone rileva inoltre che, nel caso violazione del divieto in parola, la sentenza sarebbe viziata e dovrebbe ritenersi *tamquam non esset*, con la conseguenza che la stessa può essere riformata in appello o annullata con rinvio in sede di cassazione (CAVALLONE, op. ult. cit., p. 871). In argomento cfr. anche CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 141 ss., spec. p. 144, che osserva che il giudice, il quale abbia conoscenza provata dei fatti di causa, dovrebbe spogliarsi del suo ufficio lasciando ad altri il compito di giudicare, presentandosi, semmai, in tale processo in veste di testimone; viceversa, qualora le leggi di uno Stato non prevedessero tale «via d'uscita» per il giudice, quest'ultimo sarebbe costretto a decidere sulla base degli atti «come se» non possedesse alcuna scienza privata. Tale soluzione – aggiunge Cavallone – è però «moralmente e psicologicamente sospetta».

scienza privata ⁽⁷⁹⁾. A titolo esemplificativo, giova constatare che la consulenza tecnica di cui all'art. 61 c.p.c. può essere disposta dal giudice soltanto per verificare fatti già introdotti nel processo e non per acquisirne di nuovi, e lo stesso discorso vale anche per l'ispezione giudiziale *ex art.* 118 c.p.c. Anche i poteri del giudice in materia di prova testimoniale ⁽⁸⁰⁾ non possono esplicarsi fuori dell'ambito dei fatti previamente allegati dalle parti ai sensi dell'art. 244, comma primo, c.p.c. Né le cose stanno diversamente in materia di rito del lavoro, ove l'esercizio dei poteri istruttori conferiti al giudice soggiace allo stesso limite della necessità di una previa allegazione ⁽⁸¹⁾. In altri termini, la questione relativa alla possibilità per il giudice di rilevare *ex actis* i fatti di causa non previamente allegati è diversa, e va risolta preliminarmente, rispetto a quella della prova del fatto medesimo.

6.1. Il tema dei rapporti tra onere di allegazione e poteri di rilevazione ex actis del giudice non può ricevere una soluzione univoca, essendo una circostanza variabile in base al tipo di fatto preso in considerazione

Per rispondere al quesito circa i rapporti tra poteri/doveri delle parti e poteri/doveri del giudice in materia di *allegata*, occorrerà muovere dall'esame dell'art. 112 del codice di rito. Tale norma, nello stabilire il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, dispone che «il

⁷⁹ In argomento cfr. anche CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 145 ss., il quale spiega perché le norme speciali che prevedono poteri giudiziali di iniziativa *lato sensu* probatoria (artt. 61, 117-118, 213, 253-254, 257-258, 317 c.p.c. nonché art. 2736 c.c.) non autorizzano comunque il giudice a formare il *thema probandum*.

⁸⁰ Il riferimento è al potere giudiziale di rivolgere al teste le domande utili a chiarire i fatti sui quali ha deposto (art. 253, comma primo, c.p.c.), a quello di chiamare a testimoniare le persone cui i testimoni si sono riferiti (art. 257, comma primo, c.p.c.), a quello di sentire nuovamente i testimoni già interrogati per chiarimenti (art. 257, comma secondo, c.p.c.).

⁸¹ In alcune pronunce giurisprudenziali si legge che «l'esercizio del potere di disporre d'ufficio i mezzi di prova ritenuti opportuni – che l'art. 439 attribuisce al giudice nei procedimenti in materia di lavoro [...] – deve essere contenuto nei limiti delle allegazioni delle parti, dalle quali il giudice deve ricavare i dati, gli elementi e le indicazioni richiesti dagli artt. 230 e 244 cod. civ.» (così Cass., 8 aprile 1965, n. 609; Cass., 4 febbraio 1961, n. 229, in *Mass. Giur. lav.*, 1961, pp. 133 ss.; Cass., 20 giugno 1958, n. 2156, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, cc. 46 ss.).

giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti». Innanzitutto, l'art. 112 c.p.c. impone di distinguere la domanda giudiziale, e così i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio mediante la stessa, dall'eccezione, il cui oggetto è costituito da un fatto estintivo, modificativo o impeditivo del diritto medesimo. Inoltre, la norma consente e impone di distinguere i fatti impeditivi, estintivi e modificativi rilevabili *ex officio* dal giudice da quelli operanti *ope exceptionis*.

Di fronte all'art. 112 c.p.c. non basta affermare che la norma, da un lato, limita i poteri conoscitivi e decisorii del giudice e, dall'altro lato, disciplina la libera scelta del soggetto nell'esplicazione della sua autonomia mediante un atto di volontà (domanda o eccezione che sia) rivolto a tale scopo. L'osservazione è corretta, ma ai nostri fini insufficiente perché non chiarisce proprio quello che più qui ci interessa, vale a dire l'estensione dei poteri delle parti e del giudice in merito alla fissazione della base di fatto per la pronuncia. Ed è fino superfluo affermare che l'estensione dei primi determina l'ampliamento dei secondi, e viceversa, sicché il tema dovrà necessariamente essere affrontato in una visione globale. E per fare ciò bisognerà ragionare per categorie, affrontando il problema per ogni tipo di fatto che il nostro ordinamento conosce, e cioè i fatti:

- a) principali (o giuridici), ossia i fatti costitutivi, estintivi, modificativi ed impeditivi del rapporto *de quo agitur* ⁽⁸²⁾ che sono determinanti ai fini dell'identificazione dell'oggetto del giudizio ⁽⁸³⁾;
- b) secondari (o semplici), che sono invece quei fatti dai quali direttamente o indirettamente può desumersi l'esistenza o l'inesistenza o

⁸² Non è possibile in questa sede trattare compiutamente i problemi relativi alla definizione dogmatica dei concetti di fatto giuridico, fatto costitutivo, fatto principale ecc. per i quali v. nella dottrina italiana, e per ampi riferimenti, CATAUDELLA, *Fattispecie e fatto. I. Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 926 ss.; FALZEA, *Fattispecie e fatto. II. Fatto giuridico*, ivi, pp. 941 ss.; BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., pp. 95 ss., il quale, alla nota 41 di p. 95, fa risalire l'espressione "fatto principale" a BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, in *Oeuvrea*, Bruxelles, 1840, p. 245. Cfr. anche CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., cit., p. 266, secondo il quale «diconsi *fatti giuridici* i fatti da cui deriva l'esistenza, la modificazione o la cessazione di una volontà concreta di legge».

⁸³ Ciò significa che solo quei fatti c.d. individualizzatori. Sul punto v. ampiamente il paragrafo 7 di questo capitolo.

comunque un modo d'essere dei fatti giuridici ⁽⁸⁴⁾, i quali dunque sono determinanti ai soli effetti della formazione dei temi di prova, non anche dell'oggetto del giudizio ⁽⁸⁵⁾;

⁸⁴ Cfr. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., cit., p. 266, il quale afferma che i fatti semplici o motivi «hanno importanza pel diritto solo in quanto possono servire a provare l'esistenza d'un fatto giuridico». Per BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., pp. 95 e CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 340-341, rientrano nella categoria dei fatti secondari anche l'esistenza della «fonte di prova» (testimone, documento ecc.). È considerato fatto secondario anche il tema, od oggetto, della prova, vale a dire il fatto specifico che viene indicato in sede di deduzione della prova o il risultato a cui la singola prova può pervenire in modo autonomo quando esso non coincida con il fatto principale (così TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pp. 29 ss., ove si distingue tra la nozione di oggetto della prova e quella di *thema probandum*, inteso come «il complesso di quelli che comunemente si chiamano i fatti principali della causa, o meglio, il contesto delle proposizioni relative a questi fatti»).

⁸⁵ La distinzione tra fatto giuridico o principale (o *factum probandum*) e fatto secondario o semplice (o *factum probans*) era ben nota alla dottrina domestica risalente, su cui v. per tutti CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., cit., p. 266; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1960, pp. 237 ss.; CARNELUTTI, *La prova civile*, II ed., Roma, 1947, p. 16 nota 2, pp. 154 ss. e 297 ss.; CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, pp. 21 ss. Su tale distinzione cfr., più di recente, TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., p. 26, nota 54, ove si riassume la *communis opinio* per cui «per fatti principali (o giuridici) si intendono comunemente quei fatti ai quali possa ricollegarsi un'efficacia costitutiva, estintiva, impeditiva o modificativa del diritto fatto valere in giudizio, mentre i fatti secondari (o semplici) sono quelli che, senza fondare direttamente la sussistenza del diritto, permettono, se provati, di giungere alla conoscenza dei fatti principali»; ID., *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 40; ID., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 239 ss., nota 58 e pp. 533 ss.; FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, pp. 88 ss.; TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, cit., p. 350; CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico critica*, in *Studi Parmensi*, vol. XXVIII, 1980, pp. 23 ss. e ora in *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 3 ss., spec. p. 31, nota 47; CORDOPATRI, *A proposito di «rilevanza della prova» e di «giudizio di fatto»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, pp. 973 ss., spec. 985 ss.; MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, III, Milano, 1993, p. 27, nota 7. Come osservato da CAVALLONE, *loc. ult. cit.*, cui si rinvia anche per riferimenti bibliografici, la distinzione tra fatto principale e fatto secondario si rinviene anche nella dottrina tedesca, che discerne tra (*iunmittelbar*) *erhebliche* (o *relevante*) *Tatsachen*, da un lato, e *Indizien* o *Beweisstatsachen*, dall'altro lato. Cavallone aggiunge che, alle due citate categorie di fatti, deve talvolta aggiungersi quella delle *Hilfstatsachen* (vale a dire i fatti rilevanti solo ai fini della valutazione delle prove dei fatti principali o secondari) che, per taluno, sono una sottocategoria di *Indizien* e per altri invece devono esserne logicamente distinte (sul punto cfr. CAVALLONE, *op. cit.*, p. 105, anche per la precisa indicazione degli autori che hanno seguito l'una o l'altra tesi). Inoltre, la distinzione tra fatti principali e fatti secondari si rinviene anche nella dottrina inglese che contrappone i *principal facts* (o *facts in issue* o *facta probanda*) agli *evidentiary facts* (o *facts relevant to issue* o *facta probantia*), ma dove si parla anche di *facts affecting the admissibility of evidence*, facendone una sottocategoria di *evidentiary facts* (così R. CROSS, *Evidence*, IV, London, 1967, pp. 5-7) oppure ravvisandovi autonome categorie di fatti secondari (in questo

- c) notori, vale a dire «quei fatti la cui conoscenza fa parte della cultura normale propria di una determinata cerchia sociale nel tempo in cui avviene la decisione» ⁽⁸⁶⁾; e
- d) c.d. processualmente rilevanti, per tali intendendosi quei «fatti che non attengono al merito della controversia dedotta in giudizio, bensì all'esistenza dei “presupposti processuali”, all'ammissibilità di atti processuali, e via dicendo» ⁽⁸⁷⁾.

L'indagine in merito ai rapporti tra poteri/doveri di allegazione delle parti e poteri/doveri di rilevazione del giudice circa la fissazione del *thema decidendum* dovrà, dunque, avvenire per gradi: dapprima si verificheranno tali rapporti rispetto ai fatti principali. Qui occorrerà distinguere i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio dai fatti impeditivi, estintivi e modificativi dello stesso e, in particolare, rispetto a questi ultimi, sarà fondamentale distinguere i fatti fondanti eccezioni in senso stretto da quelli fondanti eccezioni in senso lato. Esaurito il discorso in merito ai fatti principali o giuridici, con le opportune precisazioni di cui sopra, si volgerà l'attenzione ai fatti c.d. secondari e poi ai fatti c.d. notori. Anche qui il discorso non potrà prescindere da una distinzione tra fatti notori principali e fatti notori secondari. Da ultimo l'analisi verterà sui fatti solo processualmente rilevanti.

senso G.D. NOKES, *An Introduction to Evidence*, IV, London, 1967, pp. 84 ss.). In argomento cfr. R. CROSS, *op. cit.*, pp. 5-7; J.H. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence*, III, Boston, 1940, I, par. 2, pp. 5 ss. Per ulteriori spunti cfr. la sezione II di questo capitolo, spec. paragrafi da 7 a 8.2.

⁸⁶ CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, p. 314. Nello stesso senso v. anche ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, p. 8; DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, Milano, 1967, pp. 57 ss.; ID., voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, 1967, p. 1007.

⁸⁷ In questo senso CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 162.

7. Il problema dell'introduzione dei fatti costitutivi. Le diverse teorie in merito alla definizione del fatto costitutivo e il ruolo (individualizzatore o meno) assunto dallo stesso nei diritti autodeterminati ed eterodeterminati

Come anticipato, la nostra analisi, volta a comprendere se sussista o meno un potere assoluto delle parti di vincolare il giudice rispetto ai fatti da porre a fondamento della decisione laddove provati, avrà inizio dall'esame dei fatti principali. Rispetto ad essi, occorre distinguere i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio dai fatti impeditivi, estintivi e modificativi del diritto stesso: questi ultimi saranno oggetto di studio nei paragrafi che seguono.

Quanto ai fatti costitutivi del diritto *de quo agitur*, si impongono due precisazioni, le quali andranno verificate nel corso del presente paragrafo: la prima attiene alla definizione, assai controversa, del concetto di fatto giuridico costitutivo; la seconda concerne, invece, il ruolo assunto da tale fatto ai fini dell'individualizzazione del diritto dedotto in giudizio. La risoluzione della prima questione costituisce, ovviamente, il presupposto per affrontare la seconda, sicché andranno trattate nell'ordine prospettato.

Per quanto concerne l'individuazione – che da sempre tormenta gli studiosi, senza che in proposito possa dirsi raggiunta una soluzione sufficientemente condivisa⁽⁸⁸⁾ – del concetto di fatto giuridico costitutivo, va rilevato che sono state offerte due diverse interpretazioni da parte della

⁸⁸ L'osservazione è di FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996, p. 102, il quale però aggiunge che il problema attiene principalmente la distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi. In generale, sulla distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi cfr. BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 388 ss.; CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, pp. 433 ss.; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., cit., pp. 267 e 788 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 336 ss.; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., pp. 249 ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, IV ed., Milano, 1981, pp. 91 ss.; MAIORCA, voce *Fatto giuridico-Fattispecie*, cit., p. 124; MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, pp. 272 ss.; SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pp. 405 ss.; SENOFONTE, *Il fatto impeditivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 1525 ss.; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, pp. 179 ss.

dottrina⁽⁸⁹⁾: vi è chi ha definito il fatto costitutivo come la «realità storica, costituita a fattispecie concreta, ad instar di un modello legale»⁽⁹⁰⁾ e chi ha qualificato il fatto costitutivo come concreto episodio della vita, individuato con criteri naturalistici⁽⁹¹⁾.

Il primo orientamento dottrinale ha attribuito valore alla fattispecie legale, la cui funzione è quella di sezionare l'accadimento storico, coagulando, in un'entità unitaria, più e diverse circostanze di fatto rilevanti ai fini della produzione dell'effetto giuridico fatto valere in giudizio con la domanda⁽⁹²⁾.

A sua volta, in tale indirizzo si sono sviluppate due differenti correnti di pensiero: la prima individua il fatto costitutivo nel rapporto giuridico concreto da cui origina la situazione sostanziale, rapporto del quale devono essere descritti, nella domanda giudiziale, il contenuto e il fatto generatore⁽⁹³⁾; la seconda considera il fatto costitutivo come «l'insieme delle circostanze che, secondo il diritto oggettivo, occorrono per la nascita della pretesa»⁽⁹⁴⁾, di talché sarebbe necessaria l'allegazione del fatto storico, sezionato e modellato in base a una fattispecie normativa.

⁸⁹ La duplicità della definizione di fatto costitutivo è rilevata, tra gli altri, da CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile a cura di E. Allorio*, II, 1, 1980, pp. 16-17; MANDRIOLI, *Riflessioni in rema di «petitum» e «causa petendi»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 473; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 237. Cfr., da ultimo, anche MENCHINI(-MOTTO), sub *art. 2909 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, Torino, 2016, pp. 91 ss.

⁹⁰ La definizione è di GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., p. 31. Su questa tesi v. *infra* nel testo.

⁹¹ Il concetto di fatto costitutivo in senso naturale, sganciato da parametri normativi, è riferibile a NIKISCH, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess*, AcP 154 (1955), pp. 282 ss., citato da MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., p. 245. Per ricostruzioni naturalistiche del fatto costitutivo v., nella dottrina italiana, GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, Milano, 1958, pp. 38 ss., 53 ss., 68 ss. In argomento v. subito nel testo.

⁹² In argomento cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 248-249; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 325-326; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 74; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 187-188.

⁹³ LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß*, Leipzig, 1912, II, pp. 364 ss., citato da MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 237, nota 77.

⁹⁴ HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1903, I, p. 263, citato da MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 238, nota 79, a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Nella dottrina italiana cfr. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, t. 1, vol. II, Torino, 1973, p.

Il dato comune ai due indirizzi – solo apparentemente diversi – è la centralità dell'esatta descrizione fattuale del diritto fatto valere, poiché «l'attore non deve conoscere a quale figura di diritto sostanziale corrisponda la sua affermazione giuridica, però, *oggettivamente*, si deve ricavare dalle sue allegazioni sotto quale tipo sia da ricondurre l'effetto giuridico da lui affermato»⁽⁹⁵⁾.

L'orientamento in questione ha attivato tre fondamentali critiche: innanzitutto, l'idea del riferimento dei fatti storici al titolo giuridico risente della tradizione dell'*actio romana*, caratterizzata da azioni tipiche e dalla centralità dell'azione rispetto al diritto dedotto in giudizio, concezione che mal si concilia, invece, con il sistema processuale contemporaneo imperniato sul diritto soggettivo sostanziale quale oggetto del giudizio e sull'atipicità delle azioni⁽⁹⁶⁾. Inoltre, poiché secondo questa tesi il diritto soggettivo, unico sul piano sostanziale, è scomposto in plurime prospettazioni dal lato processuale, è in tal modo ipotizzabile la reiterazione dei giudizi in ordine allo stesso bene della vita⁽⁹⁷⁾. Infine, aderendo all'impostazione in esame, ogni eventuale integrazione del materiale di

1062; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 87; VERDE, *Profili del processo civile*, Parte generale, IV ed., Napoli, 1994, p. 114.; FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963, pp. 94-95; PUGLIESE, voce *Giudicato civile (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XVIII, p. 863.

⁹⁵ Sul punto cfr. LENT, *Zur Abgrenzung der Anspruchsmehrheit von der Mehrheit der Klaggründe*, ZJP 57 (1933), p. 18, citato da MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., p. 240; in termini analoghi, ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 326, secondo cui «la prospettazione degli elementi di diritto, effettuata dall'attore, è, quantomeno ed assai spesso, idonea ad individuare l'effetto proposto dall'attore e, quindi, a sceverare nella esposizione dei fatti, quelli che si presentano costitutivi, dai fatti semplici».

⁹⁶ Cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., pp. 241 ss., testo e note, a cui si rinvia per indicazioni della dottrina tedesca che ha criticato la tesi in esame. Sulla conclusione per cui l'oggetto del processo civile consiste nella situazione sostanziale dedotta in giudizio con la domanda cfr. ampiamente il capitolo III di questo lavoro.

⁹⁷ MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 242, il quale rileva che il diritto soggettivo è scomposto in più prospettazioni che sono diverse solo sul piano processuale, mentre dal punto di vista sostanziale esso è uno solo. *Contra*: LANCELOTTI, *Sul concorso delle azioni (vicende dottrinali ed autonomia di nozione)*, in *Studi in onore di T. Carnacini*, II, 1, Milano, 1984, pp. 375 ss., spec. pp. 395-396, il quale, pur riconoscendo l'unità del diritto sostanziale, sostiene l'opportunità, dal punto di vista processuale, di mantenere una pluralità di azioni a tutela di quel diritto. Per un'analoga critica a quella mossa da Menchini v. anche CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 188.

fatto da parte dell'attore in corso di causa, anche in ragione delle difese avversarie, rischierebbe di mutare il tipo giuridico di riferimento rispetto a quello invocato nell'atto introduttivo, con conseguente novità della domanda ⁽⁹⁸⁾.

Secondo un diverso orientamento, che ha impostato l'analisi del fatto costitutivo secondo parametri di carattere naturalistico (tempo, luogo, modalità di accadimento) ⁽⁹⁹⁾, il fatto costitutivo non è un fatto isolato ma una serie di accadimenti, in relazione ai quali è irrilevante il paradigma normativo; ogni narrazione dei fatti, pertanto, può comportare un evento strutturalmente diverso.

Anche tale concezione non è andata esente da critiche: si è, infatti, sostenuto che tale teoria non tiene conto del fatto che un accadimento storico può essere sussumibile in plurime fattispecie normative, sicché oc-

⁹⁸ Cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 243 ss., il quale afferma che, seguendo la tesi criticata, «l'immagine del processo [...] è tutt'altro che soddisfacente» in quanto, da un lato, il materiale di causa sarebbe fissato sin dall'inizio, senza possibilità di modifica nemmeno in virtù del principio del contraddittorio; dall'altro lato, risulterebbe sminuito il principio *iura novit curia*, potendo il giudice applicare una norma diversa solo quando questa non corrispondesse al contenuto del rapporto narrato dall'attore. Per quest'ultimo rilievo v. anche CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 188.

⁹⁹ Dottrina riferibile innanzitutto a NIKISCH, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess*, cit., pp. 282 ss., citato da MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 245, nota 94, a cui si rinvia per ulteriori riferimenti alla dottrina tedesca che ha seguito l'impostazione di Nikisch. In particolare, secondo la dottrina tedesca, il fatto costitutivo si identifica con l'episodio della vita (*Lebensvorgang*) o con il complesso dei fatti (*Tatsachencomplex*) posto a fondamento della pretesa processuale, il quale è individuato sulla base di elementi naturalistici. Sul punto cfr. anche ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, XVII ed., Monaco, 2010, pp. 506-507, 808, citato da MENCHINI(-MOTTO), sub *art. 2909 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, cit., p. 92 nota 192. Nella dottrina italiana cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., I, pp. 309-310; GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958, pp. 38 ss., 53 ss. e 68 ss.; REDENTI, *Storia semantica della «causa in giudizio»*, in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, I, Milano, 1962, pp. 193 ss.; ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano, 1916, p. 33. Cfr. anche SATTA, *Diritto processuale*, cit., p. 140, secondo il quale la domanda «è fondamentalmente l'espressione di esigenza di tutela di un interesse collegato ad un certo fatto, il quale fatto poi non è se non un punto di riferimento spaziale e temporale, al di fuori di ogni qualificazione giuridica» (*contra*: MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 248, il quale osserva che il criterio rilevante per la determinazione del fatto costitutivo non può essere naturalistico o sociologico, bensì soltanto giuridico). La concezione del fatto costitutivo in senso naturalistico si rinviene anche nella giurisprudenza domestica maggioritaria, quanto meno sino alla sentenza n. 12310 del 15 giugno 2015. Sul punto si rinvia al paragrafo 5, del capitolo IV.

corre verificare se le norme pongono diversi diritti sostanziali o uno soltanto⁽¹⁰⁰⁾; inoltre, bisogna considerare che gli accadimenti storici costituiscono una «catena ininterrotta, dalla quale taluni di essi vengono estrapolati e fittiziamente ridotti ad unità, in forza di un certo criterio di valutazione», ed è quindi necessario individuare un criterio che permetta di selezionare e associare i singoli accadimenti storici al fine della loro riconduzione a una entità giuridicamente unitaria⁽¹⁰¹⁾.

Discorso diverso dalla definizione della nozione di fatto costitutivo è quello che attiene alla sua individuazione, tema che verrà trattato diffusamente nel capitolo secondo di questo lavoro. Sia qui consentito accennare che, sul punto, due sono le tesi elaborate dalla dottrina italiana più autorevole, le quali muovono dalla constatazione che l'accadimento storico non può essere individuato – quantomeno esclusivamente – sulla base di criteri meramente naturalistici. Da un lato, vi è chi ha fatto riferimento al criterio dell'effetto giuridico, per cui a un unico effetto o a un'unica prestazione corrisponde un solo fatto costitutivo⁽¹⁰²⁾; dall'altro lato, vi è chi ha invece proposto il criterio della fattispecie giuridica, per cui si ha un fatto costitutivo unico quando una vicenda giuridica è presa in esame da una norma di legge, nonché quando lo stesso fatto è considerato da più fattispecie astratte, a condizione che tra le diverse norme che sussumono la medesima vicenda della vita, per produrre un unico e identico effetto giuridico, intercorra un nesso di esclusione, sussidiarietà, assorbimento o coincidenza cronologica. Al di fuori di questi casi, se sono applicabili più fattispecie, allora più sono i fatti costitutivi⁽¹⁰³⁾.

¹⁰⁰ Cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 246-247, il quale osserva che «è, al contrario, frutto di una petizione di principio sostenere che, se unico è l'episodio della vita, unica è anche la conseguenza giuridica, che ne deriva; il postulato di partenza, ossia che ad un fatto unitario la legge non possa collegare una pluralità di effetti, è, infatti, del tutto dimostrato».

¹⁰¹ Cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., p. 247. L'impossibilità di rinvenire una nozione di fatto costitutivo capace di generalizzata utilizzazione è sottolineata anche da CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 187-188.

¹⁰² CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 188 ss.

¹⁰³ Cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 249 ss. Sulle relazioni tra fattispecie v. anche paragrafo 3.2.2 del capitolo III.

Ciò chiarito, si può passare ad affrontare il tema del ruolo del fatto costitutivo a seconda del tipo di diritto (assoluto o relativo) dedotto in giudizio, o – utilizzando l'impostazione tipicamente processuale – a seconda che il diritto vantato dall'attore con la domanda giudiziale sia autodeterminato (o autoindividuato) o eterodeterminato (autoindividuato) ⁽¹⁰⁴⁾.

Ebbene, sono detti autodeterminati quei diritti che, da un lato, possono sussistere una sola volta tra le stesse parti e, dall'altro lato, sono

¹⁰⁴ La distinzione tra diritti autodeterminati ed eterodeterminati affonda le proprie radici nel diritto romano, dal quale è stato mutuato il principio reso con il brocardo “*amplius quam semel res mea esse non potest, saepius autem deberi potest*” (cfr. D. 44, 14, 2 – Paul. l. 70 ad ed.). L'importanza di detta distinzione è stata riscoperta nella dottrina processuale tedesca, e più precisamente per opera di JAUERNIG, *Verhandlungsmaxime, Inquisitionmaxime und Streitgegenstand*, Tübingen, 1967. Nella dottrina italiana il contributo più rilevante per aver reso nuovamente attuale, all'interno del dibattito sull'oggetto del processo, la distinzione tra domande autoindividuate ed eteroindividuate è attribuibile a CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 172 ss. L'importanza della distinzione è ormai pienamente acquisita dalla dottrina maggioritaria, seppur con autonome riflessioni al riguardo: cfr., tra gli altri, LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., pp. 146 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 207 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2005, I, pp. 159 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e i suoi limiti oggettivi*, cit., pp. 386 ss.; ID., *Note in tema di nullità dell'atto di citazione ed effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, pp. 665 ss.; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., pp. 72 ss.; ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1331, pp. 238 ss.; G.F. RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, pp. 846 ss.; VERDE, voce *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1989, pp. 5 ss.

La distinzione tra diritti “autodeterminati” ed “eterodeterminati” è ormai generalmente accolta anche dalla giurisprudenza: cfr. *ex multis*, Cass., 8 giugno 2015, n. 11823 e Cass., 31 marzo 2015, n. 6561, entrambe in *DeJure*; Cass., 17 novembre 2014, n. 24400, in *Foro it. Rep.*, 2014, voce *Servitù*, n. 29; Cass., 23 ottobre 2014, n. 27132 e Cass., 13 agosto 2014, n. 17951, entrambe in *DeJure*; Cass., 22 gennaio 2013, n. 11211, in *Foro it. Rep.*, 2013, voce *Cassazione civile*, n. 121; Cass., 19 dicembre 2011, n. 27521, in *Foro it. Rep.*, 2011, voce *Cassazione civile*, n. 161; Cass., 28 settembre 2011, n. 19815; Cass., 23 dicembre 2010, n. 26009, in *Foro it. Rep.*, 2010, voce *Cassazione civile*, n. 192; Cass., 24 novembre 2010, n. 23851, in *Foro it. Rep.*, 2010, voce *Processo civile*, n. 255; Cass., 5 novembre 2010, n. 22598, in *Foro it. Rep.*, 2010, voce *Proprietà*, n. 11; Cass., 5 ottobre 2009, n. 21257, in *Guida al dir.*, 2010, 9, p. 73; Cass., 26 novembre 2008, n. 28228, in *Foro it. Rep.*, 2008, voce *Appello civile*, n. 39; Cass., 23 novembre 2007, n. 24446, in *Foro it. Rep.*, 2007, voce *Appello civile*, n. 70; Cass., 17 luglio 2007, n. 1591, in *Foro it. Rep.*, 2007, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 2; Cass., 20 luglio 2005, n. 15248, in *Foro it. Rep.*, 2005, voce *Processo civile*, n. 202; Cass., 30 dicembre 2002, n. 18370, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2245; Cass., 23 novembre 1999, n. 13270, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2979, con nota critica di PALMA, *Brevi note in tema di domande autodeterminate, eterodeterminate e oggetto del giudizio d'appello*; Cass., 7 luglio 1999, n. 7078, in *Foro it. Rep.*, 2009, voce *Processo civile*, n. 259; Cass., sez. un., 8 luglio 1998, n. 6627, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1487.

identificati semplicemente mediante l'indicazione dei soggetti, del contenuto del diritto affermato dall'attore⁽¹⁰⁵⁾, dell'oggetto a cui siffatto diritto si riferisce⁽¹⁰⁶⁾ e della lesione subita⁽¹⁰⁷⁾, essendo invece irrilevante, a tale scopo, l'allegazione del fatto costitutivo⁽¹⁰⁸⁾.

¹⁰⁵ Il contenuto consiste, nel caso di diritti della personalità, nella determinazione della posizione reclamata dal soggetto (ad esempio, il diritto al nome); nel caso di diritti reali, invece, esso consiste nell'utilità vantata sulla cosa dal titolare (ad esempio, il potere di godimento pieno ed esclusivo sulla *res*). Il valore del tipo giuridico (es. proprietà, uso, usufrutto ecc.) ai fini dell'individuazione dei diritti assoluti è riconosciuta da BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, II cit., p. 175, secondo il quale «altri rapporti, come quelli di diritto reale, possono essere sufficientemente indicati con la tipica qualifica giuridica». Per CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 330, con l'affermazione della figura giuridica, vale a dire la relazione intercorrente tra il soggetto e la cosa, «è indicato con precisione il gruppo di utilità ricavabili dall'oggetto, cui si aspira». MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 209-210, osserva che, il mutamento della situazione giuridica affermata (ad esempio uso in luogo della proprietà) determina un diverso oggetto del giudizio, anche se il *petitum* rimane lo stesso (condanna della controparte alla consegna del medesimo bene). L'Autore da ultimo citato aggiunge che, nei due giudizi, la situazione finale cui aspira l'attore è diversa: in un caso, il godimento esclusivo e senza limiti di tempo della *res*; nell'altro caso, il godimento limitato della medesima *res*. Nello stesso senso v. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 155; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, cit., p. 14.

¹⁰⁶ Osserva MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 207-208, nonché pp. 214-215, che, con riferimento al diritto di servitù, è necessaria l'indicazione non solo del fondo servente, ma anche di quello dominante, essendo ipotizzabili, in capo al medesimo soggetto, due servitù di uguale contenuto, ma a favore di fondi diversi. In senso conforme v. SCHMIDT, *Die Klagänderung*, cit., p. 217, citato dallo stesso Menchini (p. 208, nota 24).

¹⁰⁷ Rileva MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 214, nota 35, che le domande sono diverse allorché diverso è il fatto lesivo: «il mutamento del fatto, che integri la violazione di uno degli obblighi di astensione, costituenti il contenuto del diritto assoluto, fa nascere, in capo al titolare, un nuovo bisogno di tutela giurisdizionale e rende ammissibile la proposizione di una nuova domanda (così, ad esempio, richiesta di tutela del diritto al nome, leso dapprima dal contenuto di un'opera letteraria e poi da quello di un lavoro cinematografico». Nello stesso senso cfr. anche CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 328; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., pp. 180-181; ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni, nuove prove in appello*, Milano, 1916, pp. 330-331.

¹⁰⁸ L'irrilevanza del titolo di acquisto (ad esempio; usucapione, compravendita, donazione, successione *mortis causa* e così via) e del fatto generatore ai fini dell'identificazione dei diritti è stata riconosciuta, *ex multis*, da CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., cit., p. 284; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 331; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, pp. 193-194, PUGLIESE, voce *Giudicato civile (diritto vigente)*, cit., p. 863; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 178; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 211 ss., il quale evidenzia che, restando invariato il rapporto reale posto a fondamento del *petitum*, «il mutamento del titolo di acquisto [...] non importa novità di azione e non impedisce di operare all'efficacia preclusiva del giudicato». Va ad ogni modo segnalato che la non necessaria allegazione del fatto costitutivo per i diritti "au-

La figura classica della categoria di diritti autodeterminati è rappresentata dalla proprietà e, più in generale, dai diritti reali minori di godimento (superficie, uso, usufrutto, abitazione, enfiteusi e servitù) ⁽¹⁰⁹⁾. Del pari, rientrano nella categoria dei diritti autoindividuati i diritti della personalità (diritto al nome, alla vita e così via) ⁽¹¹⁰⁾, gli *status* (*status familiae* e *status civitatis*, la qualità di erede) ⁽¹¹¹⁾, nonché i diritti di proprietà industriale su c.d. beni immateriali, il diritto alla protezione dei dati personali e i “nuovi *status*”, quale è considerato quello del consumatore ⁽¹¹²⁾. Inoltre, secondo la dottrina maggioritaria ⁽¹¹³⁾, devono ascrivere a

“autodeterminati” è stata messa in discussione, almeno nel passato, da ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni, nuove prove in appello*, cit., pp. 332 ss. Inoltre, secondo una diversa tesi, anch’essa ormai superata, in relazione ai diritti reali sarebbe necessario distinguere tra acquisti a titolo originario e a titolo derivativo, per cui soltanto i primi dovrebbero essere necessariamente allegati ai fini dell’identificazione della domanda: cfr. SATTA, voce *Domanda giudiziale*, cit., p. 824, ripresa anche da PROTO PISANI, *Dell’esercizio dell’azione*, cit., pp. 1062-1064; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 92. In particolare, i due Autori da ultimo citati fanno perno sulla contrapposizione tra fatti principali e secondari, rilevando che nei diritti autoindividuati i fatti genetici “scadono” a fatti costitutivi, mentre il ruolo di fatti principali è svolto esclusivamente dai titoli di acquisto a titolo originario.

¹⁰⁹ Cfr. per tutti CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 284; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 178; VERDE, *Domanda (principio della)*, cit., p. 6; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 211-212. In modo diverso v. però MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell’individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, pp. 63 ss., spec. 70 ss.; CARRATTA, sub art. 112 c.p.c., in CARRATTA-TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, Bologna, 2011, pp. 66 ss., 97, 155 ss.; SASSANI, *Modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, pp. 883 ss., spec. pp. 887-888.

¹¹⁰ In argomento cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 211, il quale rileva inoltre che, con riferimento ai diritti della personalità, l’irrelevanza del fatto costitutivo ai fini della loro identificazione emerge dalla circostanza che essi si acquistano con la nascita del soggetto e vengono meno con la sua morte, essendo indisponibili e intrasmissibili agli eredi; di talché è unico, per tutti, il fatto costitutivo, vale a dire la nascita; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 331; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 194; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 178; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., p. 72.

¹¹¹ Cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 217-218; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 178; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, II, cit., p. 178; PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, cit., p. 863.

¹¹² Ne dà atto D’ALESSANDRO, *L’oggetto del giudizio di cognizione*, Torino, 2016, p. 79.

¹¹³ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 180 ss.; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., p. 73; MANDRIOLI, *Riflessioni in rema di «petitum» e «causa petendi»*, cit., p. 457; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., pp. 224-225; VERDE, voce *Domanda (principio della)*, cit., p. 6. Cerino Canova e Menchini danno conto dell’esistenza di un’opinione

siffatta categoria anche i diritti di credito a una prestazione specifica: ciò in quanto – si è sostenuto – il diritto alla consegna o al rilascio di un determinato bene, analogamente al diritto a una prestazione di *facere* o *non facere* infungibile, è unico, così come è unica la prestazione dovuta dal debitore per liberarsi dall'obbligazione e l'interesse del creditore (¹¹⁴).

Suscita, invece, qualche dubbio la qualificazione dei diritti reali di garanzia (pegno, ipoteca); sul punto la dottrina si è divisa tra chi sostiene che gli stessi non possano coesistere, allo stesso tempo, con altri diritti reali minori di garanzia aventi il medesimo contenuto, sicché si tratterebbe di diritti autoindividuati (¹¹⁵), e chi invece sostiene che essi possono accedere più volte allo stesso credito, con la conseguenza che – trattandosi di diritti eteroindividuati – è impossibile prescindere dall'allegazione del fatto costitutivo ai fini della loro individualizzazione (¹¹⁶).

dottrina contraria, riferibile a R. SCHMIDT, *Die Klagänderung*, Leipzig, 1887, p. 218, favorevole alla rilevanza del fatto costitutivo in tali fattispecie, fondata sull'idea di una tutela essenzialmente risarcitoria e sulla regola della responsabilità patrimoniale del debitore. In particolare Cerino Canova confuta tale tesi, osservando, da un lato, che la tutela risarcitoria è alternativa all'esecuzione in forma specifica, e, dall'altro, che per stabilire l'unità o la pluralità dei diritti occorre avere a riguardo alla posizione del creditore rispetto ad uno stesso bene, idoneo a soddisfare il suo interesse. Nel senso che il diritto alla consegna o al rilascio, il diritto alla prestazione di un *facere* o *non facere* infungibile costituiscano diritti autoindividuati cfr. anche GIORGETTI, *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*, Torino, 2008, p. 12. In senso contrario CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., pp. 331-332.

¹¹⁴ G.F. RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, cit., pp. 854-855, muovendo dal presupposto che «la situazione delle obbligazioni di *species* è infatti profondamente diversa da quella dei diritti reali», per il motivo che «i vari titoli che possono invocarsi a fondamento delle obbligazioni di quel tipo non sono mai concorrenti, come può invece avvenire nel campo dei diritti assoluti, ma costituiscono solo l'effetto di inquadramenti in fattispecie legali diverse di un'identica situazione sostanziale», conclude che «per le obbligazioni di *species*, il problema del mutamento della *causa petendi* non dovrebbe mai prospettarsi, proprio perché non è possibile la variazione del fatto costitutivo del diritto».

¹¹⁵ MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 215 ss., anche per riferimenti alla dottrina tedesca. Secondo l'Autore l'elemento che differenzia un'ipoteca da un'altra è il credito a garanzia del quale esse sono state costituite in favore di un determinato soggetto, per cui «l'indicazione del rapporto obbligatorio, cui accede il diritto di garanzia, è condizione necessaria per la sua individuazione»; D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 80 (testo e nota 18), la quale osserva che può esservi un solo pegno su una determinata *res* così come, di regola, tra le stesse parti e su un bene immobile si iscriverà una sola ipoteca; CARRATTA, *sub art. 112 c.p.c.*, in CARRATTA-TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, Bologna, 2011, pp. 67 ss.

¹¹⁶ Cfr. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 178; MANDRIOLI, *Riflessioni in rema di «petitum» e «causa petendi»*, cit., p. 475; G.F. RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, cit., p. 850; GIORGETTI, *Il principio di variabilità nell'oggetto*

Per diritti eterodeterminati, tra i quali si annoverano i diritti di credito a una prestazione generica, *in primis* i crediti pecuniari, si intendono quei diritti che possono sussistere simultaneamente più volte tra gli stessi soggetti e con identico contenuto. Ai fini dell'individualizzazione di siffatti diritti è necessaria l'allegazione del relativo fatto costitutivo generatore¹¹⁷, oltre che dell'indicazione dei soggetti tra i quali intercorre il rapporto obbligatorio¹¹⁸ e del contenuto del diritto, vale a dire la prestazione obbligatoria oggetto del diritto.

Si possono, dunque, trarre le seguenti conclusioni, che costituiranno le premesse per il prosieguo del nostro studio: nei diritti autoindividuati, il fatto costitutivo non ha funzione individualizzatrice¹¹⁹; al contrario, nei diritti eteroindividuati, il fatto costitutivo assume funzione individualizzatrice, con la conseguenza che dev'essere necessariamente

del giudizio, cit., p. 12; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., pp. 72-73; VERDE, voce *Domanda (principio della)*, cit., p. 6.

¹¹⁷ In questi termini cfr., tra i tanti: CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 188 ss.; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., cit., p. 284; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 175; FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., pp. 86 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 226, il quale rileva che, una parte della dottrina tedesca, riferibile a Georgiades e Hesselberger, ha escluso che il fatto costitutivo funga da elemento identificatore nelle obbligazioni di genere; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., p. 449.

¹¹⁸ Sulle conseguenze della modifica del soggetto attivo o passivo del diritto eteroindividuato v. per tutti MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., pp. 219 ss.; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 175.

¹¹⁹ Per quanto concerne i diritti autoindividuati, sono riscontrabili le seguenti ulteriori implicazioni sul piano processuale: la prima è che una volta introdotto il giudizio l'attore può sempre invocare in corso di causa un diverso fatto costitutivo senza che ciò determini una domanda nuova (cfr. Cass., 21 gennaio 2013, n. 1370, in *Giur. it.*, 2013, pp. 2600 ss., e in *NGCC*, 2013, pp. 475 e ss.: «siccome il diritto di proprietà appartiene alla categoria dei diritti "autodeterminati" [...] nelle azioni ad esse relative, a differenza delle azioni accordate a tutela dei diritti di credito, la "causa petendi" si identifica con i diritti stessi, mentre il titolo, necessario alla prova del diritto, non ha alcuna funzione di specificazione della domanda; ne consegue che l'allegazione, nel corso del giudizio di rivendicazione, di un titolo diverso [...] che integra quello [...] posto inizialmente a fondamento della domanda costituisce soltanto un'integrazione delle difese sul piano probatorio, integrazione non configurabile come domanda nuova»); la seconda è che il giudicato copre tutti i possibili fatti costitutivi, sicché non è più possibile esperire la medesima azione a tutela dello stesso diritto autodeterminato allegando un diverso fatto costitutivo (salvo che si tratti di un fatto sopravvenuto). Questi temi verranno ripresi diffusamente anche nei capitoli II e III di questo lavoro.

allegato dall'attore (¹²⁰). In altri termini, si può dire che, ai fini della nostra indagine, il fatto costitutivo rileva nei limiti in cui esso sia individualizzante, ossia emerga come elemento necessario per l'identificazione del diritto soggettivo affermato in giudizio dall'attore con la domanda giudiziale.

Rilevato il diverso ruolo del fatto costitutivo a seconda che sia dedotto in giudizio un diritto autodeterminato o eterodeterminato, dobbiamo a questo punto chiederci se, rispetto a tali fatti, sussista o meno un monopolio delle parti.

La dottrina prevalente, con isolate opinioni contrarie (¹²¹), ha da sempre sostenuto che il giudice non può pronunciarsi su un fatto costitutivo individualizzatore che, pur emergendo dagli atti e essendo provato o addirittura notorio, non è però stato allegato dalla parte interessata, ossia da quella che intende avvalersi di tale fatto nel giudizio (¹²²) oppure rispetto al quale l'allegazione sia stata revocata (¹²³). In altre parole, i fatti

¹²⁰ Quanto ai diritti eteroindividuati, sono ravvisabili le seguenti peculiarità: in primo luogo, qualora penda tra le stesse parti un altro processo avente ad oggetto un analogo diritto (un'analogo prestazione), non si ha identità di causa (dunque non opera la litispendenza) se sono diverse le fattispecie costitutive affermate; in secondo luogo, nel corso del giudizio l'attore non può modificare il fatto costitutivo, perché ciò muterebbe (inammissibilmente) il diritto azionato; infine, il giudicato si forma non solo sul diritto azionato ma anche sui fatti costitutivi dedotti in giudizio, cosicché non è preclusa la successiva proposizione di un'azione fondata su un identico diritto ma fondata su di un diverso titolo.

¹²¹ Soprattutto per quanto concerne i fatti costitutivi notori. Sul tema si rinvia al paragrafo 10 di questo capitolo.

¹²² Il giudice non può ritenere esistente un fatto costitutivo non allegato da alcuna delle parti, nemmeno se risulti dagli atti secondo CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, Napoli, 1960, pp. 309 ss.; ID., *Identificazione delle azioni. Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, rist., 1993, pp. 175 ss., il quale però estende il principio anche ai fatti semplici; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pp. 413 ss.; ALF. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, p. 125; LASERRA, *La prova civile*, Napoli, 1957, pp. 84 e 99; CAPPELLETTI, *la testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 83-84.

¹²³ Sulla revocabilità o rinunciabilità delle allegazioni cfr. ALLORIO, *Il giuramento della parte*, cit., 235; ID., *Ritrattazione del giuramento e disponibilità del diritto controverso*, in *Giur. it.*, 1948, IV, cc. 196 ss.; BARBARESCHI, *L'irretrattabilità del giuramento decisorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 982; DE STEFANO, *Collisione di prove civili*, Milano, 1951, pp. 36 ss. In argomento cfr. anche BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., pp. 262 ss., il quale ritiene che la revoca dell'allegazione è sempre ammissibile con riferimento ai fatti costitutivi individuatori e a quelli estintivi, impeditivi e modificativi fondati eccezioni in senso stretto per i quali la richiesta di utilizzazione è presupposto necessario affinché il giudice possa

costitutivi di un diritto eteroindividuato, i quali siano indispensabili ai fini dell'individuazione dello stesso, non possono essere, senza ultrapetizione, posti dal giudice alla base della pronuncia, se non siano stati "fatti valere" dal soggetto che li ha allegati come elemento causale della propria pretesa. Del pari, tali fatti non possono essere introdotti in giudizio dal convenuto o da altra parte processuale diversa da colui che si afferma titolare del diritto vantato in giudizio. Ciò in quanto un soggetto non può essere costretto a far valere in giudizio un diritto disponibile, se non violando il principio della domanda. Più precisamente, a colui che si afferma titolare di un diritto in giudizio non può essere imposto di richiedere la tutela giurisdizionale di una situazione giuridica sostanziale disponibile diversa da quella oggetto della domanda giudiziale, e tale sarebbe quella situazione sostanziale modificata in seguito all'allegazione, da parte del convenuto o di altra parte processuale, di un fatto costitutivo differente rispetto a quello allegato dall'attore.

La ragione del monopolio assoluto delle parti rispetto ai fatti costitutivi del diritto eterodeterminato dedotto in giudizio è dunque rinvenibile nei principi immanenti nel nostro processo civile: dal principio della domanda, al principio dispositivo in senso stretto, passando per i divieti del giudice di decidere *extra allegata* ed *extra causa petendi*, e di fare uso della scienza privata (¹²⁴).

L'esigenza di rispettare i citati principi non si rinviene con riferimento ai diritti autodeterminati. Infatti, come già si è detto, tali situazioni sostanziali sono individuate a prescindere dall'allegazione del fatto costitutivo, sicché l'introduzione in giudizio di un nuovo fatto costitutivo a opera dell'attore, nei termini preclusivi di cui all'art. 183, comma sesto, c.p.c., ovvero il rilievo d'ufficio di un fatto diverso da quello allegato con la domanda, purché emergente *ex actis*, non comporta la modifica della domanda giudiziale e la variazione del diritto *sub iudice*.

prendere in considerazione tali fatti. Con la revoca viene meno il presupposto per autorizzare il giudice a dare rilevanza giuridica a quel determinato fatto.

¹²⁴ In quest'ultimo senso cfr. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 30, per il quale il divieto per il giudice di tenere conto dei fatti costitutivi non allegati dall'attore (o dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi posti a fondamento di un'eccezione in senso stretto) non deriva dalle regole che riguardano l'allegazione ma da quelle che delimitano i poteri del giudice.

8. *Segue: il problema dell'introduzione dei fatti estintivi, modificativi e impeditivi. Premessa: la distinzione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato*

Se l'indagine in merito ai rapporti tra poteri di allegazione delle parti e poteri di rilevazione del giudice dei fatti costitutivi non ha suscitato grandi problemi, lo stesso non può dirsi con riferimento ai fatti impeditivi, estintivi o modificativi. È noto, infatti, che il giudice, una volta chiamato a decidere sulla rilevanza giuridica dei fatti allegati dall'attore, può rilevare d'ufficio taluni fatti estintivi, impeditivi o modificativi, precisamente quelli fondanti eccezioni in senso lato ⁽¹²⁵⁾. Ciò significa che, quanto meno con riferimento a tali fatti, non sussiste un monopolio assoluto delle parti. Ma è proprio questo che dovrà essere verificato.

Per meglio comprendere il problema occorre, ancora una volta, muovere dall'art. 112 c.p.c. Tale norma contrappone le eccezioni sulle quali il giudice può pronunciarsi solo a seguito di «proposizione» della parte dalle eccezioni sulle quali il giudice può, invece, pronunciare anche in assenza della suddetta «proposizione».

Si pone a questo punto il problema di dare contenuto all'onere di proposizione dell'eccezione. Pur consapevoli che un'approfondita analisi del tema non potrebbe essere affrontata con la dovuta completezza in questa sede, per meglio comprendere la questione che ci proponiamo di af-

¹²⁵ In argomento cfr. per tutti CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003.

frontare è quantomeno necessario chiarire, seppur brevemente, cosa si intende per eccezione (¹²⁶) e, soprattutto, la differenza tra i due tipi di eccezione menzionati (¹²⁷).

La distinzione tra eccezioni in senso stretto (¹²⁸) e in senso lato riguarda esclusivamente il profilo della rilevabilità o meno d'ufficio dei

¹²⁶ È appena il caso di precisare che solo in senso ampio ed atecnico si suole riferirsi alla “eccezione” per designare qualsiasi iniziativa difensiva assunta dal convenuto per contrastare la domanda attorea. In realtà – come è noto – la negazione e/o contestazione dei fatti *ex adverso* allegati costituisce la c.d. mera difesa, che non comporta l'allegazione di alcun nuovo fatto giuridico nel processo. Si è rilevato che anche le mere contestazioni o negazioni possono tradursi nella narrazione di fatti diversi rispetto a quelli narrati dall'attore, così per esempio in sede di interrogatorio libero del convenuto *ex artt.* 117 e 185 c.p.c. In questi termini CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 141, il quale aggiunge che si tratterà generalmente di fatti secondari. L'eccezione, invece, consiste nell'allegazione di un nuovo fatto estintivo, modificativo o impeditivo rispetto ai fatti costitutivi del diritto azionato in giudizio. È altresì noto che l'eccezione non è attività esclusiva del convenuto, potendo essere proposta anche dall'attore, come ben si desume dall'art. 183, comma quinto, c.p.c. a mente del quale, nella prima udienza di comparizione delle parti e di trattazione della causa, «l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto». A conferma di ciò si veda anche l'art. 112 c.p.c. che correttamente parla di eccezioni «che possono essere proposte soltanto dalle parti», e non solo dal convenuto.

¹²⁷ Per un approfondimento del tema v. per tutti COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, cit., pp. 172 ss.

¹²⁸ Per Chiovenda l'eccezione in senso stretto consiste nell'allegazione di un fatto estintivo o impeditivo del fatto costitutivo affermato dall'attore, che conferisce al convenuto il potere giuridico di annullare l'azione intesa in senso “concreto” come diritto potestativo ad una sentenza favorevole (CHIOVENDA, *Sulla eccezione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, cit., pp. 149 ss., nonché pp. 151 ss., ove si legge che «l'eccezione in senso proprio è, dunque, un controdiritto di fronte all'azione e per l'appunto un diritto di impugnazione, cioè un diritto potestativo diretto all'annullamento dell'azione»; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., pp. 305 ss. *Contra*: CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 178, secondo il quale «deve ormai ritenersi superata quella concezione dell'eccezione come un contro-diritto del convenuto che era legata al concetto dell'azione quale diritto alla sentenza favorevole». CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 153, critica la tesi chiovendiana, ritenendo che la stessa «appare guidata da una visuale molto parziale e perciò insoddisfacente», in quanto – aggiunge l'Autore – non sempre «può ravvisarsi nell'eccezione in senso stretto un vero controdiritto del convenuto», come nel caso della prescrizione ove infatti è impossibile ravvisare un diritto dell'eccepiente debitore).

Per BOLAFFI, *L'eccezione nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, spec. pp. 128-130, nell'eccezione in senso proprio va ravvisata la potestà di impugnare e porre nel nulla non già l'azione (come sostenuto dal Chiovenda), bensì il diritto sostanziale fatto valere dall'attore: l'eccezione c.d. sostanziale consiste – secondo Bolaffi – in un potere disciplinato dal diritto privato *ad impugnationem ius*, sicché se l'eccezione «non è fatta valere, il diritto sussiste ed ha piena efficacia; se invece l'eccezione è fatta valere, il diritto ad essa contrapposto viene meno».

fatti estintivi, modificativi e impeditivi che ne formano l'oggetto: nel primo caso, i fatti possono essere allegati solo dalla parte; nel secondo caso, è invece ammesso il rilievo officioso.

Dietro la distinzione teorica, tradizionalmente accolta, tra eccezioni in senso stretto (¹²⁹) ed eccezioni in senso lato (¹³⁰) si nascondono problemi pratici di indubbia importanza. Ed infatti non è sempre facile comprendere se una determinata eccezione sia riservata o meno alla parte

Secondo DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, cit., pp. 22 ss. e spec. 31 ss., l'eccezione è un atto processuale contrapposto non già all'azione, bensì alla domanda, per cui le eccezioni rilevabili solo su iniziativa di parte si distinguono dalle eccezioni rilevabili d'ufficio perché le prime (e non anche le seconde) avrebbero ad oggetto una questione pregiudiziale rispetto alla domanda: mentre le eccezioni in senso lato mirano ad ottenere il rigetto della domanda in quanto infondata, l'eccezione in senso stretto tende a far dichiarare la fondatezza di una questione pregiudiziale. Denti giustifica la propria tesi richiamando quelle disposizioni normative in cui l'eccezione viene affiancata alla domanda (cfr. artt. 112, 183, 184, 186, 277, 345 c.p.c.). L'Autore precisa infine che la sfera dell'eccezione termina laddove la questione pregiudiziale si converte in controversia, con la conseguente necessità dell'accertamento incidentale ex art. 34 c.p.c., vuoi per esplicita domanda di parte, vuoi perché trattasi di un caso di accertamento incidentale previsto ex lege (critico COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 184.).

Per CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1931, pp. 314 ss., l'eccezione è una «affermazione di libertà» per cui chi propone l'eccezione mira a escludere il diritto altrui e non ad affermare il diritto (*rectius* contro-diritto) proprio; da ciò consegue che l'eccezione non va considerata come una forma di azione del convenuto contrapposta all'azione dell'attore (dello stesso Autore v. anche *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pp. 414 ss.; ID., *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, pp. 32 ss.; ID., *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, II; ID., *Un lapsus evidente?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 446 ss.; ID., *Diritto e processo*, cit., p. 178). Per una dettagliata analisi della tesi sostenuta da Carnelutti, e parzialmente condivisa da DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 32, cfr. CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, pp. 266 ss.; LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 449 ss.; ALLORIO, *Il «Sistema» del Carnelutti*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, D.

¹²⁹ A titolo esemplificativo si ricordano l'eccezione di prescrizione ex art. 2938 c.c., di incapacità, di errore, della violenza e del dolo di cui all'art. 1441 c.c., l'eccezione di annullamento del contratto ex art. 1442 c.c., di rescissione del contratto ex art. 1449 c.c., l'eccezione di compensazione ex art. 1242 c.c., l'*exceptio inadimpleti contractus* (art. 1460 c.c.), l'eccezione di vizi della cosa compravenduta ai sensi dell'art. 1495 c.c., di riscatto totale nella vendita congiuntiva di cosa indivisa (art. 1507 c.c.), di difformità o vizi dell'opera nell'appalto (art. 1667 c.c.), di esclusione a favore del fideiussore a mente dell'art. 1944 c.c., di divisione tra più fideiussori (art. 1947 c.c.), di escussione a favore del socio (art. 2268 c.c.), l'eccezione di incompetenza territoriale di cui all'art. 38 c.p.c.

¹³⁰ Limitando l'esame al codice civile, sono eccezioni in senso lato quelle di pagamento, di simulazione, di novazione, oltre che l'eccezione di nullità del contratto ai sensi dell'art. 1421 c.c.

(¹³¹), salvi i casi in cui la legge disponga specificamente in uno o nell'altro senso (¹³²). Tale problema si è peraltro accentuato in seguito all'entrata in vigore della legge n. 80 del 14 maggio 2005 che ha introdotto un rigoroso sistema di preclusioni con riferimento alle eccezioni in senso stretto. Queste ultime, infatti, devono essere sollevate dal convenuto, a pena di decadenza, con il deposito della comparsa di costituzione e risposta (¹³³), e quindi non oltre i venti giorni antecedenti all'udienza fissata dall'attore nella citazione (o a quella eventualmente differita dall'ufficio *ex art. 186 bis*, quinto comma, c.p.c.) (¹³⁴). Viceversa, le eccezioni in senso lato sono

¹³¹ Non è possibile in questa sede approfondire l'argomento. Sia tuttavia consentito ricordare che l'orientamento giurisprudenziale oggi prevalente, sostenuto dalla dottrina maggioritaria, è quello che – invocando come riferimento normativo l'art. 112 c.p.c. – ritiene “normale” la rilevabilità d'ufficio dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi (sempre che ve ne sia risultanza dagli atti), restando limitato l'ambito delle eccezioni in senso stretto solo ai casi specificamente previsti dalla legge ovvero a quelli in cui la manifestazione della volontà della parte sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva: Cass., 5 giugno 2014, n. 1677, in *La nuova Procedura Civile*, 5, 2015; Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Foro it.*, 2005, I, cc. 2659 ss., con nota di ORIANI (in un caso avente ad oggetto l'eccezione in senso lato di interruzione della prescrizione); Cass., sez. un., 25 maggio 2001, n. 226, in *NGCC*, 2002, II, pp. 2654 ss., con nota di VOLPINO; Cass., sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1185). V. però quanto affermato da COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, cit., pp. 283 ss., spec. p. 284 testo e nota 9, nonché pp. 289 ss., il quale ritiene che la tesi della “normale” rilevabilità officiosa delle eccezioni non avrebbe trovato un effettivo supporto. L'Autore propone una diversa lettura dell'art. 112 c.p.c. per cui, in generale, le eccezioni possono essere proposte solo dalle parti, salvo che non sia espressamente prevista la rilevabilità d'ufficio delle eccezioni (*i.e.* dei fatti che ne sono fondamento), per poi comunque affermare, qualche pagina dopo, che «val sempre l'autorevole insegnamento che solo un'attenta analisi della disciplina sostanziale, e non il richiamo a una pretesa regola generalizzante, può condurre a dar risposta soddisfacente al quesito se, nei singoli casi, si sia di fronte a eccezioni rilevabili d'ufficio ovvero necessitanti dell'iniziativa di parte» (p. 293).

¹³² È il caso, ad esempio, della prescrizione (art. 2938 c.c.) e della compensazione (art. 1242, comma primo, c.c.), che sono eccezioni in senso stretto, ovvero della nullità del contratto che, a mente dell'art. 1421 c.c., è un'eccezione rilevabile d'ufficio.

¹³³ Cfr. anche l'art. 416, comma secondo, c.p.c. per cui, nel processo del lavoro, il convenuto, quando si costituisce in giudizio mediante il deposito della comparsa di costituzione e risposta dieci giorni prima dell'udienza, deve proporre, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio, oltre alle eventuali domande riconvenzionali.

¹³⁴ Il secondo comma dell'art. 167 c.p.c. dispone che, nella comparsa di risposta, il convenuto deve proporre, «a pena di decadenza», le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. Il riferimento alle eccezioni è stato introdotto – come detto – dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella citata legge n. 80/2005.

rilevabili *ex officio* dal giudice e proponibili dalle parti anche oltre in termine di decadenza di cui sopra. Per essere più precisi, l'eccezione in senso lato potrà essere proposta dalla parte per tutto il processo di primo grado, e finanche in appello, atteso che l'art. 345, secondo comma, c.p.c. stabilisce che nel giudizio di appello «non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio»⁽¹³⁵⁾.

8.1. *Il problema dell'introduzione dei fatti estintivi, modificativi e impeditivi fondanti eccezioni in senso stretto*

È appena il caso di precisare che le brevi osservazioni dinanzi espresse non hanno la pretesa di aver delineato, neppure a grandi cenni, la dottrina dell'eccezione. Più semplicemente si è inteso ricordare la distinzione tra eccezione in senso stretto ed eccezione in senso lato come premessa per l'indagine che ci apprestiamo subito a svolgere, ossia verificare se sussiste un monopolio delle parti in relazione a tutti i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi o se, per alcuni di essi, il giudice possa esercitare un potere di rilevazione officioso in mancanza dell'allegazione di parte.

Per quanto concerne i fatti estintivi, impeditivi e modificativi oggetto di eccezioni riservate alla parte, va rilevato che vige un onere di allegazione pieno delle parti⁽¹³⁶⁾, sicché il giudice non potrà in alcun modo rilevare *sua sponte* detti fatti anche se emergenti dagli atti di causa, né tantomeno prendere in considerazione gli stessi ai fini della decisione, senza la previa manifestazione in tal senso della parte interessata.

¹³⁵ In argomento cfr. per tutti il recente contributo di MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 2, pp. 299 ss., nonché la dottrina e giurisprudenza ivi citate.

¹³⁶ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 343 ss.; MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., pp. 319, la quale afferma che il giudice non può rilevare *ex officio* fatti estintivi, modificativi o impeditivi che rappresentano un interesse particolare e riservato del solo convenuto, vale a dire l'interesse esclusivo alla stabilità del fatto impeditivo, modificativo o estintivo.

La ragione di tale limite assoluto dei poteri del giudice è da rinvenirsi nell'art. 112 c.p.c., che prevede espressamente l'obbligo del giudice di decidere sulle domande e sulle eccezioni rispettivamente proposte e sollevate dalle parti in giudizio, e non oltre i limiti di esse, con la precisazione – per quanto qui ci interessa – che il giudice può pronunciarsi *ex officio* solo sulle eccezioni non riservate alle parti. A contrario si desume, dunque, che il giudice non può pronunciarsi e decidere su quelle eccezioni proponibili solo dalle parti e, quindi, nemmeno può rilevare fatti che sono posti a fondamento di siffatte eccezioni.

La *ratio* sottesa al monopolio delle parti rispetto ai fatti estintivi, modificativi e impeditivi fondanti eccezioni in senso stretto deve rinvenirsi nei doveri di imparzialità che fanno capo al giudice.

Alla regola per cui deve escludersi qualsiasi interferenza del giudice rispetto ai fatti estintivi, modificativi o impeditivi “qualificati”, per tali intendendosi i fatti fondanti eccezioni in senso stretto, va aggiunto che gli stessi non possono nemmeno essere introdotti nel giudizio dalla controparte. Ciò significa che nessun effetto può scaturire in questo ambito dall'applicazione del principio di acquisizione¹³⁷, per cui se anche di un fatto estintivo, modificativo o impeditivo “qualificato” risultasse la “prova” *ex actis* (ad es. da un documento prodotto) o se la sua esistenza fosse affermata dalla controparte, il giudice non potrebbe tenerlo in considerazione per il giudizio in mancanza della volontà della parte interessata. Si pensi al caso in cui l'attore che, in un giudizio volto all'accertamento di un suo diritto di credito, dichiara in corso di causa che tale diritto si è estinto per non essere stato esercitato per lungo tempo. Non vi è dubbio che la prescrizione sia un fatto estintivo fondante un'eccezione in

¹³⁷ In ambito probatorio tale principio si sostanzia nella regola generale secondo la quale, una volta che la prova sia entrata nel processo (vale a dire sia stata acquisita), il giudice può prescindere dal fatto che vi sia entrata per iniziativa della parte onerata a norma dell'art. 2697 c.c. oppure dell'altra parte, o, nei casi in cui ciò sia possibile, per iniziativa dello stesso giudice, purché però i fatti oggetto di prova siano stati allegati dalla parte che fruisce della prova (cfr. Cass., 10 luglio 1989, n. 3258, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, fasc. 7, per cui «il documento, prodotto da uno dei contendenti, a sostegno delle proprie deduzioni, può essere utilizzato a vantaggio di un'altra parte, in relazione a contenuto ad essa favorevole, se e nei limiti in cui tale parte lo abbia specificamente e ritualmente invocato a corredo delle sue tesi, considerato che l'indagine sulla consistenza probatoria di un atto postula che l'interessato lo abbia allegato a dimostrazione di una determinata pretesa»).

senso stretto, attesa la chiara formulazione dell'art. 2938 c.c. ⁽¹³⁸⁾. Se l'interessato non eccepisce il fatto estintivo della prescrizione – che pur come tale esiste secondo il nostro esempio, in quanto risultante *ex actis* dalle stesse affermazioni dell'attore – questo rimane improduttivo di effetti. In altri termini, se manca l'iniziativa della parte di avvalersi di un fatto estintivo operante *ope exceptionis*, l'allegazione non può essere sostituita dal rilievo *ex officio* del giudice o dalla dichiarazione (anche eventualmente confessoria) della controparte.

Tale conclusione – è stato osservato – non determina alcuna ingiustizia: la sentenza che accoglie la domanda dell'attore avente a oggetto un diritto prescritto è comunque giusta, ossia rispondente alla realtà materiale; ciò in quanto quel fatto estintivo (*i.e.* la prescrizione), che avrebbe potuto ostacolare l'accoglimento della domanda avversaria, non ha trovato “rituale” ingresso nel processo ⁽¹³⁹⁾, non essendo stato allegato da colui che poteva avvantaggiarsi del fatto impeditivo *de quo*. «La mancata rilevabilità di ufficio della prescrizione sta a significare che l'effetto estintivo della prescrizione stessa si riporta ad una cosiddetta fattispecie complessa, di cui l'onere dell'eccezione ad opera dell'interessato rappresenta uno dei fatti costitutivi: mancata l'integrale realizzazione di tale complessa fattispecie, per es., perché non è stata proposta l'eccezione, non può realizzarsi neppure l'effetto giuridico corrispondente» ⁽¹⁴⁰⁾. È dunque giusta (nel senso di conforme alla volontà di legge) la sentenza di accoglimento della domanda relativa a un diritto venuto meno per prescrizione

¹³⁸ La disposizione citata nel testo prevede che «il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta». Sulla natura della prescrizione come fatto estintivo oggetto di un'eccezione riservata alla parte si veda Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Riv. giur. lav.*, 2006, 1, II, pp. 68 ss. (s.m.), con nota di FABBRI. In dottrina cfr. per tutti COLESANTI, *Nostalgie in tema di eccezioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 280, nota 7: «nemmeno una qualche interpretazione evolutiva, o costituzionalmente orientata, ecc., dovrebbe poter condurre a riguardare come rilevabile d'ufficio quel che la norma palesemente vuol riservare alla libertà di parte».

¹³⁹ Viceversa sarebbe ingiusta (perché contrastante con il risultato stesso dell'accertamento giudiziale) quella sentenza di accoglimento della domanda dell'attore alla base della quale vi fosse un diritto estinto in virtù di un fatto rilevante *ipso iure* (ad es. il pagamento). Ciò in quanto quel fatto estintivo dell'obbligazione dedotta in giudizio è rilevabile d'ufficio dal giudice. Sul tema cfr. COLESANTI, *Nostalgie in tema di eccezioni*, cit., pp. 275 ss.

¹⁴⁰ COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, p. 196, nota 83.

(¹⁴¹), ove ne sia mancata la deduzione nel processo ad opera della parte interessata, perché – come recentemente (ri)affermato da Colesanti – «l’ordinamento vuole lasciare alla libera determinazione dell’interessato l’invocare o non la prescrizione, mostrando così di rispettare l’autonomia privata anche nella scelta degli strumenti di difesa. È alla fin fine un riconoscimento di libertà e autoresponsabilità nel provvedere alla tutela dei propri interessi, che trova riscontro sul piano sostanziale nella libertà (pur nei limiti segnati) di disporre come ognuno meglio crede nella propria sfera» (¹⁴²).

In conclusione, dunque, anche con riferimento ai fatti estintivi, modificativi e impeditivi c.d. “qualificati” in quanto fondanti un’eccezione in senso stretto vige la regola dell’onere di allegazione assoluto a opera della parte interessata.

8.2. Segue: ... *dei fatti estintivi, modificativi e impeditivi fondanti eccezioni in senso lato*

Passiamo ora all’esame dei c.d. “meri” fatti estintivi, modificativi o impeditivi, vale a dire quei fatti fondanti eccezioni in senso lato. Anche in questo caso dovremo chiederci se vi sia un monopolio delle parti rispetto all’allegazione di tali fatti ovvero se residuino in capo al giudice dei poteri di rilevazione *ex actis*. La questione è dibattuta in dottrina.

¹⁴¹ Così COLESANTI, *Nostalgie in tema di eccezioni*, cit., pp. 275 ss.; ID., voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, pp. 195-196, il quale afferma che la sentenza di accoglimento emanata dal giudice senza tener conto della prescrizione sarebbe giusta in quanto, essendo mancato l’atto di volontà del convenuto, non si è realizzato l’effetto estintivo della prescrizione, e dunque il fatto estintivo è da ritenersi estraneo alla materia del contendere. *Contra*: CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, cit., pp. 32 ss., il quale rileva che «la sentenza la quale dichiara di ufficio estinto un debito per prescrizione sia ingiusta si potrà affermare in linea morale, ma sul piano giuridico no; sul piano giuridico la prescrizione estingue il debito come il pagamento o come la compensazione [...]. Il giudice che condanna a pagare un debito compensato o prescritto crea un rapporto *ex novo* come se condannasse a pagare un debito già soddisfatto».

¹⁴² Così COLESANTI, *Nostalgie in tema di eccezioni*, cit., pp. 281-282, il quale prosegue affermando che «l’avvalersi o non della prescrizione per contrastare le pretese di altri è, in definitiva, una scelta di libertà del singolo, che l’ordinamento tutela anche e proprio negando la rilevanza officiosa del venir meno dell’altrui diritto «consumato» dall’inutile decorso del tempo». Cfr. anche, dello stesso Autore, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, cit., pp. 194 ss.

Coloro i quali accolgono una concezione unitaria dei fatti principali ritengono che, rispetto ad essi, sussista un onere di allegazione esclusivo delle parti, senza che sia possibile distinguere tra fatti costitutivi e fatti estintivi, modificativi e impeditivi e, rispetto a questi ultimi, tra fatti “qualificati” o “meri”. Secondo questa impostazione vi sarebbe un «limite intrinseco» ai fatti principali globalmente considerati, che impedirebbe qualsivoglia interferenza del giudice (¹⁴³).

È stato però rilevato che, aderendo a questa dottrina, si finirebbe per eliminare la differenza – unanimemente accolta – tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato: infatti, tale distinzione non avrebbe alcuna ragion d'essere se tutti i fatti estintivi, modificativi ed impeditivi, siano essi “meri” o “qualificati”, dovessero essere esplicitamente allegati dalla parte (¹⁴⁴). Inoltre, siffatta tesi si pone in aperto contrasto con il disposto di cui all'art. 112 c.p.c. il quale riconosce espressamente una categoria di eccezioni, quelle in senso lato, le quali possono essere sollevate dal giudice a prescindere dalla «proposizione» delle parti.

Altra parte della dottrina, riconoscendo la distinzione tra fatti impeditivi, modificativi ed estintivi “qualificati” e “meri”, ha ritenuto che questi ultimi possano essere rilevati dal giudice anche in assenza di un'esplicita richiesta in tal senso della parte. A tale risultato si giunge sulla base della considerazione che, pur non essendo necessaria una manifestazione espressa della parte interessata di avvalersi di tali fatti affinché il giudice possa porli a fondamento della decisione se provati, è comunque

¹⁴³ NASI, *Disposizione del diritto e azione dispositiva. Contributo allo studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione*, cit., pp. 204 ss., spec. 206, secondo il quale «quando si dice che nell'ambito delle deduzioni dell'attore il giudice può rilevare d'ufficio solo alcune eccezioni di merito, per esempio le cosiddette mere difese, l'inesistenza dei fatti o della norma giuridica invocata dalla parte, noi intendiamo in realtà dire che il giudice non può conoscere come normativi se non quei fatti che la parte stessa esprime come tali» (p. 206).

¹⁴⁴ In questo senso BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., pp. 109-110, il quale afferma che accogliendo la tesi di Nasi si giungerebbe ad eliminare la categoria delle eccezioni in senso lato (le quali verrebbero sempre ridotte a mere difese), così forzando il dettato dell'art. 112 c.p.c. Buoncrisiani aggiunge inoltre che, in questo caso, si verrebbe a privare l'eccezione del suo contenuto in quanto solo l'eccezione in senso stretto avrebbe un contenuto «positivo», avendo ad oggetto fatti che allargano l'ambito di cognizione del giudice; viceversa le eccezioni in senso lato avrebbero contenuto «negativo» o, per meglio dire, non avrebbero contenuto risolvendosi in mere negazioni dei fatti costitutivi *ex adverso* allegati.

indispensabile una manifestazione di volontà implicita. Sotto questo profilo, la dottrina ha elaborato differenti teorie.

In primo luogo, vi è chi ⁽¹⁴⁵⁾ ha sostenuto che la manifestazione implicita sarebbe rintracciabile nella «affermazione di prova», che si sostanzia nella produzione di un documento in giudizio nel contesto del quale sia indicato un fatto o nell'istanza di assunzione di una determinata prova (per esempio, testimonianza) dalla quale il giudice potrebbe rilevare d'ufficio i fatti in discorso. Tali attività – secondo la dottrina in esame – implicherebbero la manifestazione di volontà di avvalersi dei fatti oggetto delle istanze istruttorie o risultanti dai documenti prodotti ⁽¹⁴⁶⁾.

Non si è mancato di rilevare che la tesi che vorrebbe individuare nella «affermazione di prova» una manifestazione implicita della volontà della parte a che un fatto impeditivo, modificativo o estintivo venga utilizzato dal giudice ai fini della decisione anche in assenza di una previa espressa allegazione. Infatti, essa finisce per annullare la distinzione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato, atteso che per entrambe sarebbe necessaria una richiesta (esplicita o implicita) di decisione sul fatto ⁽¹⁴⁷⁾.

¹⁴⁵ BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., pp. 233 ss.

¹⁴⁶ Critico CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 129 ss., secondo il quale è una forzatura attribuire natura negoziale agli atti che Benvenuti qualifica come «affermazioni di prova» e con i quali la parte dovrebbe manifestare la specifica volontà di «far valere» i fatti introdotti nel processo. Cavallone afferma, da un lato, che è impossibile distinguere tra un'attività «materiale» di introduzione del fatto e un'attività «volontaria» diretta a «far valere» i fatti introdotti e, a dimostrazione di ciò, cita come esempio i fatti secondari per i quali, di regola, l'introduzione nel processo è contestuale alle iniziative istruttorie volte a darne la prova; dall'altro lato l'Autore sostiene che con la produzione in giudizio di un documento in cui si fa menzione di un fatto, in tal modo la *positio* del fatto è introdotta nel processo (p. 130).

¹⁴⁷ In tal senso cfr. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 112, secondo il quale «ha il sapore della finzione voler rintracciare una manifestazione implicita di volontà nella produzione di un documento riguardo ad un fatto che dallo stesso potrebbe risultare». La tesi di Buoncrisiani non ci sembra tuttavia condivisibile atteso che non ci spieghiamo quale ulteriore attività rispetto alla produzione in giudizio di un documento debba compiere la parte al fine di fare in modo che il giudice prenda in considerazione il fatto dallo stesso risultante. Con la produzione in giudizio di un documento la parte afferma, non già implicitamente bensì esplicitamente, di voler far valere i fatti dallo stesso risultanti. Rilievi critici rispetto alla tesi esposta nel testo si rinvencono anche in CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile*, 1968, pp. 36 ss., spec. nota 62.

Vi è poi chi ha sostenuto che il potere del giudice di rilevare i meri fatti impeditivi, estintivi o modificativi anche in assenza di una volontà espressa del convenuto discende dal fatto che gli stessi sono implicitamente allegati dall'attore con la proposizione della domanda⁽¹⁴⁸⁾. Ogniqualvolta la parte deduce in giudizio un diritto – secondo la tesi in esame – la legge presumerebbe, sino a prova contraria, la mancanza o l'assenza di fatti incompatibili con l'esistenza stessa dell'azione, ossia ne sottoporrebbe al convenuto l'onere della prova in ossequio a quanto previsto dall'art. 2697 c.c. In questi casi – per la dottrina in esame – non si avrebbe un'allegazione mancante, bensì un'allegazione implicita, giuridicamente e logicamente sottointesa⁽¹⁴⁹⁾. Così, una volta implicitamente allegata l'assenza di “meri” fatti impeditivi, estintivi o modificativi da parte dell'attore con la proposizione della domanda, il convenuto non sarebbe tenuto ad allegare l'esistenza di detti fatti perché questa esistenza possa essere dal giudice accertata, essendo ufficio tipico del giudice quello di accertare che la domanda non sia infondata, vuoi per l'insussistenza di un

¹⁴⁸ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 345 ss.; RENDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, p. 418; COMOGLIO, voce *Allegazione*, cit., p. 280, nota 48; VERDE, voce *Domanda (principio della)*, cit., p. 7. *Contra*: GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., pp. 245 ss. e 318; FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., p. 356, nota 20; MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., pp. 335 ss.

¹⁴⁹ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 345 ss., spec. 347. In senso critico v. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., pp. 113-114. V. anche CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 161, il quale ritiene che la parte interessata deve allegare il fatto efficace *ope exceptionis*, ma esclude rilevanza all'elemento volitivo. Secondo Cavallone l'elemento formale della provenienza dell'allegazione assorbe e rende irrilevante l'elemento volitivo. Cfr. poi DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, pp. 22 ss., il quale, al fine di “superare” gli ostacoli teorici derivanti dalla tesi dell'allegazione implicita, osserva che, accanto alla fattispecie primaria del diritto dedotto in giudizio, includente tutti gli elementi positivi e negativi, vi è «un modello minore, rappresentato dalla semplificazione legislativa della fattispecie medesima» per cui la legge consente all'attore di dedurre in giudizio solo la fattispecie minore composta dagli elementi positivi e dunque l'allegazione dei “meri” fatti impeditivi, estintivi e modificativi non è *ab origine* acquisita al processo ma solo in seguito a successiva iniziativa delle parti o del giudice. Nello stesso senso anche CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 348, il quale parla di deduzione della fattispecie che sta alla base del diritto dedotto in giudizio «in maniera sintetica od abbreviata». In argomento v. anche COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 199; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., pp. 261 ss.

fatto costitutivo, vuoi per la sussistenza di una circostanza di fatto impeditiva, estintiva o modificativa, salvo l'ipotesi di fatti *ope excetionis* ⁽¹⁵⁰⁾.

La tesi dell'allegazione implicita dell'attore dei fatti *de quibus* ha certamente il merito di non annullare la distinzione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso; mentre con riferimento alle eccezioni riservate l'allegazione deve necessariamente provenire dalla parte interessata, cioè dalla parte che si oppone al riconoscimento del diritto dedotto in giudizio con la domanda, essendo irrilevante un'allegazione implicita dell'altra parte, con riferimento alle eccezioni non riservate l'allegazione può anche provenire dall'attore che, al momento della proposizione della domanda, implicitamente allega l'inesistenza dei fatti contrari al proprio diritto.

Cionondimeno, questa soluzione appare eccessivamente forzata. Infatti, a ben vedere, con la proposizione della domanda l'attore non allega (neppure implicitamente) fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto *quo agitur* ma, semmai, ne allega l'inesistenza. La tesi dell'allegazione implicita dell'attore, pur essendo conforme con il dettato dell'art. 112 c.p.c., si scontra poi con quanto disposto dall'art. 2967 c.c. in forza del quale colui che propone la domanda deve allegare e provare solo i fatti costitutivi del diritto, non anche l'inesistenza dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi ⁽¹⁵¹⁾.

Respinto l'espedito logico dell'allegazione implicita, un Autore ha proposto la teoria astratta e metapositiva della «rilevanza giuridica» della realtà storica indicata dall'attore. In sostanza, muovendo dalla concezione per cui «la struttura dell'eccezione non è (né potrebbe essere) diversa dalla struttura della domanda» ⁽¹⁵²⁾ per cui il giudice è tenuto a decidere nei limiti di quanto gli è domandato anche con riferimento alla *quaestio facti*, si è osservato che «anche quando rigetta la domanda per aver rilevato una fattispecie i. m. od e. il giudice continua ad assolvere il

¹⁵⁰ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 348-349, nonché gli Autori citati alla nota 22.

¹⁵¹ Nello stesso senso anche BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., pp. 113-114.

¹⁵² GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., p. 247.

compito di pronunciare intorno alla rilevanza giuridica della realtà storica indicata dall'attore; ossia giudica ancora intorno all'esistenza del diritto dedotto in giudizio da quest'ultimo, che sarebbe *contra legem* affermare in presenza di un'altra realtà (ad effetti negativi) che lo esclude»⁽¹⁵³⁾. Sulla base di questa teoria, dunque, si ritiene che il giudice, fin tanto che rimane con la sua decisione nell'ambito del diritto azionato dall'attore, può estendere la propria cognizione e decisione sui fatti estintivi, modificativi ed impeditivi che comunque emergono *ex actis*, essendo comunque indiscutibile il permanere, anche rispetto ad essi, del divieto per il giudice di utilizzare la sua scienza privata⁽¹⁵⁴⁾.

Da ultimo, alcuni brevi cenni debbono essere dedicati all'allegazione "confessoria" dell'attore di fatti estintivi, impeditivi o modificativi sfavorevoli. Abbiamo visto nel paragrafo precedente che, rispetto ai fatti fondanti eccezioni in senso proprio, è sempre necessaria l'allegazione della parte interessata, a nulla rilevando un'eventuale imprudente allegazione, da parte dell'attore, di un fatto allo stesso sfavorevole⁽¹⁵⁵⁾. Ora ci si chiede se la stessa disciplina debba applicarsi anche con riferimento ai "meri" fatti estintivi, modificativi e impeditivi (per esempio, il pagamento). La risposta deve essere negativa. Se dalle dichiarazioni "confessorie" dell'attore emerge che il diritto dedotto in giudizio è venuto meno (totalmente o parzialmente) per il verificarsi di un fatto estintivo, modificativo o impeditivo, il giudice sarà tenuto a rigettare la domanda, essendo chiamato a rendere una decisione giusta⁽¹⁵⁶⁾. In questi casi, la rilevanza officiosa supera il potere/onere di chiedere che del fatto il giudice abbia a tener conto ai fini del giudizio; ma occorre pur sempre che il fatto *de quo*

¹⁵³ GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., pp. 316 ss.

¹⁵⁴ GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., p. 318.

¹⁵⁵ Si è fatto l'esempio della prescrizione che, se non allegata dal convenuto, non può determinare il rigetto della domanda dell'attore anche se quest'ultimo ne abbia "confessato" il verificarsi dell'effetto estintivo.

¹⁵⁶ Si veda Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, ove si afferma che «il regime delle eccezioni si pone in funzione del valore primario del processo, costituito dalla giustizia della decisione, che resterebbe svisato ove anche le questioni rilevabili d'ufficio fossero subordinate ai limiti preclusivi di allegazione e prova previsti per le eccezioni in senso stretto».

appartenga al processo. E tale è certamente un fatto estintivo, impeditivo o modificativo rispetto al diritto dedotto in giudizio che viene dichiarato incautamente dall'attore.

In conclusione, va dunque ritenuto che il potere di rilevazione *ex actis* del giudice dei fatti estintivi, modificativi ed impeditivi oggetto di eccezioni in senso lato deve essere riconosciuto nell'ambito di due limiti: il divieto dell'uso della scienza privata e il divieto di decidere su un fatto che non emerge dagli atti ⁽¹⁵⁷⁾. Di fronte al rilievo d'ufficio di un fatto fondante un'eccezione in senso lato, non utilizzato dalle parti, il giudice dovrà, in ogni caso, stimolare il contraddittorio sul punto, e le parti dovranno essere autorizzate a replicare liberamente in fatto e in diritto, previa eventuale remissione in termini.

9. Il problema dell'introduzione dei fatti secondari

Già si è detto che i fatti secondari non entrano nel processo in base alla loro idoneità a produrre direttamente gli effetti giuridici previsti dalla fattispecie astratta, bensì in funzione della loro capacità di fungere da premessa per interferenze logiche, che il giudice può formulare per trarne conclusioni circa l'esistenza o meno dei fatti principali ⁽¹⁵⁸⁾.

¹⁵⁷ Cfr. anche BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 117, il quale osserva che la tesi espressa nel testo potrebbe trovare applicazione anche con riferimento ai fatti costitutivi non individuatori. Infatti, partendo dalla considerazione che il giudice può rilevare *ex actis* i "meri" fatti estintivi, modificativi o impeditivi perché così facendo non muta la «rilevanza giuridica» della realtà storica indicata dall'attore, lo stesso dovrebbe dirsi anche con riferimento ai fatti costitutivi che non individuano il diritto controverso; ciò in quanto una loro rilevazione da parte del giudice non comporta una differente realtà sostanziale.

¹⁵⁸ Cfr. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 340-341, definisce i fatti secondari ricomprendendovi anche «l'esistenza o l'accadimento di ogni fonte di prova, intesa questa espressione nel significato carneluttiano di «fatti percepiti dal giudice, che gli servono alla deduzione dei fatti da provare»: e così, dunque, oltre alla testimonianza, orale e scritta, dei terzi e delle parti, e oltre agli indizii, anche l'esistenza del documento». L'Autore rileva che tipici fatti secondari sono: gli indizi, il comportamento delle parti, le dichiarazioni di scienza rese da terzi o dalle parti nel giudizio o fuori dallo stesso in quanto assumano nel processo rilevanza probatoria quali dichiarazioni rappresentative di fatti principali o secondari. Cfr. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 10, il quale osserva che «il criterio di selezione e costruzione degli enunciati relativi a fatti secondari è la *rilevanza logica* di questi fatti, ossia il riferimento alle interferenze che possono connettere il fatto secondario a un fatto principale»;

Si tratta a questo punto di capire se il giudice possa o meno fondare la decisione su fatti secondari diversi da quelli allegati dalle parti.

Il problema dell'allegazione dei fatti secondari nel processo civile viene comunemente impostato in termini di raffronto con la disciplina dell'allegazione dei fatti principali. Una parte della dottrina, muovendo dall'aforisma *judex secundum allegata iudicare debet*, ha affermato che tra gli *allegata* rientrano, oltre ai fatti principali, anche i fatti secondari i quali, dunque, non possono essere introdotti d'ufficio dal giudice perché ciò sarebbe incompatibile con il riconoscimento dell'autonomia extraprocessuale ed endoprocessuale delle parti (¹⁵⁹).

Benvenuti ha osservato che, nei processi retti dal «metodo istruttorio dispositivo» (¹⁶⁰), qual è il processo civile domestico, il principio di

il fatto principale, quindi, «funziona come punto di riferimento per la selezione dei fatti secondari».

¹⁵⁹ Così BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., pp. 244 ss., il quale però rileva che al fine di non paralizzare ogni possibilità di intervento del giudice è possibile l'utilizzo di fatti secondari notori o di massime d'esperienza indipendentemente dall'allegazione di parte (pp. 327 ss.); FAZZALARI, *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 593, per il quale «il rispetto dei poteri di allegazione della parte deve intendersi riferito non solo e non tanto ai fatti costitutivi della fattispecie [...] ma anche e innanzitutto ai fatti per così dire *secondari*». Concorda con tale impostazione DE STEFANO, voce *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1981, p. 120. Per CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965 (rist.), p. 728; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., pp. 309 ss., è sempre necessaria l'allegazione dei fatti secondari ad opera delle parti, senza la quale il giudice non può tener conto degli stessi nemmeno se emergenti dagli atti. Secondo MONTESANO, *Invocazione per la prima volta in appello dell'usucapione a fondamento dell'azione di rivendica. Osservazioni in tema di ius novorum e di mutamento di causa petendi in appello*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, I, p. 409, non c'è fatto acquisito nel processo senza volontà e iniziativa delle parti. Cfr. anche G.F. RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, cit., p. 867, secondo il quale l'attore ha l'obbligo di indicare i fatti secondari nell'atto di citazione *ex art. 163 c.p.c.* Rispetto a tale ultima opinione v., in senso contrario, TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 30, nota 103.

¹⁶⁰ BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., pp. 72 ss. e 184 ss., distingue il «sistema» istruttorio dal «metodo» istruttorio: mentre il primo concerne la disciplina della «istruzione primaria», vale a dire della ricerca, nella realtà extra-processuale, dei fatti secondari necessari per la dimostrazione dei fatti principali, il secondo concerne la «istruzione secondaria», ovvero le iniziative *stricto sensu* probatorie. Il «sistema istruttorio» si distingue poi in «sistema dispositivo», consistente «nella necessità che il giudice si attenga nella ricerca della verità ai fatti secondari introdotti dalle parti nel processo, e così nel privare il giudice di ogni potere di agire nella realtà extraprocessuale» e «sistema inquisitorio», consistente «nella possibilità attribuita al giudice di ricercare fuori dal processo, mediante una attività ufficiale, i fatti secondari di cui possono dipendere sia la dimostrazione, sia l'esatta configurazione del fatto principale

acquisizione non opera con riferimento alla formazione del *thema probandum* per cui anche i fatti secondari emergenti dagli atti di causa (così come i fatti introdotti dalla parte controinteressata) non sarebbero validamente introdotti nel processo in assenza di uno specifico «atto dispositivo», e il giudice non potrebbe assumere un fatto se la parte non abbia fatto della dichiarazione del fatto stesso il contenuto di una manifestazione negoziale di volontà ⁽¹⁶¹⁾. Lo stesso Benvenuti ha tuttavia riconosciuto che la sua conclusione si attesta solo con riferimento al processo caratterizzato dal «metodo istruttorio dispositivo» (come il processo civile domestico) mentre in quei processi retti dal «metodo istruttorio acquisitivo» (come il processo amministrativo), tale ultimo principio opera rispetto a qualunque fatto implicitamente o esplicitamente introdotto nel

affermato» (BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 184). Per Benevenuti, sia il processo civile, sia il processo amministrativo sono retti dal «sistema istruttorio dispositivo», nel senso che il giudice, in entrambi i casi, deve rigorosamente attenersi ai fatti introdotti dalle parti (BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 184). All'interno del «sistema dispositivo» si distinguono due figure di «metodo istruttorio»: da un lato il «metodo istruttorio dispositivo», per cui l'allegazione del fatto secondario è rilevante solo se la parte manifesti la volontà di introdurlo nel processo mediante una dichiarazione con efficacia vincolativa; dall'altro lato il «metodo istruttorio acquisitivo», secondo cui l'allegazione del fatto secondario «non si manifesta come negozio giuridico di disposizione, ma come un mero atto di introduzione» il cui contenuto è destinato a divenire contenuto del provvedimento acquisitivo del giudice, vale a dire del provvedimento con cui il giudice, *ex officio*, dispone o ammette le prove (BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., pp. 206 ss., 232, 248 ss., 282 ss., 285).

¹⁶¹ Per BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., pp. 141 ss. e 181 ss., il giudice può assumere un fatto (principale o secondario) a fondamento della decisione se la parte abbia manifestato la volontà di utilizzare tale fatto, ossia abbia disposto del fatto stesso all'interno del processo (p. 232) «mentre se ci si voglia avvalere di un fatto solamente dichiarato ma non affermato da una parte, occorre fare di tale dichiarazione l'oggetto di un proprio autonomo negozio dispositivo» (p. 247). Sulla base di questa premessa Benvenuti nega «ogni possibilità di disposizione del giudice anche sul materiale introdotto nel processo ma di cui le parti non abbiano disposto» (p. 211). Critico CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 128 ss., secondo il quale la suggestiva costruzione operata da Benvenuti non trova convincente giustificazione nella concreta disciplina dei processi civile e amministrativo (su queste critiche v. anche nota successiva). Cavallone rileva peraltro che attribuire natura negoziale a quegli atti con i quali la parte dovrebbe manifestare la volontà di avvalersi dei fatti appare una forzatura, giustificando tale impostazione sulla base della considerazione, in sé pacifica, che talvolta l'introduzione del fatto coincide con la prova dello stesso, sicché è logicamente e praticamente impossibile distinguere tra l'attività materiale di mera introduzione di un fatto e quella volontaria di «far valere» lo stesso.

processo, e perfino su «ogni fatto che risulti da[lla] prova intendendosi che esso sia implicitamente introdotto nel processo»⁽¹⁶²⁾.

Al fine di fondare l'esclusione del potere del giudice di rilevare d'ufficio fatti secondari si è richiamato il principio di imparzialità del giudice⁽¹⁶³⁾, l'autonomia delle parti rispetto alla situazione sostanziale dedotta in giudizio⁽¹⁶⁴⁾ e l'assenza di riferimenti normativi che giustifichino una tale ingerenza del giudice⁽¹⁶⁵⁾.

Altra parte della dottrina ha, al contrario, sostenuto che i fatti secondari o semplici si sottraggono alla signoria della parte e possono essere

¹⁶² BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., pp. 302-303, ritiene che sia nel processo civile sia in quello amministrativo vige il medesimo *sistema istruttorio*, ossia quello dispositivo, per cui il giudice deve attenersi rigorosamente ai fatti (principali o secondari) introdotti dalle parti. Ciò che distingue i due processi è il *metodo istruttorio* nel senso che nel processo civile vige il «metodo istruttorio dispositivo» mentre nel processo amministrativo si rinviene il «metodo istruttorio acquisitivo» (sulla distinzione v. nota precedente). Nel primo caso la dichiarazione di un fatto è rilevante solo in quanto la parte manifesti la volontà di introdurlo nel processo onde avvalersene; nel secondo caso, invece, l'introduzione del fatto non si manifesta come negozio giuridico di disposizione, ma come mero atto di introduzione, il cui contenuto è destinato a diventare contenuto del provvedimento acquisitivo del giudice.

In argomento v. anche CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 34 ss. e 129 ss., il quale afferma che la distinzione tra «metodo istruttorio dispositivo» e «metodo istruttorio acquisitivo» non trova convincente giustificazione nella concreta disciplina dei processi civili e amministrativi. Secondo Cavallone è una forzatura attribuire natura negoziale agli atti qualificati dal Benvenuti come «affermazioni di prova» (ad. es. la richiesta di prova testimoniale, la produzione di documenti ecc.) mediante i quali viene manifestata la volontà di avvalersi dei fatti introdotti. Da ciò consegue un'impossibilità (logica e pratica) di distinguere l'attività «materiale» di mera introduzione del fatto nel processo dall'attività «volontaria», manifestatasi nella volontà di far valere i fatti introdotti. Viceversa è possibile distinguere – secondo l'Autore – il momento dell'introduzione dei fatti nel processo da quello della prova degli stessi.

¹⁶³ MONTESANO-MAZZIOTTI, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli, 1974, p. 104, che richiamano il pensiero di LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., pp. 562 ss., secondo cui «l'imparzialità e la neutralità del giudice possono rimanere psicologicamente compromesse, qualora gli incomba anche il compito e la responsabilità di rilevare i fatti influenti per la decisione e di cercare i mezzi idonei a provarli». Si noti però che questa estraneità del giudice viene individuata nel combinato disposto degli artt. 2967 c.c. e 115 c.p.c. Il rilievo *de quo* è di BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 124, nota. 42.

¹⁶⁴ FRANCHI, *La perizia civile*, cit., p. 159. Cfr. anche BENVENUTI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo*, cit., p. 142.

¹⁶⁵ VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, p. 37.

rilevati liberamente d'ufficio dal giudice, sempre che gli stessi emergano dall'istruttoria o siano affermati dalla parte controinteressata ⁽¹⁶⁶⁾.

La giustificazione di tale soluzione è stata individuata nella diversa struttura dei fatti principali rispetto a quelli secondari: mentre questi ultimi servono per provare l'esistenza o il modo d'essere di un fatto giuridico, e quindi hanno una funzione meramente strumentale ai fini del convincimento del giudice sul modo di essere dei fatti principali, i primi svolgono la funzione di produrre direttamente gli effetti giuridici previsti da un'apposita norma ⁽¹⁶⁷⁾. Pertanto, i fatti secondari, in quanto atti di valore puramente conoscitivo, possono essere rilevati *ex actis* dal giudice, mentre i fatti principali, in quanto delimitano il *thema decidendum* e incidono sulla situazione sostanziale dedotta in giudizio, sono rimessi alla signoria delle parti ⁽¹⁶⁸⁾. In altri termini, l'eventuale rilevazione d'ufficio di fatti

¹⁶⁶ LAUDISIA, *Il ritiro della dichiarazione di verità*, cit., p. 35, per la quale le affermazioni di fatti secondari «si possono definire asseverazioni» e, in quanto dichiarazioni di scienza, si sottraggono dal monopolio della parte; VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro*, cit., pp. 227 ss. (v. anche, dello stesso Autore, *Profili del processo civile*, Parte generale, IV ed., cit., p. 117, ove distingue tra attività c.d. assertiva, avente la funzione di inserire i fatti (principali e secondari) nel processo, ed attività c.d. asseverativa, con funzione di fornire al giudice elementi di convincimento. Secondo l'Autore, nell'ambito dell'attività c.d. assertiva «mentre è sicuro il vincolo del giudice quanto ai fatti c.d. principali, non egualmente è sicuro che tale vincolo si estenda ai c.d. fatti secondari»); PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, p. 606; ID., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 233; ID., *L'istruzione della causa*, in *Le controversie in materia di lavoro*, a cura di Proto Pisani, Pezzano, Barone, Andrioli, II ed., Bologna-Roma, 1987, p. 711, ove si afferma che «i fatti secondari rilevano solo sul piano funzionale come temi di prova indiretta e non anche come elementi di identificazione del diritto dedotto in giudizio; ne segue che in ordine ad essi il giudice incontrerà gli stessi limiti che incontra in ordine alle fonti materiali di prova, senza quindi che si possa affermare che l'onere di allegazione si estenda anche ai fatti secondari»; COMOGLIO, voce *Allegazione*, cit., p. 279; ID., *Tutela dei diritti*, in *Trattato di diritto privato*, dir. da P. Rescigno, p. 180; TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, cit., p. 351 ss.; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 13. Cfr. poi CAPPELLETTI, *La testimonianza nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 341 ss., il quale si spinge oltre come meglio si spiegherà subito nel testo, affermando che il giudice può promuovere l'acquisizione dei fatti secondari di cui abbia conoscenza privata attraverso l'accorto uso dell'interrogatorio delle parti attraverso un'iniziativa probatoria d'ufficio, «senza che per ciò il processo cessi di essere perfettamente conforme alla massima del potere monopolistico delle parti sull'oggetto del giudizio, ossia al principio dispositivo» (p. 341); TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., pp. 30 ss., il quale ravvisa comunque dei limiti per il giudice circa i fatti secondari; limiti discendono dal divieto di scienza privata e dal rispetto del principio del contraddittorio.

¹⁶⁷ BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 121.

¹⁶⁸ BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., pp. 121-122.

secondari non specificamente allegati dalle parti non determina una diversa *res in iudicium deducta* in quanto la *causa petendi* resta immutata. Il potere di iniziativa giudiziale, dunque, non lede in alcun modo il potere monopolistico delle parti di fissare l'oggetto del giudizio sul quale il giudice dovrà pronunciarsi, ma riguarda solo il modo in cui il giudice, nei limiti di quella *res*, dovrà esercitare la funzione giurisdizionale⁽¹⁶⁹⁾.

Anche Cappelletti è giunto alla conclusione per cui i fatti secondari (analogamente ai fatti costitutivi fondanti un rapporto di diritto pubblico, ai fatti estintivi, modificativi o impeditivi c.d. “meri”, ai fatti solo processualmente rilevanti) possono essere introdotti nel processo a prescindere dall'allegazione di parte, sottraendosi a quello che l'Autore ha definito come principio dispositivo in senso proprio (cioè la *Dispositionmaxime*), per collocarsi teoricamente nell'ambito del principio dispositivo in senso improprio (cioè la *Verhandlungsmaxime*). In realtà, l'introduzione di tali fatti si sottrae, *de iure condito*, anche al vigore della *Verhandlungsmaxime*⁽¹⁷⁰⁾ in quanto tali fatti – nella dottrina di Cappelletti – non solo possono essere conosciuti dal giudice seppur non allegati dalla parte interessata poiché, in ipotesi, introdotti nel processo dalla parte alla quale nuociono o emergano dai documenti prodotti o siano notori⁽¹⁷¹⁾, ma addirittura possono essere introdotti d'ufficio dal giudice (anche quando ne abbia avuto

¹⁶⁹ CAPPELLETTI, *La testimonianza nel sistema dell'oralità*, cit., p. 343, secondo il quale l'attribuzione al giudice del potere di rilevare fatti secondari inciderebbe sul principio di trattazione (*Verhandlungsmaxime*) e, dunque, sullo svolgimento del processo, non anche sul principio dispositivo. A giustificazione di questa tesi vengono richiamate quelle norme che attribuiscono al giudice, in sede di esame dei testimoni, il potere di rivolgere d'ufficio domande su fatti *hinc inde* non allegati (età, rapporti con la parte, interesse nella causa, modalità e fonte della conoscenza del fatto ecc.) che servono al giudice stesso per valutare l'attendibilità del teste e per meglio comprendere la verosimiglianza dei fatti oggetto della prova testimoniale.

¹⁷⁰ Il rilievo è di CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 41-42.

¹⁷¹ Sul punto v. le considerazioni di CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 117 ss., il quale distingue tra «fonti di prova» che esistono e accadono nel processo e «fonti di prova» extraprocessuali, aggiungendo che rispetto alle prime non si pone un problema di introduzione e accertamento nel processo, perché ciò che accade nel processo è di per sé validamente noto al giudice, senza divenire oggetto di ulteriore introduzione e prova (si pensi, ad esempio, alla produzione di un documento o alle dichiarazioni rese dal teste in udienza).

conoscenza privata) utilizzando a tal uopo i poteri di iniziativa istruttoria previsti dalla legge ⁽¹⁷²⁾.

Cavallone ⁽¹⁷³⁾, dopo aver rilevato che la scelta tra le due soluzioni opposte – quella di Benvenuti e quella di Cappelletti – si rileva illusoria non appena confrontata con il dato normativo vigente, ha osservato che, da un lato, l’art. 112 c.p.c., nell’enunciare il divieto di extrapetizione rispetto ai fatti giuridici, nulla dispone con riferimento ai fatti secondari; dall’altro lato, l’art. 115 c.p.c., nel prevedere la disciplina del principio dispositivo in materia di prove, non fa menzione alcuna delle allegazioni. Tuttavia, quest’ultima disposizione – aggiunge Cavallone – se attentamente interpretata può fornire una prima base testuale per la risoluzione del problema affrontato nel presente paragrafo. Ed infatti tale norma, nell’affermare che il giudice deve decidere sulla base delle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, intende riferirsi non già alle prove, bensì a quelle fattispecie che tecnicamente vengono definite “risultanze probatorie” o “risultanze istruttorie”, le uniche che possano essere poste a fondamento di una decisione giudiziale. Parlare di “risultanze probatorie” o “istruttorie” significa poi far riferimento a quanto emerge dall’attività istruttoria, e dunque a tutti gli elementi di convincimento che il giudice può utilizzare ai fini della decisione (ammissioni, presunzioni ecc.) ⁽¹⁷⁴⁾. Inoltre, l’art. 115 c.p.c. nemmeno distingue, esplicitamente o implicitamente, tra soggetti interessati o non interessati, onerati o non onerati, limitandosi a chiarire che il giudice può (*rectius* deve) decidere sulla base delle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero. Per tale via, dunque, dovrebbe accogliersi l’idea di Cappelletti per cui i fatti secondari che emergono dall’istruttoria o che siano affermati dalla controparte possano essere utilizzati dal giudice ai fini della decisione.

Tale soluzione, inoltre, sembra essere imposta dal principio di acquisizione processuale ⁽¹⁷⁵⁾, inteso come principio per il quale i risultati

¹⁷² CAPPELLETTI, *La testimonianza nel sistema dell’oralità*, cit., p. 341 e 350 ss.

¹⁷³ CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 124 ss.

¹⁷⁴ Tale soluzione trova un antecedente nell’art. 296, comma primo, del Progetto Carnelutti: «il giudice stabilisce i fatti secondo ciò che risulta dal processo o dalla pubblica notorietà».

¹⁷⁵ CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 126 ss.

delle attività istruttorie sono comuni a tutte le parti ⁽¹⁷⁶⁾, e troverebbe altresì conferma nella giurisprudenza, seppur risalente, secondo cui «il potere dispositivo delle parti è, a prova raccolta, superato dal principio di acquisizione, il quale rende comuni alle parti i risultati delle rispettive attività, e consente al giudice di attingervi senza discriminazione per la formazione del suo convincimento» ⁽¹⁷⁷⁾. E proprio tale «felice definizione» del principio di acquisizione processuale, che guarda non solo ai rapporti tra le parti bensì anche quelli tra queste ultime e il giudice, è servita a Cavallone per fornire una definizione di principio dispositivo ⁽¹⁷⁸⁾ e per trarre dall'art. 115 c.p.c. una risposta al quesito se il principio di acquisizione operi anche con riguardo al *thema probandum*.

Secondo Cavallone, si devono ritenere validamente acquisiti al processo tutte le prove e tutti i temi di prova che «emergano» dagli atti, ferma restando la necessità di allegazione dei fatti giuridici – quanto meno quelli individualizzatori – stante il divieto di extrapetizione; tale conclusione risponderebbe a insuperabili esigenze pratiche di economia processuale, mentre la soluzione opposta imporrebbe alle parti di enunciare analiticamente tutte le circostanze, ivi comprese quelle marginali, e si risolverebbe in un'esasperazione formalistica della disciplina dell'istruzione

¹⁷⁶ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., cit., p. 748, secondo il quale «alorché l'attività di una parte è perfetta e completa per produrre i suoi effetti giuridici, questi possono essere utilizzati dall'altra parte». In senso analogo v. ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, pp. 260 ss.; MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, rist. 1967, p. 148.

¹⁷⁷ Così Cass., 11 aprile 1959, n. 1072, in *Foro it.*, 1959, I, cc. 755 ss.; Cass., 11 dicembre 1964, n. 2861, in *Giust. civ.*, 1965, I, pp. 1472 ss., con nota adesiva di SAMMARCO, *Una tipica manifestazione del processo come gara*; Cass., 2 aprile 1965, n. 567, in *Giust. civ.*, 1965, I, pp. 1132 ss.

¹⁷⁸ CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 127 ss. osserva che «il principio dispositivo può essere riguardato, in astratto, da due punti di vista opposti e complementari: dall'uno, che potremmo identificare con quello delle parti, esso appare come il riconoscimento di un loro potere dispositivo sul materiale istruttorio; dall'altro, che potremmo identificare con quello del giudice, esso appare piuttosto come un limite imposto ai poteri di quest'ultimo». L'Autore aggiunge che «in concreto, se davvero il principio di acquisizione processuale vige anche nei rapporti tra parti e giudice, è necessario ammettere che soltanto il secondo punto di vista risponde ad una considerazione obiettiva dei fenomeni processuali». Il principio di acquisizione – chiosa Cavallone – «è un corollario naturale del principio dispositivo».

(¹⁷⁹). Di talché, se ben comprendiamo, non sarebbe necessaria la previa (o successiva) allegazione – o, mutuando le parole di Benvenuti, un «atto dispositivo» volto a «far valere» un determinato fatto – affinché il fatto secondario introdotto nel processo a seguito dell'attività istruttoria (vuoi con la produzione di un documento in cui tale fatto è dichiarato, vuoi con l'escussione della prova testimoniale in cui viene affermato il fatto medesimo, vuoi con l'affermazione esplicita della controparte, ecc.) possa essere utilizzato dal giudice ai fini della decisione.

Lo stesso vale – secondo Cavallone – anche quando il fatto secondario e la sua *positio* emergano anziché dalle dichiarazioni di parte o dalle prove assunte/prodotte su iniziativa delle stesse, dalle prove assunte *ex officio*, qui distinguendo tra le iniziative probatorie che il giudice può assumere in funzione sussidiaria/integrativa dell'attività delle parti (per esempio, i poteri concessi al giudice del lavoro) da quelle strettamente a lui riservate anche in un processo retto dal principio dispositivo in quanto inerenti le funzioni istituzionali del giudice (per esempio, la consulenza tecnica o l'ispezione). Nel primo caso, l'attività del giudice va considerata sullo stesso piano di quella delle parti, e anche gli effetti non mutano; nel secondo caso, con la proposizione della domanda o dell'eccezione la parte assume su di sé il rischio della possibilità che il giudice si avvalga dei poteri riconosciuti dalla legge, accettandone le conseguenze (favorevoli o sfavorevoli) (¹⁸⁰).

Al contrario, secondo Cavallone, il giudice non può introdurre nel processo fatti secondari a lui noti solo privatamente, nemmeno facendone il tema di alcuna delle prove che la legge gli consente di promuovere d'ufficio (¹⁸¹) in quanto, innanzitutto, l'art. 115 c.p.c. vincola il giudice anche con riguardo alla formazione del *thema probandum*, implicitamente

¹⁷⁹ CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 134-135, il quale sembra riferirsi a principio di autoresponsabilità laddove afferma che «la parte, producendo una prova o chiedendone l'assunzione, con ciò stesso introduce nel processo, a proprio rischio come a proprio vantaggio, tutto quanto in concreto può risultare dalla produzione o dall'assunzione».

¹⁸⁰ CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 135 ss.

¹⁸¹ CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 141. *Contra*: CAPPELLETTI, *La testimonianza nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 352-353, il quale attribuisce alla formale assunzione della prova la funzione di “purgare” il vizio d'origine della conoscenza giudiziale del fatto, trasformandola da “privata” in “pubblica”.

escludendo iniziative giudiziali su quest'ultimo piano; inoltre, le diverse previsioni di legge cui fa riferimento l'art. 115 c.p.c. nemmeno autorizzano esplicitamente un intervento giudiziale nella formazione del *thema probandum* ⁽¹⁸²⁾.

Cavallone precisa, quindi, che la regola per cui il giudice è vincolato ai fatti allegati dalle parti riguarda anche i fatti secondari se si applica un'interpretazione del principio dispositivo che si riferisca al momento della formazione del *thema probandum*. Al contrario – come visto *supra* –, quando la regola della vincolatività si riferisce al momento della formazione del *thema decidendum* «sarebbe logico restringerne la portata a quanto riguarda i fatti giuridici».

10. Il problema dell'introduzione dei fatti notori

Veniamo ora all'allegazione del fatto notorio, ossia quel «fatto la cui verità appartiene o può essere immediatamente acquisita alla cultura normale dei componenti di un determinato gruppo sociale» ⁽¹⁸³⁾.

¹⁸² Cfr. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 146 ss., il quale a tal uopo richiama gli artt. 61, 117, 118, 213, 253, primo comma, 254, 257 ss., 317, primo comma, 439, primo comma, c.p.c. e l'art. 2736, comma primo, c.c. Per la dimostrazione di quanto affermato v. *amplius* pp. 147 ss.

¹⁸³ In questi termini CHIARELLI, *La definizione giuridica del fatto notorio*, in *Arch. Giur.*, 1927, pp. 227 ss.; ma vedi anche CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, p. 314; ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, p. 8; DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, Milano, 1967, pp. 57 ss.; ID., voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, 1967, p. 1007. La dottrina formatasi a commento del concetto di «fatto notorio» è assai ampia, pur se in buona parte risalente. Per una prima panoramica cfr. CERNELUTTI, *Massime d'esperienza e fatti notori*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, pp. 639 ss.; CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 137 ss.; ID., *Il divieto di utilizzazione della scienza privata*, cit., pp. 861 ss.; GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., pp. 1298 ss.; TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, pp. 438 ss.; DITTRICH, *Appunti per uno studio del fatto notorio giudiziale*, in *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, vol. I, pp. 819 ss. Sulle conseguenze derivanti dallo sviluppo di internet rispetto al tema dei fatti notori cfr. F. FERRARI, *Il fatto notorio e la rete Internet: un rapporto difficile*, in *Problemi relativi alla prova nel processo civile, Atti dell'incontro di studio*, Como, 16 maggio 2014, Bologna, 2016, pp. 87 ss., nonché in AIDA, 2015, pp. 383 ss.; DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1, pp. 123 ss., il quale osserva che il fatto che il giudice possa consultare internet comporta la messa in discussione, oltre che del principio

Partendo dal dato normativo, l'art. 115, secondo comma, c.p.c. stabilisce che il giudice può «senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comunque esperienza»¹⁸⁴), con l'ulteriore specificazione che, ai sensi dell'art. 97 disp. att. c.p.c., «il giudice non può ricevere private informazioni sulle cause pendenti davanti a sé, né può ricevere memorie se non per mezzo della cancelleria».

Dall'art. 115 c.p.c. emerge subito che i fatti notori non hanno bisogno di essere provati, poiché si ritiene che il giudice possa assumerli come veri, traendone la conoscenza dalla «comune esperienza». Sotto questo profilo, si è sostenuto che l'art. 115 c.p.c. avrebbe incorporato l'antico brocardo latino *notoria non egent probatione*, configurando il potere del giudice come un'eccezione al divieto di ricorso alla scienza privata enunciato nel primo comma della medesima disposizione¹⁸⁵). Tuttavia, l'art.

dispositivo, anche dell'onere di allegazione e il correlativo divieto del giudice di utilizzazione della scienza privata, «con una potenziale eversione dei principi fondamentali del processo civile».

¹⁸⁴ È noto che dall'art. 115 c.p.c. si desume il divieto per il giudice di fare uso della propria scienza privata. Un Autore ha peraltro affermato che da tale norma si evince anche il dovere del giudice di conoscere solo i fatti a cui le parti si sono espressamente richiamate (così CECHELLA, *I poteri di iniziativa probatoria del giudice del lavoro*, in *Giust. civ.*, 1985, II, pp. 65 ss., ove si legge: «il giudice potrà conoscere, relativamente alla fattispecie su cui si deve pronunciare, solo i fatti a cui le parti si sono espressamente richiamate oppure, nei casi in cui ha accesso nel processo civile, quelli dedotti dal pubblico ministero»). Il principio – continua Cecchella – «si desume sul piano del diritto positivo dalla disposizione dell'art. 115, secondo comma, c.p.c., ove si consente al giudice di tener conto, benché prive di allegazione e prova ad iniziativa delle parti, delle sole “nozioni di fatto che entrano nella comune esperienza”». Critico BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit. p. 90, il quale rileva che dall'art. 115 c.p.c. si desume solo che il giudice può porre a fondamento della decisione i fatti notori senza bisogno di prova, non anche senza bisogno di allegazione.

¹⁸⁵ Cfr. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 49, il quale afferma che «i fatti notori, non farebbero parte del *thema probandum*»; ID., *Poteri del giudice. sub art. 115*, in *Commentario al codice di procedura civile* (a cura di Chiarloni), Bologna, 2011, pp. 496 ss.; DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., pp. 999 ss., il quale precisa che la “notorietà” del fatto sussiste in quanto esso possa considerarsi come conosciuto da un uomo di media cultura in un dato tempo e luogo (pp. 1000 ss.) e riconosce anche la notorietà *relativa*, limitata alla cultura media di una specifica cerchia sociale (p. 1003), e la notorietà *locale*, propria di gruppi di persone che risiedono nello stesso luogo (p. 1004); CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 297 ss.

115 c.p.c., oltre a non chiarire il significato di «nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza»⁽¹⁸⁶⁾, nemmeno precisa se vi sia, oltre a una *relevatio ab onere probandi*, anche una dispensa dall'onere di allegazione. La soluzione a questo interrogativo è di notevole importanza ai nostri fini perché, in un caso (quando, oltre all'esonero dalla prova, vi è anche l'esonero dall'allegazione) il giudice potrà prendere in considerazione il fatto notorio ancorché non affermato dalle parti; nell'altro caso (se vi è solo esonero dell'*onus probandi*) perché il giudice possa utilizzarlo ai fini della decisione sarà sempre necessaria l'allegazione del fatto notorio.

Iniziamo col dire che la questione è controversa e ha ricevuto diverse soluzioni in dottrina. Secondo alcuni Autori, sarebbe sempre necessaria l'allegazione dei fatti notori a opera delle parti affinché il giudice possa tenerne conto per la decisione⁽¹⁸⁷⁾; ciò in quanto l'art. 115 c.p.c. dispenserebbe la parte dall'onere di provare il fatto notorio, non anche da quello di allegazione⁽¹⁸⁸⁾.

Secondo altri Autori, invece, il fatto notorio è sempre efficacemente acquisito al processo, a prescindere dall'affermazione della parte; ciò in quanto i fatti notori sfuggono, per espressa indicazione normativa,

¹⁸⁶ Per LEONE, *Contributo allo studio delle massime di esperienza e dei fatti notorii*, in *Ann. Fac. Giur. Bari*, 1954, p. 51 ss., il legislatore sembra aver consapevolmente voluto riferirsi sia alle massime d'esperienza sia ai fatti notori. Anche TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 49, ricorda che è opinione generalmente condivisa quella per cui nelle «nozioni di fatto della comune esperienza» rientrano anche i fatti notori.

¹⁸⁷ DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, pp. 264 ss.; MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, cit., p. 27; GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1311; ID., *La pronuncia d'ufficio*, cit., pp. 96 ss.; ID., *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 608; MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, III, p. 16. *Contra*: CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 136 ss. (spec. p. 137, nota 73 per ulteriori riferimenti bibliografici), secondo il quale tale soluzione sembrerebbe mossa da una non meditata estensione del principio *ne eat iudex* anche al di fuori dell'ambito dei fatti giuridici; DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., p. 1008, secondo il quale «il notorio libera anche dall'onere dell'affermazione, almeno entro certi limiti» che l'Autore individua nei fatti costitutivi del diritto per i quali permane l'onere di affermazione in capo alla parte (p. 1009).

¹⁸⁸ *Contra*: MONTESANO, *Osservazioni sui fatti notori*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III, pp. 226-227; DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, Milano, 1967, pp. 63-64; BENVENUTI *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., p. 329, testo e nota 38, secondo i quali manca qualsiasi base testuale per supporre che debba risultare dall'istruttoria la *positio* delle massime di esperienza o dei fatti notori.

dal divieto di utilizzo della scienza privata da parte del giudice, in quanto appartengono a una scienza ufficiale (¹⁸⁹), per cui possono essere legittimamente usati dal giudice anche in assenza di una manifestazione di volontà delle parti. Tale opinione troverebbe – secondo la tesi in esame – ulteriore giustificazione, oltre che nella precipua funzione e nella struttura dei fatti notori, nel dato normativo, posto che l'art. 115 c.p.c. non prevede un obbligo delle parti di allegare i fatti notori. Inoltre, «l'esonero del notorio dalla affermazione deriva anche dallo spirito della legislazione vigente, nella quale al giudice sono affidati larghi poteri ed ampie iniziative per la determinazione della materia della controversia, come si ricava da una serie di norme (ad es. art. 213 c.p.c.) dalle quali si desume che, se all'organo giudicante è data libertà di attingere a conoscenze per così dire ufficiali, senza che siano necessarie allegazioni previe delle parti, lo stesso deve valere quando si tratti di conoscenze ancor maggiormente garantite, come quelle che formano il patrimonio conosciuto della pubblica scienza» (¹⁹⁰).

¹⁸⁹ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 733, per il quale il giudice può tener conto dei fatti notori (sia che si tratti di un fatto principale sia secondario) «indipendentemente dalla affermazione che ne faccia o dalla prova che ne dia una parte» ed indica quale esempio di fatto notorio principale la morte di una persona che sia il sorgere del diritto di una parte; CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Studi sul processo civile*, vol. II, Padova, 1931, pp. 302 ss.; MAZZARELLA, *Appunti sul fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1934, pp. 73 ss.; BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., p. 148, nota 32; DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., p. 1009, e già in *Il notorio nel processo civile*, cit., pp. 64 ss., per il quale «l'affermazione di parte resta indispensabile per i fatti fondamentali, costituenti le ragioni della domanda, ossia la *causa petendi*»; MONTESANO, *Osservazioni sui fatti notori*, cit., p. 224, ritiene che l'esenzione dell'allegazione non riguardi i fatti la cui individuazione sia essenziale per la determinazione della domanda; DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., p. 1009, per il quale «i fatti non giuridici, rappresentativi o presuntivi [...] i fatti ausiliari [...] rientrano indubbiamente nella dispensa dall'onere dell'affermazione, quando siano notori». Cfr. poi TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 52, il quale rileva che «poiché il notorio non ha bisogno di essere provato, non occorre che la parte lo allegghi perché il giudice possa tenerne conto» ma la necessità o meno dell'allegazione si risolve con riferimento alla disciplina della nullità della citazione *ex art. 164 n. 4 c.p.c.* per mancata indicazione di un fatto costitutivo. L'opinione espressa dall'Autore deriva dalla sua concezione dell'allegazione come atto avente la funzione di determinare i fatti da provare; funzione che ovviamente non riguarda i fatti notori per i motivi trattati nel testo. Critico CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 136 ss. (spec. p. 137, nota 743 per ulteriori riferimenti bibliografici), per il quale l'opinione che il fatto notorio sia sempre efficacemente acquisito al processo, anche in assenza dell'affermazione delle parti, «sembra muovere da altrettanto poco meditate considerazioni di «buon senso»».

¹⁹⁰ Così DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., pp. 1008-1009.

Un'altra corrente di pensiero, che potremmo definire intermedia e assolutamente dominante, distingue tra fatto principale notorio e fatto secondario notorio. Secondo questa dottrina, il giudice può tener conto dei fatti secondari notori, ancorché non allegati dalle parti, mentre rispetto ai fatti principali notori vige sempre la signoria delle parti⁽¹⁹¹⁾. In altri termini, i fatti secondari notori sarebbero validamente acquisiti al processo anche in assenza dell'allegazione poiché, rispetto agli stessi, la posizione delle parti e del giudice sul piano extra-processuale è la medesima di modo che «non esiste una posizione di autonomia extraprocessuale delle parti nei confronti di quei fatti, che debba essere tutelata»⁽¹⁹²⁾. Si è comunque osservato che, se è vero che il giudice non potrà tenere conto *ex officio* di un fatto costitutivo oppure di un fatto impeditivo o estintivo efficace *ope exceptionis* notorii, è altresì vero che egli avrà il potere-dovere di avvertire la parte della notoria esistenza di quel fatto, affinché essa possa, se crede, farlo valere in giudizio.

¹⁹¹ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 350-351, il quale aggiunge che possono essere rilevati dal giudice d'ufficio non solo i fatti notori secondari ma anche i fatti impeditivi o estintivi efficaci *ipso iure* che siano notori; CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 136 ss., spec. p. 137, testo e nota 75 per ulteriori riferimenti anche alla dottrina tedesca, il quale in proposito richiama il principio di economia processuale; VERDE, voce *Prova (teoria generale e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, p. 618, nota 244, ove precisa che «concretandosi lo stesso [il fatto notorio, ndr] di solito in un cosiddetto fatto secondario, è frequente il caso che il giudice lo assuma d'ufficio»; MONTESANO, *Osservazioni sui fatti notori*, cit., p. 227; ID., *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice*, cit., p. 198, nota 22; ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, pp. 9 ss. e 14 ss. V. però BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 128, secondo il quale la libera utilizzabilità del notorio è impedita solo rispetto ai fatti costitutivi individuatori del diritto dedotto in giudizio e dei fatti impeditivi, estintivi e modificativi efficaci *ope exceptionis*. Per gli altri fatti (principali o secondari) il problema della libera utilizzabilità del notorio deve essere verificato con riferimento alla struttura del processo; PAVANINI, *Massime di esperienza e fatti notorii in Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, pp. 247 ss.; BENVENUTI *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., pp. 327 ss.; MONTESANO, *Osservazioni sui fatti notori*, pp. 222, spec. p. 227; DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, pp. 62 ss. e ora nella voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., pp. 999 ss.; LEONE, *Contributo allo studio delle massime di esperienza e dei fatti notorii*, pp. 48-49; PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, Bologna-Roma, 1987, pp. 68 ss. In senso critico TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 52, il quale osserva che il problema ha scarsa rilevanza pratica essendo pressoché impossibile che un fatto principale sia notorio. Nello stesso senso anche CAPPELLETTI, *La testimonianza nel sistema dell'oralità*, cit., p. 342, nota 7.

¹⁹² BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., pp. 328-329, nota 37.

11. *Il problema dell'introduzione dei fatti solo processualmente rilevanti*

Secondo Cappelletti, si sottraggono al vigore del divieto per il giudice di decidere *extra allegata* quei fatti «(costitutivi, estintivi, impeditivi) riferentisi, anziché al rapporto *privato* dedotto in giudizio, ad una situazione di diritto pubblico, o interessanti comunque l'ordine pubblico»⁽¹⁹³⁾, salvo che una norma disponga diversamente. Nel seguito del discorso, Cappelletti limita il proprio pensiero nel senso che i fatti attinenti a un rapporto o a una situazione di diritto pubblico, o comunque interessanti l'ordine pubblico, sono solo quelli che una parte della dottrina germanica ha efficacemente definito come (solo) processualmente rilevanti (*nur prozessual erhebliche Tatsachen*)⁽¹⁹⁴⁾. Tali fatti non attengono al merito della controversia dedotta in giudizio, bensì all'esistenza dei “presupposti processuali”, all'ammissibilità di atti processuali, e via dicendo. Essi sono quelli attinenti alla *potestas iudicandi* del giudice adito (giurisdizione e competenza), alla capacità processuale delle parti o, in genere, ai presupposti processuali, all'ammissibilità degli atti processuali (per esempio del deferimento o riferimento del giuramento *ex art. 2739 c.c.*) o, in alcuni casi, alla loro regolarità formale *ex art. 157, comma primo, c.p.c.*⁽¹⁹⁵⁾.

¹⁹³ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 343-344. Cfr. anche CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., vol. I, pp. 315-316, il quale osserva che «quando una circostanza interessa l'ordine pubblico, normalmente non è rimessa alla iniziativa del convenuto farla valere nel processo, e quindi il giudice deve valutarla d'ufficio». Però eccezionalmente «anche quando una circostanza interessa l'ordine pubblico, la legge può benissimo subordinare alla volontà e all'iniziativa del convenuto, come principale interessato, la valutazione di quella circostanza nel processo». In senso conforme v. anche CERNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 19, il quale afferma che l'accertamento dei presupposti processuali sarebbe dominato dal «principio di officialità».

¹⁹⁴ Cfr. E. PETERS, *Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozess*, Köln-Berlin, 1962, pp. 77 ss., citato da CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 163, nota 149. L'Autore da ultimo citato osserva, a p. 162, come la nozione di fatti attinenti ad un rapporto di diritto pubblico o interessanti l'ordine pubblico fatta propria da Cappelletti vada intesa in senso più ristretto di quello letterale, escludendosi i fatti che concorrono a formare l'oggetto e che quindi attengono al merito della causa. Sul punto v. anche *infra* nel testo.

¹⁹⁵ Si noti che, proprio nel caso di nullità degli atti processuali per inosservanza di forme, la regola per cui il giudice può sempre rilevare d'ufficio i fatti attinenti al c.d. rapporto processuale è invertita. Infatti il primo comma dell'art. 157 c.p.c. dispone che la nullità degli atti può essere pronunciata dal giudice solo previa istanza di parte, salvo che la legge non disponga che la nullità sia pronunciata d'ufficio, come ad esempio accade per la nullità insanabile derivante da

A sostegno di questa tesi, da un lato, si è affermato che, rispetto ai fatti (solo) processualmente rilevanti, il giudice non entra nel merito della contesa, sicché il loro rilievo d'ufficio non determinerebbe conseguenze circa il rispetto dei principi processuali; dall'altro lato, sono state richiamate quelle disposizioni normative che consentono al giudice di rilevare *ex officio* la carenza di un presupposto processuale o di requisiti di ammissibilità dei singoli atti del processo.

In dottrina si è però dubitato della correttezza di tali conclusioni e ci si è chiesti se il potere del giudice di rilevare *ex officio* determinati fatti processualmente rilevanti si accosti al potere di conoscere gli stessi d'ufficio, così derogando al principio dispositivo. In altri termini, ci si è domandati se, in questo ambito, il giudice possa prescindere dall'iniziativa di parte, introducendo autonomamente la *positio* dei fatti in questione⁽¹⁹⁶⁾.

Secondo Cavallone, la risposta ai suddetti quesiti si rinviene nel fatto che la parte, nel momento in cui propone la domanda giudiziale o, più in generale, un'istanza, non solo afferma di avere ragione nel merito e che quel diritto dedotto in giudizio gli spetta, bensì afferma anche, seppur implicitamente, che la domanda così proposta può essere accolta in quel processo e da quel giudice. In altri termini, i fatti solo processualmente rilevanti, intesi restrittivamente come *supra* visto, sono allegati implicitamente dall'attore con la proposizione della domanda giudiziale, e «ciò significa che la *positio* dei fatti su cui si fonda l'ammissibilità della

vizi relativi alla costituzione del giudice o all'intervento del pubblico ministero (art. 158 c.p.c.) o nei casi di nullità dell'atto di citazione di cui all'art. 164 c.p.c.

¹⁹⁶ Cfr. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 163 ss., il quale, dopo aver rilevato che i sostenitori delle opposte dottrine non forniscono una risposta soddisfacente ai quesiti posti, osserva che «si sarebbe allora tentati di ripetere, anche qui, l'argomentazione svolta con riguardo ai «meri» fatti estintivi o impeditivi», concludendo che solo nei casi in cui la legge attribuisce al giudice il potere di rilevare d'ufficio certi fenomeni processuali (es. art. 37, comma primo, c.p.c.), e non anche nel caso opposto, la legge stessa attribuisce rilevanza alla provenienza della *positio* del fatto. Cavallone, tuttavia, osserva che «per quanto suggestiva l'analogia, e per quanto formalmente corretto il ragionamento, ritengo che l'estraneità del giudice alla formazione del *thema probandum* anche in materia di fatti processualmente rilevanti debba e possa essere spiegata altrimenti», come subito si dirà nel testo.

domanda è introdotta automaticamente nel processo, come *thema probandum* e come *thema decidendum*, con la stessa proposizione della domanda»⁽¹⁹⁷⁾. Da ciò consegue – nella dottrina di Cavallone – che anche in materia di fatti solo processualmente rilevanti il giudice è estraneo alla formazione del *thema probandum*, con la precisazione che tale «estraneità non è imposta [...] da un divieto normativo, bensì è una conseguenza necessaria della strettura stessa del processo»⁽¹⁹⁸⁾.

Per Buoncristiani, il giudice deve decidere in base a quanto risulta dagli atti anche con riferimento ai fatti processualmente rilevanti che, affinché possano essere utilizzati per la decisione, devono essere dibattuti⁽¹⁹⁹⁾.

12. *Il quasi-monopolio delle parti sulla fissazione dei fatti di causa. Le giustificazioni elaborate dalla dottrina per spiegare la signoria delle parti*

Nei precedenti paragrafi abbiamo visto che la dottrina maggioritaria – che si ritiene di condividere – considera l'allegazione dei fatti nel processo civile come un atto giuridico di natura imperativa (o, con terminologia alloriana, normativa). L'effetto della qualificazione dell'allegazione quale dichiarazione di comando è quello di vincolare il giudice ai fatti allegati dalle parti ai fini della decisione.

Abbiamo successivamente tracciato i confini del potere delle parti di vincolare il giudice in merito all'individuazione della base fattuale della decisione, giungendo alla conclusione che non sussiste un vero e proprio monopolio delle parti in tale ambito, posto che residuano in capo al giudice dei poteri di rilevazione *ex actis* dei fatti costitutivi non individualizzatori, dei fatti estintivi, modificativi, impeditivi fondanti eccezioni in

¹⁹⁷ CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 141 ss., spec. pp. 165-166, testo e nota 157, per riferimenti alla dottrina conforme.

¹⁹⁸ CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 169.

¹⁹⁹ BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 130.

senso lato, dei fatti secondari e notori, nonché di quelli solo processualmente rilevanti.

Ebbene, occorre a questo punto domandarsi quale sia il fondamento logico-giuridico sotteso al potere delle parti di vincolare il giudice in merito alle circostanze di fatto, laddove tale potere sia assoluto e non tollera ingerenze di alcun tipo da parte del giudice o delle altre parti del processo.

La dottrina ha elaborato diverse tesi volte a giustificare il monopolio delle parti: secondo una prima (e maggiormente diffusa) opinione, la signoria delle parti troverebbe la propria spiegazione nello stretto legame tra la tutela giurisdizionale e la disponibilità della situazione sostanziale dedotta in giudizio; un altro orientamento ha giustificato il monopolio delle parti rispetto agli *allegata* sulla base del divieto di modificare la situazione giuridica sostanziale in corso di causa; ancora, secondo alcuni, la signoria delle parti troverebbe la sua *ratio* nell'interesse logico-giuridico della parte a selezionare i fatti di causa; infine, una parte della dottrina ha ritenuto che la ragione del divieto del giudice di decidere *extra allegata* sia da rinvenirsi nel rispetto della neutralità ed imparzialità del giudicante.

Secondo la prima tesi in esame, che trova il suo fondamento nello stretto legame tra diritto sostanziale e diritto processuale, il monopolio delle parti sugli *allegata* (e il conseguente vincolo del giudice ai fatti allegati dalle parti) deriverebbe dalla natura privato-disponibile del diritto dedotto in giudizio: dalla disponibilità della situazione giuridica sostanziale al di fuori del processo deriverebbe la disponibilità della dichiarazione fattuale all'interno del processo ⁽²⁰⁰⁾. Ciò significa che, se a livello

²⁰⁰ BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., pp. 26-49, per il quale «al potere di determinare sul piano materiale la propria posizione di interesse nei confronti di ciò che sarà tradotto nel processo come oggetto del giudizio, il processo di parti fa corrispondere un analogo potere di determinare il proprio interesse a quell'oggetto anche nel piano processuale: attuando così, anche in questo, quell'autonomia giuridica che ai soggetti è riconosciuta fuori del processo»; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936, p. 418; FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione. I. Primo grado*, Torino, 1989, p. 198; CAPPELLETTI, *La testimonianza nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 318 ss., 325 ss., 371 ss., il quale afferma chiaramente che il potere monopolistico delle parti rispetto alle allegazioni dei fatti, e quindi il vincolo del giudice di decidere *secundum allegata partium*, è da considerarsi come conseguenza logicamente e giuridicamente necessaria del carattere privato-disponibile del rapporto dedotto

sostanziale sussiste la disponibilità della realtà materiale, allora a livello processuale è attribuita alle parti in via esclusiva l'autonomia negoziale di scegliere, tra i fatti introdotti, quali valorizzare ai fini dell'istruzione e della decisione della controversia. Se, invece, a livello sostanziale, la situazione giuridica soggettiva non è disponibile, allora a livello processuale le parti non sono più padrone di decidere su quali fatti la sentenza si deve fondare e il giudice, fermo restando il divieto di scienza privata, ha la possibilità di rilevare *ex actis* i fatti rilevanti per la pronuncia⁽²⁰¹⁾. In questo modo, la facoltà di disposizione del diritto si sposta dal campo negoziale a quello giudiziale, e si estende sino a produrre effetti nell'ambito della determinazione dell'oggetto del processo tramite l'allegazione dei fatti⁽²⁰²⁾.

Questa tesi poggia innanzitutto sulla considerazione che l'allegazione consiste in un'attività negoziale di disposizione della situazione giuridica sostanziale, attività che viene individuata anche nella mera produzione in giudizio di un documento o nella proposizione di un'istanza istruttoria dalla quale emerga la volontà della parte di fare utilizzo dei fatti su cui la stessa verte, senza necessità di un'esplicita utilizzazione dei fatti risultanti dal documento prodotto o dall'espletamento dell'istruttoria⁽²⁰³⁾.

in giudizio; ID., *Iniziative probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, ora in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, pp. 152 ss.; NASI, *Disposizione del diritto e azione dispositiva*, cit., *passim*; FABBRINI, *Preclusioni e processo di cognizione*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, Roma, 1986, e ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1993, pp. 327 ss.; CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 99 ss.; VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro*, cit., pp. 220 ss.; FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 14; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., pp. 69 ss., il quale rileva che «è comune l'affermazione che il soggetto al quale è dato di disporre del diritto e della sua tutela deve poter disporre *in iudicio* anche dei fatti costitutivi»; TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, cit., p. 350.

²⁰¹ In questi termini BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 22, che però, dopo aver analizzato dettagliatamente la tesi esposta nel testo, avanza alcune critiche. L'Autore afferma infatti che «la situazione di interesse delle parti, concorde o opposto, rispetto al contenuto della decisione, non è rilevante in via generale ed assoluta a delimitare i poteri del giudice di rilevazione *ex actis* dei fatti rilevanti per la decisione» (pp. 23-24).

²⁰² CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., pp. 695 ss., spec. pp. 721 ss., a cui si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche.

²⁰³ BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., pp. 233 ss., il quale parla a tal proposito di «affermazioni di prova». *Contra*: BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 23, il quale osserva che ritenere che la parte, producendo un documento,

La tesi in esame è stata criticata da coloro i quali hanno osservato che la regola della signoria attrice sull'allegazione dei fatti costitutivi cessa di essere coerentemente riconducibile al carattere privato-disponibile dell'oggetto del giudizio disegnato dalla domanda allorché si tratti di fatti costitutivi non individuatori, come nelle ipotesi in cui si verta su di un diritto autodeterminato ⁽²⁰⁴⁾. Inoltre, è stato rilevato che i fatti non sono mai oggetto del giudizio (salvo rare eccezioni, come il giudizio di querela di falso o di verifica della scrittura privata), poiché tale è solo la situazione giuridica sostanziale ipotetica affermata dal titolare; i fatti hanno, invece, solo una funzione strumentale nell'identificazione della *res in iudicium deducta* ⁽²⁰⁵⁾.

Sulla base di queste critiche sono state proposte ulteriori soluzioni.

In particolare, secondo alcuni, la signoria dell'attore circa la delimitazione del *thema decidendum* si fonderebbe sul divieto, rivolto alle altre parti e (soprattutto) al giudice, di modificare la situazione sostanziale di cui si chiede la tutela giurisdizionale. In questo caso, il principio dispositivo è inteso come limite al potere di cognizione del giudice che, rilevando fatti non dedotti dalle parti, determinerebbe un illegittimo mutamento della situazione sostanziale oggetto del processo, creando arbitrariamente un diritto diverso da quello affermato dall'attore ⁽²⁰⁶⁾. Questa tesi poggia sulla concezione per cui a ogni modifica o sostituzione di un

voglia utilizzare i fatti dallo stesso risultanti, «può comportare una lesione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa».

²⁰⁴ CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., pp. 70; ID., *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 468 ss., secondo il quale la regola della signoria delle parti rispetto agli *allegata* non può essere coerentemente ricondotta al carattere privato-disponibile dell'oggetto del giudizio designato con la domanda, atteso che i fatti costitutivi non individuano sempre il diritto dedotto in giudizio (si pensi ai già menzionati diritti eteroindividuati). L'Autore, dunque, accoglie, quale giustificazione della signoria delle parti, la tesi dell'imparzialità del giudice (sui cui v. *infra* nel testo).

²⁰⁵ Per queste critiche cfr. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., p. 70.

²⁰⁶ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, libro I, Milano, 1959, p. 430; SATTAPUNZI, *Diritto processuale civile*, XII ed. (a cura di Punzi), Padova, 1996, p. 203; FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 345, il quale afferma che se non fosse riservata alla parte l'attività di allegazione dei fatti «il giudice finirebbe con l'instituire la lite su di una realtà diversa da quella su cui le parti vogliono discutere».

fatto costitutivo di un diritto consegue la modifica della situazione giuridica sostanziale, e quindi dell'oggetto del processo. Tuttavia, va rilevato che solo rispetto ai diritti eteroindividuati la modifica o sostituzione di un fatto costitutivo determina una nuova *res in iudicium deducta*; non anche con riferimento ai diritti autoindividuati. Ciò significa che la tesi per cui il monopolio delle parti sarebbe giustificato dal divieto per il giudice di mutare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio non può trovare applicazione per i diritti autoindividuati ⁽²⁰⁷⁾.

Si è, dunque, spostata l'attenzione sul processo e in particolare sull'interesse che la parte può avere nel selezionare i fatti rilevanti, con il conseguente obbligo del giudice di rispettare questa scelta. Si è detto che il titolare del diritto può scegliere il tempo e il modo della tutela e, al fine di non compromettere tale posizione della parte, deve essere garantito a quest'ultima il monopolio nella rilevazione ⁽²⁰⁸⁾ degli avvenimenti in base ai quali il giudice deve decidere ⁽²⁰⁹⁾. Tale ricostruzione deriva dalla natura logica e razionale (e non psicologica o emozionale) dell'interesse della parte a selezionare determinati fatti invece che altri: l'attore sceglierà quei fatti che possono essere dimostrati più agevolmente rispetto ad altri al fine di garantirsi una maggiore possibilità di ottenere una sentenza di accoglimento nel merito; potrà allegare solo alcuni fatti costitutivi del diritto, riservandosi la possibilità di dedurre altre circostanze di fatto suc-

²⁰⁷ Per un approfondimento della questione si rinvia al paragrafo 4 del capitolo III, nonché al capitolo IV per quel che concerne la modifica della domanda con cui sia stato dedotto in giudizio un diritto autodeterminato o eterodeterminato.

²⁰⁸ Sulla distinzione tra "allegazione" e "rilevazione" cfr. Cass., 20 maggio 2010, n. 12353, in *Giust. civ. Mass.*, 1010, 5, 789.

²⁰⁹ GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., p. 69: «l'affidamento della tutela del diritto all'iniziativa del titolare significa soprattutto che questi può scegliere il *tempo* e il *modo* della tutela». L'Autore ritiene che l'interesse della parte a circoscrivere la tutela richiesta non sarebbe compromesso dal potere riconosciuto al giudice di individuare, applicare e interpretare la norma giuridica ai fatti allegati, stante il principio *iura novit curia*. In argomento v. anche TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pp. 51 ss.: «il *nomen juris* del fatto allegato può essere mutato dal giudice a condizione che la norma individuata come adeguato criterio di qualificazione non preveda effetti diversi da quelli indicati dalla parte. L'effetto giuridico diventa quindi l'elemento stabile di riferimento per tutta l'attività del giudice che riguarda la determinazione del *thema decidendum*». Sul principio *iura novit curia* cfr. tra i tanti MICHELI, *Iura novit curia*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, pp. 575 ss.

cessivamente e in un altro processo, magari in seguito al rigetto della domanda fondata su una diversa *causa petendi* ⁽²¹⁰⁾, così da avere più *chance* di vittoria; deciderà di indicare quei fatti costitutivi sulla base della «opportunità di omettere l'indicazione di un dato storico il cui accertamento possa pregiudicare l'esercizio di un suo diritto, diverso da quello dedotto in giudizio» ⁽²¹¹⁾. Questa opinione poggia su una particolare concezione dell'oggetto del processo ⁽²¹²⁾ che non deve individuarsi nella situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio (*Recht*), bensì nella questione giuridica fattuale (*Rechtsfrage*). Il giudice sarà così chiamato a stabilire quale sia l'effetto che consegue a un determinato e specifico profilo fattuale costitutivo, e non a pronunciarsi sulla situazione giuridica soggettiva sotto tutti i profili costitutivi, anche eventualmente non allegati. Da ciò consegue che il giudicato si formerà solo sulla questione giuridica di fatto dedotta in giudizio, e non anche con riferimento al diritto soggettivo ⁽²¹³⁾.

Un'ulteriore giustificazione di carattere processuale è stata individuata da alcuni Autori nell'esigenza di imparzialità e neutralità del giudice rispetto alla controversia ⁽²¹⁴⁾, che sarebbe garantita in particolar

²¹⁰ Ovviamente solo nel caso di diritti eteroindividuati. Infatti, laddove fosse dedotto in giudizio un diritto autoindividuato, il giudicato di rigetto precluderebbe la possibilità per l'attore soccombente di far valere nuovamente il diritto in un altro processo sulla base di un diverso fatto costitutivo, essendosi formato il giudicato.

²¹¹ Cfr. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., pp. 69 ss.

²¹² Sul tema dell'oggetto del processo cfr. capitolo II di questo lavoro.

²¹³ GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., pp. 69 ss. In argomento v. anche BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., pp. 25 ss., spec. 27, il quale rileva che «la non preclusione dei fatti costitutivi non dedotti giustifica la scelta dell'attore di limitare la cognizione del giudice al profilo fattuale costitutivo, di cui dispone di prove certe». Buoncristiani continua affermando che «il formarsi del giudicato su una determinata questione giuridica fattuale (*Rechtsfrage*), giustifica l'interesse del postulante ad omettere l'indicazione di un dato storico, il cui accertamento possa pregiudicare l'esercizio di un altro diritto, diverso da quello dedotto in giudizio».

²¹⁴ LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., pp. 552 ss.; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., cit., p. 729; CERINO CANOVA *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 131 ss., il quale dichiara espressamente di ritenere preferibile la tesi di Liebman; CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., pp. 468 ss., il quale aggiunge che il principio di imparzialità e serenità del giudice «non è degradabile a mero criterio di opportunità tecnico-processuale» e tra gli strumenti destinati ad attuare l'imparzialità del giudicante vi è il divieto di quest'ultimo di attivarsi *motu proprio* alla ricerca, prima ancora che nella prova, dei fatti principali; ID., voce *Domanda giudiziale*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino,

modo dal divieto di ricercare i fatti rilevanti fuori dal processo e, conseguentemente, da quello di porre a base della decisione i fatti privatamente conosciuti, anche in seguito al ricorso a un mezzo istruttorio per rendere giudiziale, e non più privata, tale conoscenza ⁽²¹⁵⁾. Si è infatti sostenuto che, siccome i fatti non sono mai oggetto del giudizio (salvo, come detto, alcune rare eccezioni), poiché tale è solo il diritto soggettivo, il monopolio delle parti in merito all'allegazione dei fatti stessi non trova il proprio fondamento nel principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato o nel principio dispositivo sostanziale, bensì nell'esigenza fondamentale dell'imparzialità del giudice, imparzialità che sarebbe compromessa laddove questi potesse decidere sulla base di fatti non allegati dalle parti ma da lui stesso rilevati ⁽²¹⁶⁾. In altre parole, quando si controverte su un diritto disponibile, le parti sono tenute a rilevare e sottoporre all'attenzione del giudice i fatti influenti per la decisione; il giudice, al contrario, deve

1991, pp. 70 ss.: MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 190 ss.; VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro*, cit., pp. 225-226 e poi in *Prova (teoria generale e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, pp. 612-613, il quale esclude un valore assoluto al principio-onere di allegazione, come tale di stretta derivazione dal principio della domanda e dal principio dispositivo, ritenendo semmai come solo motivi di opportunità consigliano di collegare l'esistenza di un onere di allegazione alla salvaguardia della terzietà ed imparzialità del giudice. *Contra*: MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, cit., pp. 23 ss., il quale esclude che l'onere di allegazione possa fondarsi sull'esigenza di salvaguardia dell'imparzialità del giudicante. La soluzione che fonda l'iniziativa di parte nell'allegazione sull'esigenza dell'imparzialità del giudice è stata criticata da CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 373 ss., testo e nota 9; tali critiche hanno ricevuto una puntuale replica da parte di CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttorio del giudice civile*, Milano, 1968, p. 2, nota 1.

²¹⁵ Così BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., pp. 28 ss. e 119, il quale rileva che «il rilievo d'ufficio di un fatto non viola l'imparzialità del giudicante», aggiungendo però che, a fronte del rilievo officioso di un fatto, le parti debbono essere rimesse in termini con la possibilità di allegare e provare altri fatti, non solo consequenziali a quelli rilevati d'ufficio dal giudice, ma anche concorrenti con quelli già allegati.

²¹⁶ Si noti quanto affermato da CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 359: «imparziale il giudice dev'essere rispetto all'azione, e quindi rispetto al diritto fatto valere ed all'atto (domanda, eccezione) di farlo valere; non però rispetto al processo né, tanto meno, rispetto al giudizio, ossia rispetto alla giustizia della decisione». L'Autore infatti distingue il processo dispositivo in senso materiale (o in senso proprio) dal processo dispositivo in senso processuale (o improprio) e solo il venir meno del primo (non anche del secondo) determinerebbe la parzialità del giudice.

rimanere completamente estraneo alla controversia per non favorire alcuna delle parti in causa.

13. *Condizionamento e subordinazione nell'allegazione dei fatti*

A questo punto del nostro lavoro, possiamo senza difficoltà affermare che uno degli effetti (*recte* il principale effetto) dell'allegazione è quello di vincolare il giudice rispetto ai fatti da valutare ai fini della decisione, essendo l'allegazione – secondo l'orientamento dottrinale prevalente, cui si ritiene di aderire – un atto normativo/imperativo⁽²¹⁷⁾.

Vi è, però, da chiedersi se la parte allegante possa vincolare il giudice non solo rispetto a *quali* fatti prendere in considerazione una volta provati e quali invece escludere per emettere la sentenza, ma anche rispetto all'*ordine* di decisione dei fatti medesimi⁽²¹⁸⁾. Occorre in altri termini domandarsi se sia vincolante per il giudice uno svolgimento delle allegazioni di distinti fatti costitutivi o impeditivi, estintivi, modificativi in forma condizionale o subordinata⁽²¹⁹⁾, cioè in via graduata, piuttosto che in via *sic et simpliciter* concorrente o alternativa.

Fissati gli obiettivi della nostra analisi, bisogna a questo punto effettuare una fondamentale precisazione: l'indicazione dell'ordine dei fatti da esaminare, per diventare imperativa e quindi vincolante per il giudice,

²¹⁷ In argomento cfr. i paragrafi 4, 4.1 e 4.2 di questo capitolo.

²¹⁸ Il vincolo riguarderebbe solo l'attività decisoria, non anche quelle di trattazione ed istruzione. Sul punto v. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 985-986: «le plurime allegazioni ed eccezioni possono essere esaminate ed affrontate congiuntamente e possono essere rimesse in decisione, ad istruttoria esaurita, tutte assieme, fermo restando che l'organo cui è attribuita la funzione decisionale deve prioritariamente risolvere quella dedotta in forma principale e soltanto dopo, eventualmente, le altre». In senso conforme v. anche CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 474-475.

²¹⁹ In questo paragrafo verrà affrontato solo il tema del cumulo condizionale delle allegazioni che si realizza allorquando, all'interno della medesima causa, vi è un nesso di subordinazione destinato ad operare tra le diverse allegazioni dell'attore o del convenuto, rientranti comunque nel medesimo oggetto del giudizio. Altro fenomeno è invece quello del cumulo condizionale di domande che, stante i limiti della nostra indagine, non verrà affrontato in questo lavoro. Su questo ultimo argomento si rinvia quindi all'ampio studio compiuto da CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., *passim*.

deve necessariamente confrontarsi e prevalere rispetto ai principi pubblicistici di economia processuale e di ragionevole durata del processo ⁽²²⁰⁾. Infatti, l'eventuale potere delle parti di imporre un determinato ordine di trattazione e decisione delle allegazioni si viene inevitabilmente a scontrare, in primo luogo, con il criterio logico-giuridico di cui all'art. 276 c.p.c., che prevede la trattazione preliminare delle questioni di rito rispetto a quelle di merito ⁽²²¹⁾; in secondo luogo, con i parametri di natura tecnico-pratica rilevanti nella fase di decisione della causa (pregiudizialità); infine, con il principio della decisione della causa secondo la questione di più pronta soluzione ⁽²²²⁾. Quest'ultima regola si risolve in ciò, che il giudice può decidere la controversia sulla base della questione più pronta per essere decisa, se la decisione di tale questione determina la definizione

²²⁰ Sul tema v. per tutti L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980.

²²¹ La giurisprudenza ha ritenuto che l'art. 276 c.p.c., a mente del quale «il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili dal giudice e quindi il merito della causa», costituisca espressione di un principio logico e giuridico in quanto la decisione in senso positivo o negativo di una questione pregiudiziale può comportare l'assorbimento delle questioni pregiudiziali successive e delle questioni di merito (v. per tutte Cass., 23 gennaio 2009, n. 1696, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 1, 106). La disposizione, dunque, individua l'ordine logico secondo il quale devono essere affrontate le questioni in sede di decisione: prima le questioni di rito e poi quelle di merito, incominciando da quelle pregiudiziali. In argomento cfr. da ultimo TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, pp. 111 ss.

²²² L.P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, cit., p. 279. Abbiamo visto nella nota precedente che l'art. 276 c.p.c. dispone la trattazione delle questioni preliminari con precedenza rispetto a quelle di merito. Tuttavia, secondo l'ormai consolidato principio giurisprudenziale della decisione secondo la c.d. "ragione più liquida", condiviso anche dalle Sezioni Unite (cfr. Cass., s.u., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Foro it.*, 2009, 3, 1, cc. 806 ss., con nota di POLI; Cass., 28 maggio 2014, n. 12002, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Trib. Piacenza, 16 febbraio 2011, in *www.ilcaso.it*), si ritiene che al giudice sia consentito non rispettare rigorosamente l'ordine delle questioni da trattare, ove sia più rapido ed agevole decidere la controversia in base ad una questione che – pur se logicamente subordinata ad altre – sia più rapidamente risolvibile. Tale soluzione è stata ritenuta rispondente ai principi di celerità del processo e di economia processuale che trovano attualmente copertura costituzionale (art. 111 Cost.). In dottrina è stata negata natura precettiva all'art. 276 c.p.c. da FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, cit., pp. 66 ss.

della lite ⁽²²³⁾; in altri termini, il giudice non deve necessariamente affrontare e prendere posizione su tutti i temi dedotti in giudizio dalle parti ⁽²²⁴⁾, posto che alcuni di essi possono non essere trattati e rimanere, dunque, assorbiti ⁽²²⁵⁾.

Ciò chiarito, occorre a questo punto ribadire l'interrogativo di par-tenza, vale a dire se i principi di stampo pubblicistico *supra* elencati, e in

²²³ LUISO, *Diritto processuale civile*, II, VIII ed., Milano, 2015, p. 68: «se, in un processo, sussiste una ragione sufficiente per la decisione, la sentenza può fondarsi su di essa anche quando il motivo della decisione si pone, da un punto di vista logico, a valle di altre ragioni, che non sono affrontate e decise». Nello stesso senso, in giurisprudenza, cfr. Cass., sez. un., 14 dicembre 2014, n. 26242, ove si legge che «occorre dare priorità alla ragione più evidente, più pronta, più liquida». Sul punto cfr. anche CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 478.

²²⁴ In proposito cfr. art. 187, comma secondo, c.p.c., a mente del quale il giudice può decidere la causa senza prendere in considerazione e risolvere tutte le questioni (di rito e di merito) sollevate dalle parti o rilevate *ex officio*, sulla base della risoluzione di una questione preliminare di merito, la cui decisione consenta la definizione della controversia. Per MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 975, la norma attua i principi di economia (endo)processuale e di ragionevole durata del processo. L'Autore osserva inoltre che la regola del primato della ragione più liquida è valorizzata, specialmente, con riguardo alla sentenze di rigetto, posto che, in tal caso, il giudice può respingere la domanda attorea vuoi per la mancanza di uno solo dei più fatti costitutivi, vuoi per la sussistenza di uno solo dei fatti estintivi, impeditivi o modificativi (pp. 977 ss., testo e nota 8, anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali); ciononostante tale regola - aggiunge Menchini - ha modo di operare anche con riferimento alla sentenza di accoglimento che accerti la sussistenza di un diritto autoindividuato: «ove la domanda abbia ad oggetto diritti autoindividuati e l'attore abbia allegato una pluralità di titoli costitutivi concorrenti, per l'accoglimento della stessa, è sufficiente che il giudice sia convinto dell'esistenza di uno soltanto di essi, per cui ben potrà definire il giudizio, dichiarando esistente il diritto, senza dovere, né potere, indagare circa il modo di essere degli altri fatti generatori, pur allegati dalla parte». Nello stesso senso cfr. anche CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 473-474.

²²⁵ Osserva MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 976, che «non vi è, cioè, un vincolo di completezza circa la risoluzione dei punti in contestazione». L'Autore si chiede se, in taluni casi, per volontà della legge o della parte, sia imposto al giudice di esaminare e risolvere necessariamente tutte le questioni sollevate prima di emettere la decisione, ancorché ciò non sia necessario per definire il giudizio. Menchini risponde in senso negativo al quesito, precisando però che aperture in direzione di un controllo giudiziale completo di tutti i temi proposti dalle parti sembrano sussistere nel settore delle cause di impugnazione di atti costituenti l'esercizio di poteri sostanziali (ad esempio, le delibere assembleari), rispetto alle quali «la decisione di tutti i motivi d'impugnazione assume valore per il futuro, in quanto ad essa consegue, con *efficacia conformativa* per le parti, una più pregnante determinazione, ad opera del giudice, del contenuto e delle modalità di esercizio del potere, nonché la specificazione della disciplina del rapporto giuridico» (p. 979). In argomento cfr. anche Cass., 23 febbraio 2012, n. 2758, in *Giusto proc. civ.*, 2012, pp. 151 ss., con nota di MOTTO, *Ordine di esame delle questioni, interesse ad impugnare ed «accertamento in prosecuzione» nei giudizi di impugnazione di atti di esercizio di poteri sostanziali*.

particolar modo quello della decisione secondo la ragione di più pronta soluzione, possano essere derogati nel senso che, in talune ipotesi, sia imposto al giudice di esaminare i più fatti allegati dalle parti sulla base di un ordine prestabilito dalle parti medesime.

L'analisi del tema impone una distinzione tra allegazioni effettivamente subordinate, allegazioni generiche di fatti concorrenti ovvero di fatti incompatibili perché – lo si anticipa – solo nel primo caso si potrà discutere di un eventuale intento “imperativo” circa l'*ordo procedendi*.

Partendo dall'allegazione di fatti logicamente contrastanti ⁽²²⁶⁾, appare utile fare alcuni esempi. Si pensi al caso in cui la parte contro la quale sia richiesto il risarcimento dei danni per aver restituito rotta una pentola prestatele affermi: «primo, l'attore non mi ha prestato niente; secondo, la pentola era già rotta; terzo, io gliel'ho restituita intera» ⁽²²⁷⁾. Si pensi inoltre al caso in cui il soggetto, a cui sia richiesta la restituzione di una somma di denaro, si difenda sostenendo: «in primo luogo, non mi hai dato nessuna somma di denaro, non è vero niente; in secondo luogo, te l'ho restituita già da un anno; in terzo luogo, mi hai dichiarato che era un regalo; in quarto ruolo, il credito è prescritto» ⁽²²⁸⁾. In tutti questi casi i fatti eccepiti del convenuto hanno, quale unico scopo, quello di ottenere il rigetto della domanda attorea.

Premesso che è pacificamente ammessa l'allegazione dei fatti reciprocamente incompatibili ⁽²²⁹⁾, in dottrina si è osservato che, in tali ipo-

²²⁶ Gli esempi riportati nel testo attongono al cumulo di allegazioni difensive del convenuto ma non vi è dubbio che il discorso trovi applicazione anche con riferimento alle allegazioni dei fatti costitutivi poste in essere dall'attore.

²²⁷ COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980, p. 260, nota 3.

²²⁸ Questo esempio è tratto da GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, Darmstadt, 1969, rist. della II ed., Berlino, 1932, p. 146, citato da BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 2.

²²⁹ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 54 ss.; ALLORIO, *Il giuramento della parte*, cit., p. 181, nota 367; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., p. 47, testo e nota 10; TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, Milano, 1967, pp. 289 ss., il quale rileva che l'indicazione di più fatti tra loro incompatibili risponde ad «un'innegabile esigenza pratica, fondata sull'insicurezza della prova». Tarzia aggiunge peraltro che l'allegazione di fatti incompatibili non solo non contrasta con il principio dispositivo, ma è una tipica espressione della libertà della parte nell'esercizio della tutela giurisdizionale dei diritti. Nello stesso senso,

tesi, la parte allegante sarà soggetta all'onere di coordinare fra loro le allegazioni, articolandole secondo una successione di decrescente specificità o, comunque, di "impegnatività" ⁽²³⁰⁾. In questi casi, la narrazione descrittiva delle allegazioni ⁽²³¹⁾ è strettamente connessa con il potere dispositivo della parte che potrà scegliere, secondo un criterio logico e non meramente psicologico, il mezzo di difesa da spendere per primo e, laddove quest'ultimo non consegua successo nel far ritenere fondata la domanda (o, per converso, a mostrarne l'infondatezza laddove trattasi di fatti impeditivi, estintivi o modificativi), quelli da utilizzare successivamente. Verranno quindi allegati *sussidiariamente* (piuttosto che subordinatamente) diversi fatti principali rilevanti autonomamente per la decisione ⁽²³²⁾.

Con riferimento alle allegazioni di fatti incompatibili, in cui l'accoglimento dell'una esclude automaticamente la fondatezza dell'altra, si è sostenuto che, in generale, non sussiste un vero e proprio potere vincolativo delle parti; ciò in quanto, in tali ipotesi, difetta proprio l'intento "imperativo" in capo alla parte, il cui unico scopo è vedere accolta la propria difesa. In tali casi, dunque, deve ritenersi pienamente applicabile il

nella dottrina tedesca, cfr. gli Autori citati da CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 471, nota 15.

²³⁰ CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 471 ss.

²³¹ Cfr. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 472, il quale parla di graduazione narrativa (piuttosto che prescrittiva) delle allegazioni di fatti reciprocamente incompatibili.

²³² L'allegazione subordinata di fatti reciprocamente incompatibili (dal punto di vista logico-giuridico) varrà in molti casi ad indebolire la credibilità dell'impostazione difensiva della parte. Si è osservato che un simile approccio difensivo sarà giustificato solo in quei processi caratterizzati da rigide preclusioni rispetto allo *jus variandi* e allo *jus novurum*, come attualmente previsto per il processo civile domestico, sia di primo grado sia d'appello (v. spec. art. 345 c.p.c.). Viceversa, in quei sistemi in cui manchino dette preclusioni rispetto alle allegazioni di nuovi fatti sarà senz'altro più conveniente la formazione progressiva delle contrapposte tesi difensive. Sul punto cfr. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 472-473, nota 18.

principio generale dell'esame della ragione più liquida (²³³), non sussistendo alcun motivo per derogarvi (²³⁴), posto che dallo stesso atteggiamento difensivo della parte si desume il disinteresse a che le questioni vengano esaminate, trattate e decise secondo un determinato ordine graduale, con preferenza per l'accoglimento di un'allegazione principale piuttosto che un'altra.

La regola generale per cui deve essere applicato il criterio della ragione di più pronta soluzione anche laddove siano dedotti fatti logicamente o giuridicamente incompatibili può trovare deroga solo nel caso in cui la parte esprima in modo *esplicito* la preferenza per la previa decisione di una di esse (²³⁵).

Anche con riferimento all'allegazione dei fatti concorrenti, vale a dire le allegazioni di fatti costitutivi (o impeditivi, modificativi, estintivi)

²³³ Il principio della ragione più liquida consente di sostituire il profilo di evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare, di cui all'art. 276 c.p.c., in una prospettiva aderente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, costituzionalizzate dall'art. 111 Cost., con la conseguenza che la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione - anche se logicamente subordinata - senza che sia necessario esaminare previamente le altre (così Cass., 28 maggio 2014, n. 12002, cit. Si veda anche Cass., s.u., 8 maggio 2014, n. 9936, in *DeJure*, secondo cui «in applicazione del principio processuale della "ragione più liquida" - desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost. - deve ritenersi consentito al giudice esaminare un motivo di merito, suscettibile di assicurare la definizione del giudizio, anche in presenza di una questione pregiudiziale»). V. però Trib. Vercelli, 9 maggio 2016, in *www.il-caso.it*, che ha chiarito che il principio della ragione più liquida non può portare il giudice ad accogliere una questione di merito liquidamente fondata, laddove la questione pregiudiziale astrattamente suscettibile di assorbimento c.d. improprio sia stata sollevata dalla controparte processuale. Cfr MENCHINI(-MOTTO), sub *art. 2909 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, p. 54 nota 100, secondo cui il primato della ragione più liquida può operare in presenza di diritti autoindividuati: «se la domanda è fondata su una pluralità di titoli costitutivi concorrenti, il giudice può fondare il riconoscimento del diritto su quello di più facile e pronto accertamento, ferma restando la facoltà dell'attore di graduare le proprie allegazioni, dimostrando di avere interesse all'esame di alcune in modo prioritario rispetto alle altre». Con riferimento alle sentenze di rigetto la regola del primato della ragione più liquida ha modo di operare «prevalentemente, ancorché non esclusivamente», in quanto per il rigetto della domanda è necessaria l'inesistenza di qualsivoglia fatto costitutivo ovvero l'esistenza anche di un solo fatto impeditivo, modificativo o estintivo dedotti in causa.

²³⁴ Cfr. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 473.

²³⁵ MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 984-985, secondo il quale in assenza di indicazione esplicita della parte circa la preferenza della decisione di una questione incompatibile prima di un'altra, il giudice dovrà seguire il criterio della maggiore evidenza. V. anche CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 499-500.

senza che la parte esprima una precisa preferenza circa la trattazione e decisione degli stessi, non vi sono dubbi in merito all'inoperatività di un vincolo per il giudice rispetto ad una determinata trattazione e decisione delle allegazioni. Anche in questo caso, invero, l'intento normativo/imperativo è esplicitamente escluso dalle parti che, allegando fatti concorrenti, manifestano la volontà che la domanda o l'eccezione venga accolta sulla base di qualsivoglia fatto allegato. In altri termini, ciò che conta è solo il risultato (accoglimento o rigetto della domanda), indipendentemente dall'*iter* mediante il quale tale risultato è raggiunto.

Alla luce di queste considerazioni, si è sostenuto che la decisione di accoglimento della domanda sulla base di una delle allegazioni concorrenti, respingendo o assorbendo le altre, non legittima l'attore a impugnare la sentenza (²³⁶). Ciò in quanto l'attore, non avendo articolato in via condizionale le proprie allegazioni dei fatti costitutivi, non ha manifestato un interesse meritevole di tutela a che la decisione venisse assunta in forza dell'una piuttosto che dell'altra allegazione concorrente. Infatti, «per quanto si dilati il concetto di soccombenza, estendendolo sino a ricomprendere quella *materiale*, non sussiste, nell'ipotesi in esame, questo (necessario) requisito: la parte, avendo proposto in primo grado le difese in modo *concorrente*, ha mostrato totale indifferenza rispetto alla motivazione giustificatrice del provvedimento finale; per lei, la sola cosa che conta è di avere una statuizione di merito favorevole, a prescindere dal motivo che la sorregge» (²³⁷).

²³⁶ MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1011, anche nota 83, secondo il quale la difesa più vantaggiosa, non costituendo il motivo portante della sentenza, non esplica alcun ruolo circa la determinazione della portata oggettiva del giudicato. Ha negato una soccombenza sui motivi in presenza di allegazioni difensive spese in via non graduata ma concorrentemente alternativa CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 515.

²³⁷ Così MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1011. Nello stesso senso anche CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 494; SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, pp. 128-129. Giova tuttavia rilevare che, se è vero che la parte non può impugnare per prima la sentenza con la quale le è stata accordata una tutela equivalente a quella a cui aspirava, seppur sulla base di una allegazione di un fatto "meno favorevole", è altresì vero che questa ha interesse e legittimazione ad impugnare si ritengono nel caso in cui l'impugnazione sia stata proposta dalla controparte: il soccombente virtuale può infatti richiedere al giudice dell'impugnazione di riesaminare le questioni decise in modo per lui sfavorevole oppure assorbite (cfr. per tutti LUISO, *Diritto processuale civile*, II,

Viceversa, laddove la decisione favorevole per l'attore sia stata assunta in accoglimento di una allegazione concorrente e il giudice abbia al contempo ritenuto infondate, *ex professo*, le altre allegazioni, la sentenza potrebbe essere impugnata dall'attore vittorioso nel merito finale della causa, ma parzialmente soccombente sulla motivazione ⁽²³⁸⁾.

Il discorso circa l'ammissibilità di un vincolo giudiziale rispetto a un determinato esame delle allegazioni formulate dalle parti si complica non appena si passa a esaminare le allegazioni subordinate in senso stretto. Parte della dottrina ha sostenuto l'ammissibilità di simili allegazioni sulla base dell'affermata signoria, tendenzialmente esclusiva, delle parti sulla scelta del materiale di fatto che dovrà fornire il contenuto della decisione ⁽²³⁹⁾. Per questa via, dunque, la parte avrebbe il potere non solo di vincolare il giudice in merito agli *allegata*, ma anche di imporre al giudice uno specifico ordine di trattazione e decisione che, se disatteso, comporterebbe una violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato *ex art.* 112 c.p.c.

È appena il caso di considerare che questa soluzione appare *prima facie* criticabile se solo si considera che la premessa dalla quale muove – ossia il ruolo esclusivo del principio dispositivo rispetto all'indicazione del *thema decidendum* – non è unanimemente condivisa. Infatti, se il principio dispositivo non è *ex se* idoneo a spiegare, in via generale, il monopolio delle parti rispetto agli *allegata partium*, da ciò consegue che tale principio non può nemmeno giustificare l'eventuale signoria delle parti in

cit., p. 314), mediante la mera riproposizione *ex art.* 346 c.p.c. in appello (cfr. per tutti SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., pp. 153 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., pp. 388-389; MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1011) o con il ricorso incidentale in cassazione «esclusivamente rispetto alle difese rigettate», non anche quelle assorbite (MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1011).

²³⁸ In questi termini CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 494 ss.

²³⁹ STEIN-JONAS-POHLE, *Kommentar*, vor § 128, XI, p. 9, citato da CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 476, nota 21. In giurisprudenza si vedano Cass., 31 gennaio 1984, n. 739, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, fasc. 1, per cui «in relazione al principio dispositivo per cui le parti hanno il potere di disporre dell'ordine logico delle questioni proposte in giudizio, tranne che non si tratti di questioni rilevabili d'ufficio, il giudice è tenuto ad esaminare le questioni nell'ordine voluto dagli interessati»; Cass., 19 settembre 1992, n. 10748, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 8-9, ove si afferma che «nel processo civile, per effetto del principio dispositivo, è in facoltà delle parti stabilire l'ordine logico delle questioni proposte in giudizio».

ordine all'indicazione delle questioni da trattare nel corso del processo. Stando così le cose, dunque, si ritiene che il semplice richiamo alla signoria delle parti non sia di per sé sufficiente a dimostrare il riconoscimento di una tendenzialmente illimitata (e comunque non eccezionale) ammissibilità delle allegazioni graduate⁽²⁴⁰⁾.

La soluzione va dunque ricercata altrove. Si è così cercato di rinvenire una possibile giustificazione dell'ammissibilità delle allegazioni graduate nella sussistenza di un interesse meritevole di tutela in capo alla parte allegante⁽²⁴¹⁾ a che la decisione venga assunta sulla base di specifici fatti invece che (e prima di) altri⁽²⁴²⁾. Tale interesse (privato) nella maggiore utilità che per lei può avere la sentenza supportata da un motivo

²⁴⁰ Così CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 477-478, il quale critica la tesi esposta nel testo ritenendo che la stessa origina da un errore di prospettiva, ossia quello per cui vi sarebbe un limite all'operatività del principio dispositivo in materia di allegazioni graduate nella carenza di un interesse meritevole di tutela. Secondo Consolo, invece, sarebbe più corretto individuare nella sussistenza di un simile interesse lo specifico fondamento legittimante le allegazioni graduate. Cfr. anche MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 983, nota 18, il quale osserva che «non essendo le regole di trattazione della controversia espressione del principio dispositivo [...] ed appartenendo la disciplina dell'ordine di decisione delle questioni all'organizzazione del processo, il richiamo al principio dispositivo va attentamente ponderato» atteso che l'interesse della parte deve al contempo soddisfare le esigenze pubblicistiche, assicurando una decisione più stabile e dotata di maggiore efficacia preclusiva o conformativa.

²⁴¹ MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 983, rileva che il vincolo del giudice all'ordine delle allegazioni «non è automatico, non deriva direttamente dalla legge» ma «è volontario» in quanto «è necessaria una chiara ed esplicita manifestazione di volontà della parte», la quale deve peraltro chiarire l'interesse che la spinge a dedurre allegazioni graduate. In assenza di una espressa indicazione, il giudice sarà tenuto a rispettare il principio della ragione più liquida (oltre a MENCHINI, *ult. loc. cit.*, v. anche CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 498-499 e 516; SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., pp. 143 ss.; FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, cit., pp. 79-80 e 168 ss.; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, pp. 182 ss. e 344 ss.; ID., *Ordine di esame delle questioni, interesse ad impugnare ed «accertamento in prosecuzione» nei giudizi di impugnazione di atti di esercizio di poteri sostanziali*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 161. In giurisprudenza cfr. Cons. St., Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 5, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 295 ss., con nota di PERFETTI-TROPEA, a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza amministrativa).

²⁴² In proposito si è parlato di un «ragionevole e motivato interesse» o di un «interesse concreto e giuridicamente rilevante» (CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 476 ss.). Cfr. anche MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 982, il quale rileva che «poiché il criterio della ragione più pronta costituisce la regola, il vincolo di subordinazione può essere imposto al giudice soltanto *in via eccezionale* e

piuttosto che da un altro – come abbiamo visto all’inizio di questo paragrafo – deve essere valutato come superiore e prevalente rispetto all’interesse generale (pubblicistico) di ragionevole durata del processo. Ed è proprio ciò che si cercherà di dimostrare nel prosieguo.

Taluni hanno sostenuto che una situazione di ragionevole preferenza (e quindi un interesse) nell’esame delle questioni potrebbe verificarsi quando la parte non voglia, per ragioni personali o economiche (soprattutto di indole fiscale), portare in giudizio determinati eventi ⁽²⁴³⁾. Per

deve proteggere un interesse che sia ritenuto meritevole di considerazione da parte dell’ordinamento [...]. Oggi, è opinione comune, del tutto condivisibile, che, allo scopo di evitare abusi del mezzo processuale, sia necessario dare un contenuto puntuale o rigoroso al concetto di *interesse giuridico*. Così, sono stati individuati due parametri, ritenuti idonei a dare sostanza all’altrimenti troppo generica nozione di *ragionevole, motivato, giuridico interesse*: a) quello della *maggior preclusività* della questione, per il quale il giudice, tra più motivi parimenti idonei a definire il giudizio, deve optare per quello, seppur di minore evidenza, che assicura la *decisione più stabile*, in quanto i suoi effetti sono in grado di ostacolare la reiterazione delle azioni in ordine al medesimo bene della vita o a beni della vita diversi, ma strettamente connessi con quello oggetto della controversia; b) quello della *tutela più ampia del vincitore*, per il quale deve essere decisa prioritariamente la questione che, sebbene meno liquida di altre fornisce alla parte la maggiore *utilità*, in quanto la pronuncia ha un *vincolo precettivo*, a suo favore, più intenso». La prima tesi è sostenuta, in dottrina, da CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 507 e 520 ss., e in giurisprudenza da Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242. La seconda tesi è sostenuta da MERLIN, *Compensazione e processo*, II; Milano, 1994, pp. 144 ss., spec. pp. 152 ss.; ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 475 ss., spec. p. 505 nota 16, 509 ss.; SALVANESCHI, *L’interesse ad impugnare*, cit., pp. 143 ss.; FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L’ordine di esame delle questioni nel processo*, cit., pp. 168 ss.; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, pp. 182 ss. e 344 ss. Per MENCHINI, *L’ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 982-983, il criterio della maggiore preclusività è assorbito in quello della tutela più ampia del vincitore, sicché il criterio giustificativo della decisione delle questioni secondo un ordine di graduazione deve essere individuato nel «*maggior soddisfacimento dell’utilità ritraibile dal processo*» (in questo senso anche Cons. St., Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 5, cit.).

²⁴³ GRASSO, *La pronuncia d’ufficio*, cit., p. 118. *Contra*: CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 479, testo e nota 28, il quale osserva che gli interessi personali o economici della parte possono essere salvaguardati non già mediante il meccanismo dell’allegazione subordinata, bensì omettendo l’allegazione sgradita.

Un interesse di questo tipo è stato individuato anche con riferimento all’eccezione di prescrizione: il convenuto potrebbe infatti avere un interesse meritevole di tutela ad evitare un giudizio negativo sul proprio decoro e sulla propria correttezza, chiedendo l’esame della questione sulla prescrizione in via subordinata rispetto all’esame di altre questioni. A sostegno di questa interpretazione si può citare la concezione della prescrizione come *impium praesidium* (cfr. ORIANI, *Eccezione*, cit., p. 274). *Contra*: BUONCRISTIANI, *L’allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., pp. 261-262, il quale rileva che «l’interesse personale al proprio decoro non risulta compro-

questa via si è dunque tentato di valorizzare un “interesse alla riservatezza” in ordine a detti fatti per cui l’esame delle allegazioni secondo l’ordine imposto dalle parti sarebbe ammissibile e giustificato dall’interesse del postulante a che determinati fatti vengano presi in considerazione dal giudice solo come *extrema ratio*, ossia solo quando le altre difese spese siano ritenute infondate o comunque non idonee a raggiungere l’obiettivo che – a seconda dei casi – coincide con l’accoglimento o con il rigetto della domanda.

Il tentativo di giustificare l’ammissibilità delle allegazioni subordinate in senso stretto sulla base di ragioni di riservatezza è stato però criticato da autorevole dottrina⁽²⁴⁴⁾ che ha efficacemente rilevato come un simile interesse sia sempre leso dalla mera allegazione. Infatti, la deduzione in giudizio, anche se in via subordinata, di fatti personali (o comunque riservati) non è *ex se* idonea a evitare la possibilità di una trattazione e istruzione probatoria immediata della questione, imponendo semmai al giudice solo un ordine decisorio. Inoltre, se il riferimento al principio dispositivo non ci è sembrato idoneo per giustificare una deroga al criterio di decisione delle questioni in ossequio al principio di economia giudiziale, ancor meno ci pare che l’interesse alla riservatezza possa essere considerato quale adeguato motivo per imporre al giudice un vincolo in merito all’esame delle circostanze di fatto⁽²⁴⁵⁾.

Al fine di trovare un valido fondamento circa l’ammissibilità delle allegazioni dei fatti in modo condizionato o subordinato, ci sembra utile affrontare il tema dei limiti oggettivi del giudicato. Infatti, sin dall’inizio di questo paragrafo abbiamo sostenuto che si potrebbe ritenere ammissibile un vincolo per il giudice rispetto alle allegazioni graduate formulate

messo dalla decisione di rigetto del diritto controverso in accoglimento dell’eccezione di prescrizione, perché rimane assorbita e non accertata l’effettiva esistenza del diritto di credito in quanto non pagata».

²⁴⁴ CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 479 ss.

²⁴⁵ In questo senso anche CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 479 ss. L’Autore, prendendo spunto dal processo civile allora vigente caratterizzando dall’assenza di rigide barriere preclusive in merito all’attività asseveratoria, ha affermato che «più agevole e produttivo risulterà dopotutto [...] tenere in serbo la allegazione «pericolosa» fino al momento in cui si rilevi la gracilità giuridica o probatorio-fattuale delle allegazioni principali» (p. 480).

dalle parti se (e solo se) si riesca a dimostrare che sussiste un interesse privato della parte meritevole di tutela, che prevalga rispetto all'interesse pubblico di economia processuale. Tale interesse – si è detto – va individuato nella maggiore utilità che il vincitore può trarre dalla sentenza: esso sarà tanto più intenso quando vi sia l'applicazione di un'ampia portata degli effetti (attributivi, preclusivi e conformativi del giudicato).

Un simile interesse alla tutela più ampia ritraibile dal processo è stato ritenuto sussistente da coloro i quali hanno aderito alla concezione estensiva del giudicato, per cui questo si formerebbe non solo sul diritto dedotto in giudizio, ma anche sulle questioni pregiudiziali e preliminari di merito risolte in motivazione per addivenire alla decisione sul diritto azionato⁽²⁴⁶⁾. In particolare si è sostenuto che, attribuendo efficacia vincolante, in successivi giudizi su altre cause, anche alla soluzione delle questioni pregiudiziali e preliminari dibattute e decise per arrivare alla sentenza sul diritto fatto valere nel primo processo, si viene inevitabilmente a creare un interesse della parte a che la sentenza di merito venga fondata su un determinato fatto costitutivo piuttosto che su un altro, anch'esso ipoteticamente spendibile. Ed infatti la sentenza, vincolando le parti non solo rispetto all'esistenza (o inesistenza) del diritto controverso

²⁴⁶ Cfr. da ultimo MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 991 ss. La tesi è ampiamente discussa (ma non condivisa) da CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 484 ss. (cfr. spec. note 33, 34, 36 e 37 per ampi riferimenti alla dottrina domestica, tedesca e anglo-americana). Con riferimento alla dottrina che accoglie una concezione ampia del giudicato, estendendo quest'ultimo anche alle questioni pregiudiziali e preliminari effettivamente discusse tra le parti davanti al giudice competente, cfr. TARUFFO, «*Collateral estoppel*» e *giudicato sulle questioni*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1971, pp. 651 ss.; II, in *Riv. dir. proc.*, 1972, pp. 282 ss.; DENTI, voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, pp. 675 ss.; PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, cit., p. 675; ID., *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, pp. 212 ss.; ID., *Ancora sull'efficacia della decisione di questioni preliminari di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 560; FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1977, pp. 127 ss. *Contra*: CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 488, il quale rileva che i corollari insiti nell'accettazione di questa impostazione non sono apparsi «all'atto pratico di agevole e tranquillizzante accettabilità». Nello stesso senso cfr. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 128; MONTANARI, *L'efficacia delle sentenze non definitive su questioni preliminari di merito*, III, in *Riv. dir. proc.*, 1987, pp. 324 ss.

(²⁴⁷), bensì anche rispetto alle questioni preliminari e pregiudiziali esaminate nel contesto del giudizio (²⁴⁸), potrebbe in ipotesi pregiudicare le parti in successivi processi; da qui l'interesse che la decisione venga assunta secondo un determinato *iter* scelto dalle parti medesime (²⁴⁹).

Sempre muovendo dai legami tra il tema dell'allegazione dei fatti in modo subordinato o condizionato e quello del giudicato, si è riconosciuto un interesse della parti a imporre un determinato ordine di trattazione e decisione delle allegazioni perché la sentenza, in quanto *lex specialis*, non vincola le parti solo rispetto alla sussistenza o meno del diritto controverso, ma anche riguardo agli specifici profili fattuali esaminati e

²⁴⁷ Si è sostenuto (CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 481 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici) che il problema delle allegazioni subordinate non si pone per coloro che, aderendo al classico (e restrittivo) insegnamento chiovendiano in materia di oggetto del giudicato, affermano che esso si forma solo sull'esistenza o meno del diritto fatto valere *in iudicium*. Ciò in quanto, in questi casi, le allegazioni tenute presenti, quale motivo portante, dalla decisione non produrranno effetti in giudizi su liti diverse (ancorché connesse) e nemmeno in giudizi sulla stessa lite consentiti dalla sopravvenienza di nuovi fatti. Tra gli Autori che hanno aderito alla concezione classica del giudicato cfr. in particolare: MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato*, Padova, 1978, pp. 74 ss.; TARDIVO, *Il giudicato sulla motivazione*, Roma, 1967, pp. 69 ss.; CIFFO BONACCORSO, *Il giudicato civile*, Napoli, 1955, pp. 16 ss. e 59 ss.

Alla teoria tradizionale, che limita i casi di vincolatività extraprocessuale delle questioni risolte nel corso di un dato processo, ed alla teoria estensiva del giudicato alle questioni effettivamente e seriamente discusse tra le parti, si può oggi affiancare una ricostruzione di carattere intermedio elaborata da MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit.; ricostruzione che pone le sue basi sulla distinzione tra pregiudizialità tecnica e pregiudizialità logica (pp. 87 ss.).

²⁴⁸ Sulla nozione di questione preliminare di merito e sul rapporto con il giudicato, cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2015, p. 92.

²⁴⁹ In argomento cfr. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 488, il quale propone come esempi l'ipotesi in cui il nuovo processo presenti una o più questioni preliminari identiche a quelle decise con efficacia di giudicato nel processo già concluso e vertente su un diritto diverso ovvero l'ipotesi in cui, dopo una sentenza di rigetto, la medesima domanda possa essere proposta sulla base dell'allegazione di fatti sopravvenuti incidenti sul motivo portante. V. anche MENCHINI(-MOTTO), sub *art. 2909 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, cit., p. 54, nota 100, per cui, in forza del primato della ragione più liquida, il giudice può accogliere la domanda avente ad oggetto un diritto autodeterminato sulla base del titolo di più facile e pronto accertamento; ferma restando la facoltà per l'attore di graduare le proprie allegazioni, dimostrando di avere interesse all'esame di alcune di esse in modo prioritario rispetto ad altre. Da ultimo cfr. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 987, testo e nota 27, secondo il quale «le questioni, *fungibili* dal punto di vista del primato della ragione più liquida, perdono tale carattere, ove si assuma a parametro di riferimento l'*interesse della parte*, divenendo prioritaria quella, tra le più, che assicura il grado di tutela maggiore».

valutati nella decisione (e non alle questioni preliminari e pregiudiziali come visto poc'anzi). Questa tesi poggia sulla concezione per cui oggetto del processo è la questione dell'esistenza di una possibile fattispecie costitutiva del diritto (la *Recht* e non la *Rechtsfrage*) per cui, se viene dedotto in giudizio non già il diritto sotto tutti i suoi profili costitutivi, ma il diritto sulla base di un determinato profilo costitutivo, allora il giudice deve decidere sulle singole questioni poste, nell'ordine dato dalla parte, cioè deve decidere sulle plurime domande proposte, anche se relative a uno stesso diritto⁽²⁵⁰⁾. In caso contrario – se ben intendo – vi sarebbe una violazione del principio secondo cui il giudice deve decidere *secundum allegata, non secundum conscientiam*. Più precisamente, accogliendo la domanda sulla base di un profilo costitutivo “secondario”, assorbendo quello “principale”, è come se si consentisse al giudice di derogare al principio dispositivo, creando nuovi diritti.

È evidente però che tale ricostruzione può trovare applicazione solo ed esclusivamente nei casi di diritti eterodeterminati, perché solo rispetto a questi ultimi la variazione del fatto costitutivo determina una modifica del diritto dedotto in giudizio e, conseguentemente, della domanda giudiziale.

La tematica dell'ammissibilità delle allegazioni subordinate è stata inoltre esaminata dalla dottrina domestica⁽²⁵¹⁾ anche alla luce della teoria, emersa nell'esperienza processuale tedesca⁽²⁵²⁾, del vincolo ai motivi

²⁵⁰ Cfr. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., pp. 258 ss., il quale aggiunge che i fatti vengono apprezzati non già nel loro ruolo strumentale di fondamento del diritto, bensì quali atti di fissazione del *thema decidendum* e della decisione.

²⁵¹ V. per tutti CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 500 ss. Cfr., più recentemente, MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., spec. pp. 987 ss., ove si legge che «sono il principio del giudicato sulla base del *motivo portante* e le sue applicazioni, che costituiscono la materia sulla quale deve essere saggiato il parametro della *maggiore utilità ritraibile dal processo*».

²⁵² La teoria del vincolo «relativo» ai motivi portanti del precedente giudicato è riconducibile all'ampia monografia di ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge: Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozess*, Tübingen, 1959, pp. 31 ss., che ha esercitato una decisiva influenza nella letteratura tedesca in tema di giudicato, e che è stata ampiamente illustrata da BONSIGNORI, *I limiti oggettivi della cosa giudicata in un recente libro tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pp. 236 ss. Tra gli Autori italiani che si sono soffermati su questa nuova teoria cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 310 ss.; ID, *Il giudicato civile*, Milano, 1988, pp. 167 ss.; CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. dir. priv.*,

portanti del precedente giudicato, vincolo solo «relativo» in quanto operante esclusivamente nei processi successivi il cui oggetto risulti identico o collegato a quello del giudizio già definito. È appena il caso di costatare che questa teoria ha una portata meno ampia rispetto a quella esaminata *supra* secondo la quale il giudicato formatosi sulle questioni pregiudiziali o preliminari di merito affrontate nel primo processo può produrre effetti anche in successivi giudizi. Nella teoria zeuneriana sui motivi portanti, infatti, ciò che rileva è solo il giudicato sul motivo; tale rilevanza, inoltre, riguarda esclusivamente i giudizi identici o connessi da un nesso logico-giuridico intenso al primo giudizio (²⁵³).

2010, pp. 974 ss.; ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II. Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, pp. 594 ss.; ID. *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., pp. 500 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2013, 187; ID., *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, in *Giust. civ.*, 1985, I, pp. 559 ss.; CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, p. 141; MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, Milano, 1994, pp. 110 ss.; BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, Padova, 2012, pp. 227 ss.; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 171 ss., 180 ss. e 576 ss. CAVALLINI, *L'oggetto del processo di rivendica*, Napoli, 2002, pp. 367 ss.; CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, pp. 146 ss.; DALLA BONTÀ, *Una «benefica inquietudine». Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, pp. 891 ss.; CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, pp. 141 ss., ove è riportato, così tradotto, un significativo passo di ZEUNER, *op. cit.*, pp. 172 ss.: «la c. giudicata deve tutelare determinate relazioni individuate dal fine che sussistono tra ciò che è stato accertato come oggetto del precedente processo e l'effetto attualmente dedotto. Il giudice del successivo processo è corrispondentemente impedito di discostarsi dai motivi di una decisione passata in giudicato in tanto – e solo in tanto – in quanto una valutazione contraddittoria caducherebbe tale relazione. Il vincolo introdotto in questo senso con riferimento ai motivi della precedente decisione è pertanto – come più volte sottolineato – non uno scopo autonomo, ma solo un mezzo per portare al riconoscimento l'intero contenuto, di ciò che il giudice ha accertato sull'effetto fatto valere della precedente decisione è pertanto – come più volte sottolineato – non uno scopo autonomo, ma solo un mezzo per portare al riconoscimento l'intero contenuto, di ciò che il giudice ha accertato sull'effetto fatto valere».

²⁵³ Zeuner rileva che il giudicato reso su una pretesa esplica i suoi effetti anche su un'altra pretesa nel caso in cui le stesse siano legate da una relazione di interdipendenza. In particolare, tale nesso sussiste tra gli effetti giuridici sinallagmatici: nel caso in cui una parte sia stata condannata all'adempimento di una prestazione, nel successivo processo non può essere respinta la domanda relativa alla controprestazione facendo leva sull'inesistenza del contratto (ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge: Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozess*, cit., pp. 75-76, citato da MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit. p. 132, nota 161, a cui si rinvia anche per ulteriori esempi e riferimenti agli Autori tedeschi che hanno seguito l'impostazione di Zeuner in tema di limiti oggettivi del giudicato).

Ritornando al tema che qui ci interessa – ossia la possibile ammissibilità delle allegazioni subordinate o condizionate – si è sostenuto, in adesione alla teoria zeuneriana, che il motivo portante su cui si regge una decisione di rigetto della domanda può acquistare un preciso rilievo differenziatore in vista di un successivo giudizio in cui venga riproposta la stessa domanda sulla base però di fatti nuovi sopravvenuti ⁽²⁵⁴⁾; ciò in quanto il motivo portante della decisione identifica il fatto giuridico sopravvenuto rilevante, che permette di superare la decisione già resa sullo stesso bene della vita. In questo caso la riproposizione della stessa domanda – già oggetto di una pronuncia di rigetto dichiarativa dell'inesistenza del diritto fatto valere – è ammessa se (e solo se) il fatto sopravvenuto incida proprio sul motivo portante della prima decisione negativa ⁽²⁵⁵⁾ ⁽²⁵⁶⁾.

²⁵⁴ Per MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 989 ss., il medesimo principio troverebbe applicazione anche con riferimento alla sentenza di accoglimento nei giudizi di impugnazione di atti di esercizio di poteri sostanziali (ad esempio il potere del datore di lavoro di licenziare il prestatore di lavoro, il potere assembleare nelle società o nei condomini e così via). Osserva l'Autore che, per determinare se, a seguito di una pronuncia che abbia annullato l'atto, il titolare del potere possa rinnovarne l'esercizio, sfuggendo così al precedente giudicato, assume rilevanza il motivo portante della decisione sul quale si è fondata la pronuncia costitutiva di annullamento, sicché il nuovo atto è un fatto giuridico rilevante solo se non presenta il vizio già ritenuto esistente dal giudice. Ad esempio, se il primo licenziamento è stato ritenuto invalido per vizi formali, il datore potrà intimare nuovamente il licenziamento del lavoratore, avendo cura di non incorrere nel vizio già accertato dal primo giudice. In argomento, v. ampiamente, LUIO, *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, in *Giust. civ.*, 1985, p. 561; CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 141; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 578 ss.

²⁵⁵ Per aggirare l'ostacolo della cosa giudicata non è sufficiente l'allegazione di un fatto nuovo posteriore, è necessario che la sopravvenienza abbia ad oggetto un fatto giuridico che coincide con il motivo portante della prima decisione, sulla base del quale il giudice ha rigettato la domanda nel merito. Sul punto cfr. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 988 ss., a cui si rinvia anche per alcuni esempi; ID., *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., pp. 503 ss.; ID., *Il giudicato civile*, cit., pp. 237 ss.; CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 503 ss. e 528-529; LUIO, *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, cit., pp. 559 ss., spec. p. 560; CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., pp. 313 ss.; ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., pp. 503 ss.

²⁵⁶ Ad esempio, si pensi al rigetto della domanda di rivendica per insussistenza del diritto di proprietà in capo all'attore. Quest'ultimo non potrà riproporre la stessa domanda adducendo che il convenuto ha acquisito, nelle more, il possesso della *res* rivendicata che in precedenza non aveva (questione *in thesi* rimasta assorbita nel primo processo), trattandosi di un fatto nuovo estraneo al motivo portante della prima decisione.

Da tale ricostruzione consegue che le parti potrebbero avere un interesse a che la domanda venga accolta sulla base di un motivo piuttosto che un altro o, all'opposto, che la domanda venga rigettata per un motivo invece che un altro ⁽²⁵⁷⁾. Ebbene, se la parte (attore o convenuto) ha manifestato specifiche scelte preferenziali in merito all'ordine di esame delle difese nel giudizio – scelte basate su ragioni di convenienza circa la diversa utilità dei vari motivi portanti della decisione in vista del differente futuro giudizio – si potrebbe per questa via ritenere ammissibile la deduzione graduata delle allegazioni ⁽²⁵⁸⁾. In questo caso, infatti, la parte

Alcuni hanno sostenuto che il motivo portante della precedente decisione avrebbe un valore ancor più intenso atteso che il riesame della domanda sarebbe specificamente limitato anche contenutisticamente, per cui vi sarebbe un vincolo per il giudice alle soluzioni delle questioni già risolte nella prima sentenza (per i sostenitori di questa tesi ampia si rinvia agli Autori menzionati da CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 504, note 57 e 58). Al fine di meglio comprendere questa impostazione, si pensi al caso in cui, nel primo giudizio di rivendica, il giudice accerti la sussistenza del possesso sulla cosa rivendicata in capo al convenuto ma, tuttavia, rigetti la domanda per difetto del diritto di proprietà. Se nel frattempo l'attore acquisisse il diritto di proprietà sulla *res*, nel successivo giudizio di rivendica il giudice non potrebbe più mettere in discussione la questione relativa al possesso, sempreché, anche rispetto a tale situazione di fatto, non si verificano mutamenti. Per fare un altro esempio, si pensi al processo in cui l'attore propone una domanda di condanna avente ad oggetto un diritto di credito. Il giudice accerta la sussistenza del diritto dedotto in giudizio ma, nonostante ciò, rigetta la domanda in quanto il credito non è esigibile. In un successivo giudizio riguardante la medesima domanda di condanna, instaurato in seguito allo scadere del termine per l'adempimento, il giudice non dovrebbe riesaminare la questione della sussistenza del diritto (almeno al tempo della prima sentenza). Critico CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 504, il quale ha rilevato che la tesi che ha attribuito un ruolo più incisivo al vincolo dei motivi portanti determinerebbe «un notevole, ma incongruo e non giustificato, rilievo processuale agli *obiter dicta*», quali appunto le eventuali soluzioni di talune questioni a favore dell'attore la cui domanda venga però rigettata per un motivo di rilievo assorbente. Sul punto cfr. anche CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., pp. 141 ss.

²⁵⁷ Esemplicando: il debitore convenuto in un giudizio di condanna per il pagamento di una somma di denaro preferirà sicuramente che la domanda attorea sia rigettata per inesistenza del credito (o comunque per sua estinzione) piuttosto che per la sua inesigibilità al momento dell'emissione della prima sentenza, posto che, in questo secondo caso, il creditore potrà (e lo farà quasi certamente) agire per ottenere il pagamento non appena il credito sarà esigibile. Di conseguenza, la non esigibilità del credito potrà essere dedotta in via condizionata rispetto all'inesistenza dello stesso.

²⁵⁸ Cfr. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 987: «se la vittoria, per l'attore o per il convenuto, può presentare una spettro di gradazione di utilità crescente, in considerazione del fatto che, per mezzo del vincolo promanante dal motivo portante, l'efficacia del giudicato, in successivi giudizi riguardanti lo stesso diritto o diritti reciprocamente implicati o, ancora, diritti dipendenti, può avere differente portata, la parte

avrebbe interesse a che venga decisa per prima una determinata questione che, se fondata, comporta una portata preclusiva del giudicato più ampia, diminuendo le possibilità per la controparte di agire in giudizio per la tutela della medesima situazione giuridica sostanziale, affermando la sussistenza di un fatto sopravvenuto.

In questo caso, il vincolo del giudice a un determinato *ordo procedendi*, stabilito *a priori* dalla parte in considerazione della differente portata preclusiva del giudicato, non soddisfa soltanto l'interesse privato della parte a ottenere la tutela più ampia possibile dalla sentenza, bensì può essere fonte di un beneficio per l'economia giudiziale extraprocessuale⁽²⁵⁹⁾, nonché per la concentrazione complessiva dell'attività giurisdizionale da svolgere ai fini della tutela di una determinata situazione sostanziale. Il giudizio può essere meno celere, perché talvolta la questione meno liquida deve essere risolta per prima in quanto ritenuta principale dalla parte; tuttavia, la lite è risolta definitivamente, essendo la pronuncia più stabile e dotata di più ampia efficacia preclusiva di nuove azioni relative al medesimo bene della vita⁽²⁶⁰⁾.

Esemplificando, una simile situazione potrebbe verificarsi allorché il giudice, posto dinanzi alla scelta tra rigettare la domanda di condanna al pagamento per inesigibilità del credito ovvero per inesistenza dello stesso, sia tenuto a scegliere tale ultima strada (anche se più complessa perché richiede lo svolgimento di un'attività istruttoria, in ipotesi non necessaria nel primo caso) sulla base delle allegazioni in via graduata della parte che ha espresso una preferenza nella decisione di una questione prima di un'altra. Tale soluzione – come detto – soddisfa anche interessi pubblicistici, primo fra tutti il principio di economia extraprocessuale. Infatti, nel caso di rigetto per mancanza di un fatto costitutivo del diritto di

ha un sicuro interesse a svolgere le proprie difese in *forma*, piuttosto che concorrente, *graduata*».

²⁵⁹ Cfr. per tutti CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 503 ss. e 528 ss.; SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., pp. 143 ss.; MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 146; ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 505, nota 16; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 345, nota 306.

²⁶⁰ Cfr. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 991, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

credito azionato sarà precluso all'attore il diritto di riproporre la medesima domanda in un successivo giudizio; viceversa, nel caso di rigetto per inesigibilità, l'attore potrà esperire nuovamente la stessa domanda una volta scaduto il termine, anche se tale domanda andrà incontro a un sicuro rigetto per inesistenza di un fatto costitutivo del diritto di credito azionato, questione assorbita nel primo processo perché la domanda è stata rigettata sulla base dell'affermata inesigibilità del credito (questione più liquida) ⁽²⁶¹⁾.

Al contrario, il rigetto della domanda di condanna sulla base della ragione più liquida (inesigibilità), se certamente in linea con il principio di economia *endoprocedurale*, "violerebbe" il principio di economia *extraprocedurale*, posto che – come già si è detto – il rigetto della domanda sulla base della questione "più semplice" (perché già istruita), in vece di quella "più complessa", comporterebbe la possibilità per l'attore di riproporre la domanda, anche se all'evidenza infondata, con conseguente aggravio di costi per la "macchina-justitia".

Vi è ora da chiedersi se la fattispecie delle allegazioni graduate possa ritenersi ammissibile solo nei casi in cui il motivo portante della decisione rilevi in un successivo processo avente a oggetto la stessa situazione sostanziale dedotta nel primo giudizio ovvero anche in quelle ipotesi in cui il secondo processo riguardi non già una lite identica rispetto a quella già giudicata, ma fortemente collegata sul piano giuridico (e non solo logico-fattuale).

Secondo alcuni, le difese graduate possono trovare cittadinanza anche con riferimento a future controversie relative a diritti connessi (e quindi non identici) con quello deciso, «in forza di un vincolo di *interdipendenza funzionale* o di *reciproca (inscindibile) interferenza*» ⁽²⁶²⁾. La sentenza – si è affermato – presenta una gamma di gradazione di interesse

²⁶¹ La tesi è ampiamente esaminata da CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 507 ss., testo e nota 68, in cui vengono citati gli autori favorevoli e contrari all'impostazione indicata nel testo.

²⁶² MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 991 ss.

per il vincitore: «di volta in volta, la portata attributiva-preclusiva del giudicato è circoscritta alla singola pretesa azionata oppure colpisce anche il rapporto giuridico complesso [...] ed influenza, in maniera differente, l'esito di future liti, concernenti le ulteriori posizioni giuridiche *funzionalmente* collegate con quella decisa» (263).

Altra parte della dottrina, invece, ha fornito al quesito risposta negativa alla luce del fatto che in questo caso, a differenza di quello relativo al motivo portante della sentenza di rigetto in una causa identica, la probabilità di deduzione in giudizio di diritti correlati non è quantificabile *a priori* e, soprattutto, la probabilità che vengano instaurati futuri e nuovi giudizi è più bassa rispetto alla categoria analizzata in precedenza (diritti identici) (264). Inoltre, si è osservato che il pregiudizio in ordine all'imposizione di future liti su oggetti collegati (ma distinti) è assai sfumato, e si avrà solo in talune ipotesi. A tal proposito, si è fatto riferimento al caso in cui l'attore che richieda il pagamento di un credito sulla base di un contratto sinallagmatico (per esempio, la compravendita) ovvero sulla base di un riconoscimento di debito. Ebbene l'attore avrà interesse a che la propria domanda di condanna sia accolta sulla base del secondo titolo sopra citato (riconoscimento del debito), in quanto se la domanda fosse accolta in virtù dell'altra soluzione prospettata da ciò scaturirebbe – secondo la teoria zeuneriana – l'accertamento vincolante dell'esistenza e della validità del contratto. In questo caso, in un secondo processo a parti invertite avente a oggetto la richiesta della prestazione corrispettiva (per esempio,

²⁶³ Così MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 993. L'Autore aggiunge che, tale soluzione, risponde non solo ad interessi privatistici, ma anche pubblicistici, quali il principio di economia processuale, di effettività della tutela e di strumentalità del processo, aspetti che sono tutti evidenziati e valorizzati dalla Sezioni Unite con le sentenze "gemelle" del dicembre 2014.

²⁶⁴ Così CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 519-520, il quale per contro rileva che, nelle ipotesi di motivo portante relativo alla decisione di rigetto, appare sicura la riproponibilità della domanda rigettata "allo stato". *Contra*: MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 993 ss., secondo il quale «il metro di misura della *meritevolezza* dell'interesse della parte non può essere costituito da un elemento del tutto casuale». «Ben è possibile che il pericolo di future liti sia minore nella prima figura che in quella in esame; di sicuro, tale rischio si riduce sensibilmente, se le parti ricevono dal processo una regola di condotta che non è circoscritta alla singola pretesa, ma si estende alla relazione intersoggettiva nella sua interezza». Nello stesso senso di Menchini v. anche MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, p. 346, nota 306.

la consegna della *res* compravenduta) formulata dal convenuto condannato nel primo giudizio, il motivo portante della prima decisione troverebbe efficacia. Si è quindi sostenuto che, se è vero che, anche in questo caso la scelta di un motivo portante piuttosto che un altro sarebbe fonte di un pregiudizio processuale per la parte, di compressione delle sue future facoltà difensive⁽²⁶⁵⁾, è altresì vero che si tratta di un pregiudizio diverso rispetto a quello visto *supra* per le ipotesi di processi aventi lo stesso oggetto, originati dal rigetto della prima domanda e dal fatto nuovo sopravvenuto. Nel caso di giudizi collegati, infatti, il pregiudizio si risolve in un mancato vantaggio per la parte. Ritornando al nostro esempio, l'attore che veda accolta la domanda di rivendica sulla base del contratto di vendita supporterà il pregiudizio (*rectius* il mancato vantaggio) di essere eventualmente convenuto in un successivo processo avente a oggetto la condanna alla controprestazione del contratto sinallagmatico.

Ancora, ci si è chiesti se sia consentito alla parte di effettuare allegazioni e difese graduate, indicando come preferita quella dal cui accoglimento deriva una regola precettiva per lei più vantaggiosa non già con riferimento alla situazione giuridica sostanziale *sub iudice*, bensì circa un diritto dipendente da quello oggetto del processo.

Parte della dottrina ha sostenuto che, nonostante in tale ipotesi la differenza di tutela sia proiettata non sullo stesso bene della vita, bensì su un diritto dipendente, deve comunque ammettersi la possibilità di gra-

²⁶⁵ Cfr. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 513 ss., il quale rileva che, in altre ipotesi, il pregiudizio di cui si discute è escluso. Ad esempio ciò accade – secondo Consolo – quando l'attore chieda l'accertamento del diritto di proprietà di un bene sulla base di due titoli di acquisto diversi: il contratto di compravendita stipulato in una certa data e l'usucapione intervenuta anni dopo. In una simile fattispecie l'attore potrà certo preferire l'accoglimento della domanda sulla base del titolo anteriore (nel nostro caso il contratto di vendita) perché da ciò potrebbe ottenere, in ipotesi, la restituzione dei frutti percepiti dal possessore in mala fede da una data anteriore. Consolo rileva che dalla scelta di un determinato titolo acquisitivo come motivo portante della sentenza sulla rivendica non deriverà un pregiudizio davvero irreparabile per l'attore, il quale, nel secondo giudizio avente ad oggetto frutti, potrà contare su un già acquisito accertamento del suo diritto reale, dovendo invece provare la fondatezza anche della decorrenza più remota. Analogo discorso potrebbe essere fatto con riferimento ad un giudizio in cui è proposta domanda di condanna per il pagamento di una somma di denaro in cui l'attore deduca due differenti *causae petendi*: il contratto di vendita e il riconoscimento del debito.

duare le allegazioni costitutive o estintive, modificative, impeditive, imponendo al giudice un vincolo di condizionamento, sempre che sussista un interesse concreto e attuale della parte a che un determinato fatto venga deciso prima di altri ⁽²⁶⁶⁾.

Un esempio può forse chiarire la questione. Si pensi al caso in cui l'attore che agisca in giudizio per ottenere la condanna del convenuto al pagamento di una somma di denaro. Premesso che il diritto dipendente agli interessi può essere ritenuto esistente solo se il diritto principale (*i.e.* il credito per capitale) è sorto anche se poi si è estinto, il convenuto avrà quindi interesse a che la domanda attorea sia rigettata sulla base della sussistenza di un fatto impeditivo ovvero dell'inesistenza di un fatto costitutivo, piuttosto che sulla base di un fatto estintivo sopravvenuto. Ciò in quanto, nella prima ipotesi (e non anche nella seconda), il convenuto non sarebbe tenuto a corrispondere i frutti civili all'attore, posto che il diritto di quest'ultimo non è mai sorto. In altri termini, a seconda del motivo di rigetto, la sentenza ha portata attributiva differente, riconoscendo beni della vita diversi al convenuto ⁽²⁶⁷⁾.

Si pensi anche al caso in cui l'attore agisca in giudizio per ottenere l'accertamento del diritto di proprietà sulla base di diversi titoli di acquisto; quest'ultimo potrebbe avere un interesse attuale e concreto a che l'accertamento del diritto reale sul bene fruttifero avvenga sulla base di un titolo di acquisto anteriore (per esempio, un contratto di compravendita) anziché su di un altro posteriore (per esempio, l'usucapione), perché in tal caso potrebbe ottenere dal possessore in mala fede, ai sensi dell'art. 1148 c.c., i frutti maturati dalla data antecedente ⁽²⁶⁸⁾. In questa ipotesi, al

²⁶⁶ MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 994-997.

²⁶⁷ MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 995; ID., *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., p. 298; CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 512; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 7 ss., spec. p. 137.

²⁶⁸ MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 995-996, afferma quanto segue: «non vedo ragione per la quale si debba vietare alla parte di sfruttare appieno il primo giudizio, al fine di ricevere dal giudice una regola di condotta di contenuto più *utile*, capace di condizionare e, forse impedire, futuri giudizi relativi alla situazione sostanziale dipendente», aggiungendo che la circostanza per cui la domanda relativa al diritto dipendente sia solo eventuale non ha alcun rilievo «perché non può essere rimesso all'interprete

contrario di quelle precedentemente esaminate, non è l'esistenza del diritto dipendente a dipendere dalla sussistenza del diritto principale, bensì sono l'*an* e il *quantum* del diritto dipendente a essere condizionati dall'esistenza e dal momento in cui è sorto il diritto principale. Tuttavia, il riconoscimento della proprietà sulla base di un titolo di acquisto antecedente presenta per l'attore un'utilità maggiore, e ciò basta per riconoscere il potere di quest'ultimo di allegare, in forma condizionata, i più fatti costitutivi.

In ogni caso, va osservato che lo specifico interesse deve essere dedotto in giudizio (²⁶⁹), altrimenti il giudice non potrà avere cognizione

stabilire, in astratto, quali siano le vicende in cui il rischio dell'insorgenza di liti future sia più elevato».

Appare opportuna un'ulteriore precisazione. Nel caso in cui nel primo processo sia stato accertato il diritto di proprietà su un bene fruttifero sulla base di un determinato titolo costitutivo (e.g. per usucapione perfezionatosi nel 2016), con assorbimento delle altre fattispecie costitutive dedotte (e.g. acquisto per contratto di compravendita stipulato il 29/01/1989), in un successivo giudizio avente ad oggetto l'accertamento di un diritto collegato/dipendente (e.g. il diritto ai frutti), l'attore non potrà più chiedere un nuovo accertamento del diritto di proprietà sulla base di una differente fattispecie costitutiva al fine di ottenere, per ipotesi, la retrodatazione dell'acquisto e, dunque, l'accertamento del diritto ai frutti con decorrenza antecedente. La decisione, infatti, funge da *lex specialis* tra le parti per cui, in caso di accertamento del diritto, nel successivo processo non sarà più possibile discutere di fattispecie giuridiche incompatibili con l'accertamento effettuato nel primo processo. Sul giudicato sostanziale come *lex specialis* cfr. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e i suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, e anche in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, pp. 389 ss.

In senso diverso v. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 299, secondo il quale l'interessato «potrà, nel successivo processo, fare leva sulla prima sentenza per il riconoscimento dei frutti fino alla data del fatto costitutivo accertato; se vorrà, invece, sostenere una decorrenza anteriore, dovrà dimostrare l'esistenza di un titolo di data meno recente, non allagato precedentemente oppure, benché dedotto, non esaminato dal giudice in quanto assorbito». Sul punto v. anche, dello stesso Autore, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 997, ove si aggiunge che siffatto principio non incide sulla sussistenza di un interesse dell'attore a dedurre, in via principale, il fondamento costitutivo più risalente e, solo subordinatamente, quello più prossimo. In senso analogo a Menchini cfr. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 514; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 514.

²⁶⁹ Sempre facendo leva sui noti principi di economia processuale e ragionevole durata del processo riteniamo che non sia sufficiente che la parte deduca in giudizio l'interesse specifico a che la decisione venga assunta secondo un determinato e specifico esame delle questioni. Viceversa riteniamo indispensabile che la parte proponga, nel medesimo giudizio, la domanda di accertamento del diritto correlato (nel caso di specie, il diritto ai frutti rispetto al diritto di proprietà) perché l'interesse sia effettivamente attualizzato. Nello stesso senso cfr. anche CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 540. Cfr. anche BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 256; COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, vol. I, Padova,

dello stesso e, così, non avrà alcun potere di derogare il principio di decisione della causa secondo la ragione più liquida.

Esaminate le diverse tesi in merito all'ammissibilità o meno delle allegazioni subordinate o condizionate, possiamo a questo punto del lavoro giungere a una conclusione: il potere delle parti di vincolare il giudice rispetto a un determinato ordine di trattazione e decisione delle allegazioni non può ricevere una soluzione valida universalmente ⁽²⁷⁰⁾, e il discorso non si esaurisce con l'analisi dei rapporti tra tali allegazioni e l'estensione del giudicato. La possibilità per la parte di imporre un determinato ordine nella decisione sui fatti coinvolge soprattutto problemi di economia processuale, primo fra tutti l'esigenza di rendere il processo civile "giusto", vale a dire di durata ragionevole. Infatti, non vi è dubbio che l'imposizione al giudice di un dato ordine da seguire nell'esame delle varie questioni incida sull'economia (endo)processuale ⁽²⁷¹⁾.

Anche alla luce della sempre più sentita esigenza di rendere il processo civile più celere – esigenza che ha ispirato le (molteplici) riforme del codice di rito degli ultimi anni –, riteniamo che lo svolgimento della fase di decisione delle questioni debba essere ispirato ai principi di ragionevole durata del processo e di economia processuale, che trovano oggi

1980, pp. 215 ss., nonché vol. II, Padova, 1982, pp. 355 ss.; SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., pp. 127 ss.

²⁷⁰ Nello stesso senso cfr. anche BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., pp. 255 ss., spec. p. 262, il quale afferma che «non sussiste in astratto un potere della parte di imporre un determinato ordine di esame e decisione dei fatti allegati»; tuttavia l'Autore rileva che «in un processo retto dal c.d. principio di eventualità la parte può imporre un determinato ordine di esame e decisione dei profili fattuali costitutivi del diritto controverso».

²⁷¹ A medesime conclusioni giunge anche CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 507, il quale tuttavia aggiunge che «il richiamo all'economia processuale non può valere come orientamento affatto univoco», ciò in quanto «quella scelta che, all'intero del processo pendente, può operare a favore dell'economia di attività, propiziando la definizione del giudizio per la via più sollecita, può invero talora rilevarsi controproducente, non appena si ampli la prospettiva alla generale economia giudiziale extraprocessuale, in quanto tale da permettere la persistenza di incertezze, che possano giustificare l'insorgere di nuovi processi, eliminabili invece affrontando subito la questione più impegnativa e comunque quella a più intensa incidenza pregiudicante» (p. 519). A dimostrazione di tale conclusione Consolo richiama, nel contesto del suo lavoro, il già più volte menzionato caso del processo volto alla condanna del convenuto al pagamento di un credito in cui la domanda può essere rigettata sia per inesistenza del credito (questione più complessa) sia per inesigibilità dello stesso (questione più semplice e, in ipotesi, più liquida).

riconoscimento costituzionale. Sicché il giudice dovrebbe, in linea generale, decidere la controversia sulla base della questione di più pronta soluzione, a prescindere dalla formulazione delle questioni gradatamente proposte dalle parti.

Tuttavia, non si può negare l'altrettanto sentita esigenza di risolvere la lite su un determinato bene della vita all'interno del processo già pendente, evitando l'istaurazione di procedimenti paralleli o successivi. Da ciò consegue che la regola generale, per cui il giudice deve decidere la controversia sulla base della questione di più pronta soluzione, può essere derogata dalle parti per far spazio a interessi concreti e attuali, anche privati, prevalenti rispetto al principio pubblicistico di ragionevole durata del processo. Ciò può accadere – come già si è detto – quando venga dedotto in giudizio un interesse a che la decisione venga assunta secondo un dato ordine per consentire alla parte di ottenere dal processo e dalla sentenza la maggiore utilità possibile, interesse che risulta comunque fondato su esigenze di economia (extra)processuale ⁽²⁷²⁾.

²⁷² MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 997 ss., osserva che l'interesse della parte alla tutela più intensa, che legittima, da un lato, l'allegazione in via subordinata di più fatti e, dall'altro lato, il vincolo del giudice a che la decisione degli stessi sia assunta sulla base dell'ordine stabilito, può subire dei limiti, che sono rappresentati: (a) dalla sussistenza di poteri officiosi e dal loro esercizio; (b) dalla struttura delle fattispecie sostanziali.

Con riferimento al primo tema, si pone il seguente interrogativo: se la parte ha proposto gradatamente plurime eccezioni in senso lato, il giudice è vincolato all'ordine indicato dalla parte (e quindi dovrà decidere primariamente l'eccezione "principale" e solo nel caso di rigetto di quest'ultima potrà decidere quelle "subordinate") oppure può decidere secondo il principio della ragione più liquida. La dottrina risalente ha adottato un'impostazione più rigida, sostenendo che la facoltà di graduazione delle allegazioni sarebbe circoscritta alle eccezioni in senso stretto; rispetto alle eccezioni in senso lato, invece, la sussistenza del potere officioso sottrae al convenuto la disponibilità esclusiva sia sulla proponibilità sia sulla modalità di esercizio della difesa (LIEBMAN, *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, pp. 539 ss., spec. 542; ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, I, Padova, 1973, pp. 185 ss., 195 ss., 196 nota 8. In questo senso, più recentemente, MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1000, secondo il quale «la proposizione di eccezioni in forma subordinata vincola il giudice circa il *modus decidendi*, impedendogli di respingere la domanda in forza dell'accoglimento di un'eccezione rilevabile d'ufficio, fatta valere dalla parte in via condizionata, omettendo di esaminare previamente quella che è stata indicata come principale». Il principio in questione non vale – secondo l'Autore – rispetto a quelle eccezioni in senso lato non proposte dalla parte: in questo caso il giudice non è vincolato all'ordine indicato dalla parte ma può decidere la causa sulla base dell'eccezione impropria non sollevata dalla parte che sia di più pronta soluzione; cfr. MENCHINI, *op. ult. cit.*, p. 998, nota 48). Altra parte della dottrina, muovendo da

Prima di concludere, si impone un'ultima notazione in tema di legittimazione e interesse ad impugnare. Occorre, infatti, chiedersi se l'attore vittorioso sia ciononostante legittimato e interessato ad impugnare la sentenza di accoglimento in cui il giudice ha ritenuto sussistente il diritto dedotto in giudizio sulla base di un'allegazione subordinata, senza aver preventivamente esaminato (e *in thesi* rigettato) l'allegazione "principale" ⁽²⁷³⁾ nonostante fosse stato dedotto in giudizio un interesse concreto e attuale a un certo *ordo decidendi*.

In questo caso, la dottrina ha ritenuto che l'attore, pur vittorioso nel merito, sia comunque legittimato ad impugnare la sentenza in via principale, in quanto soccombente dal punto di vista materiale ⁽²⁷⁴⁾, avendo

un esame dell'eccezione dalla visuale del privato, ha ritenuto che l'*ordo procedendi* imposto al giudice vale anche rispetto alle eccezioni in senso lato (CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 522 ss.; SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., pp. 147 ss. Rileva tuttavia MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 999 ss., che tale soluzione è incompleta in quanto la questione deve essere osservata anche dal lato del giudice. L'Autore richiama, e parzialmente critica, un passo della sentenza n. 26242/2014, che qui si riporta: la regola della subordinazione delle eccezioni ad opera della parte «conosce una importante variabile, rappresentata proprio dalla rilevanza d'ufficio di una determinata questione: in tal caso, infatti, non basterebbe la volontà del convenuto ad invertire l'ordine logico delle questioni, attraverso la richiesta di subordinazione dell'una all'altra». La critica di Menchini sta in ciò, che il potere della parte di graduare le difese si risolverebbe a poca cosa, posto che la maggior parte delle eccezioni sono in senso lato; inoltre, così facendo risulterebbe inciso il diritto della parte a ricevere una tutela più ampia oltre che l'interesse all'economia (extra)processuale).

Quanto al profilo *sub* (b), si tratta dei casi in cui il condizionamento è escluso dalla disciplina sostanziale. Ciò si verifica quando la produzione di un effetto giuridico estintivo è condizionata dall'inesistenza di un altro e diverso fatto estintivo del medesimo diritto. Tipico esempio è quello dell'eccezione di adempimento che viene meno se la controparte abbia già spontaneamente eseguito la prestazione, sicché tale eccezione non può essere esaminata dopo quella di cui all'art. 1460 c.c., il cui presupposto è proprio che non vi sia stato adempimento spontaneo. Da ciò consegue che la parte non può imporre che sia decisa prima l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. e poi quella di adempimento.

²⁷³ Cfr. Cass., 19 settembre 1992, n. 10748, cit., secondo cui «nel processo civile, per effetto del principio dispositivo, è in facoltà delle parti stabilire l'ordine logico delle questioni proposte in giudizio, salvo che si tratti di pregiudiziali rilevabili di ufficio, con la conseguenza che, ove la sentenza trascuri tale ordine, incorre nella violazione dell'art. 112 c.p.c.». V. però Trib. Reggio Emilia, 27 maggio 2015 e Trib. Reggio Emilia, 29 novembre 2012, entrambe pubblicate in *www.ilcaso.it*, ove si afferma che, per il principio della ragione più liquida, la domanda può essere respinta sulla base della soluzione di una questione assorbente, pur se logicamente subordinata, senza che sia necessario esaminare previamente tutte le altre secondo l'ordine di cui all'art. 276 c.p.c.

²⁷⁴ Si ha soccombenza formale dell'attore se la domanda da questi proposta è stata integralmente o parzialmente rigettata; si ha soccombenza formale del convenuto se la domanda attorea è stata

ricevuto dall'accoglimento della propria domanda un'utilità minore rispetto a quella richiesta (²⁷⁵). Si è inoltre ritenuto sussistente, nella specie, anche l'interesse ad impugnare in quanto, considerato che, in caso di accoglimento dell'impugnazione, la sentenza impugnata verrebbe riformata accordando al ricorrente una tutela più ampia di quella concessa dal giudice di prime cure, ciò è sufficiente per configurare la soccombenza parziale dalla quale scaturisce l'interesse in esame (²⁷⁶).

Qualora, invece, la domanda sia stata accolta sulla base dell'allegazione principale, con assorbimento delle questioni relative alle allegazioni subordinate, non potrà formarsi un accertamento suscettibile di ingenerare soccombenza, nemmeno materiale, per l'attore (²⁷⁷), sicché deve escludersi qualsivoglia interesse ad impugnare il provvedimento. Si tratta – come autorevolmente rilevato dalla dottrina – di implicazioni sistematiche non solo di «non agevole e tranquillizzante accettabilità» (²⁷⁸), «ma anche di conclusioni talmente erosive del sistema delle impugnazioni come tradizionalmente impostato, da indurre una rimediazione complessiva dell'intero fenomeno e, in particolare, delle teorie estensive del giudicato» (²⁷⁹).

integralmente o parzialmente accolta. La soccombenza materiale o sostanziale si verifica quando la parte, pur vincitrice nel merito, ha ricevuto dalla sentenza una tutela minore rispetto a quella richiesta. Tale ultimo tipo di soccombenza dipende dalla differente efficacia oggettiva del giudicato in base al motivo che lo sorregge. In argomento v. per tutti CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, III ed., Padova, 2012, pp. 43-44; SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., pp. 261 ss.

²⁷⁵ MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1013.

²⁷⁶ MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 1013-1014, testo e nota 91. Con riferimento all'interesse ad impugnare v. per tutti SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., pp. 351 ss. e 379 ss.

²⁷⁷ Cfr. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 490 ss. In giurisprudenza cfr. Cass., 31 gennaio 1984, n. 739, cit., per cui il giudice «legittimamente non provvede su una richiesta formulata in via subordinata qualora accolga quella formulata dalla stessa parte in via principale».

²⁷⁸ CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., p. 488.

²⁷⁹ SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 129, la quale rileva che «la vincolatività extraprocessuale della soluzione di questioni preliminari di merito lascia un senso di profonda perplessità», almeno nella prospettiva dell'interesse ad impugnare. Ciò in quanto – continua l'Autrice – «non si può infatti trascurare la connessa eventualità di un moltiplicarsi spropositato dei processi di gravame, proporzionale alle questioni discusse e decise davanti al giudice di

CAPITOLO II

* * *

È evidente che l'analisi sin qui svolta potrebbe apparire un fuor d'opera, ma così non è, ed anzi quanto appreso sino ad ora costituisce il fondamento sulla base del quale potremo tentare di rispondere ad alcuni dei quesiti elencati in conclusione del capitolo precedente.

primo grado, il cui numero potrebbe essere tale da inceppare definitivamente la già malata macchina della giustizia». (p. 132).

CAPITOLO III

L'OGGETTO DEL GIUDIZIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'oggetto del processo è costituito dalla situazione sostanziale ipotetica affermata con la domanda giudiziale: «ciò che la domanda individua diviene oggetto del processo». – SEZ. I. LE TEORIE DELL'IDENTIFICAZIONE DELLE AZIONI E L'INDIVIDUALIZZAZIONE DEL DIRITTO DEDOTTO IN GIUDIZIO. – 3. L'identificazione dell'azione sulla base dei tre elementi: *personae*, *petitum* e *causa petendi*. – 3.1. I soggetti. – 3.2. Gli elementi oggettivi. – 3.2.1. *Segue*: il *petitum*. – 3.2.2. *Segue*: la *causa petendi*. – 3.3. *Petitum* e *causa petendi* nell'evoluzione normativa. L'interpretazione degli artt. 163 e 164 c.p.c. – 4. L'individualizzazione della situazione sostanziale dedotta in giudizio con la domanda: la distinzione tra domande autoindividuate ed eteroindividuate. – SEZ. II. L'OGGETTO DEL PROCESSO NEI VARI TIPI DI AZIONE DI COGNIZIONE. – 5. L'oggetto del processo nelle azioni di mero accertamento e di condanna. – 5.1. *Segue*: l'oggetto del processo nell'azione di accertamento negativo. – 6. L'oggetto del processo nell'azione costitutiva e nelle impugnative negoziali. La tesi che riconduce l'oggetto di dette azioni al diritto potestativo. – 6.1. *Segue*: le soluzioni alternative: l'oggetto del giudizio costitutivo si rinviene (i) nell'effetto giuridico perseguito dall'attore o (ii) nel rapporto giuridico su cui incide la modificazione giuridica richiesta. – 6.2. *Segue*: l'oggetto del giudizio costitutivo si rinviene nell'azione in senso concreto rivolta nei confronti del giudice-Stato affinché venga prodotta una modificazione della preesistente realtà giuridica.

1. Premessa

Nel secondo capitolo di questo lavoro ci siamo occupati del principale strumento mediante il quale i fatti storici entrano a fare parte del processo, vale a dire l'allegazione. In particolare, abbiamo dapprima definito la nozione di allegazione ⁽¹⁾ per poi analizzare le contrapposte teorie sulla natura e sulla funzione dell'istituto, ritenendo di aderire all'impostazione dottrinale maggioritaria secondo cui l'allegazione consiste in un atto normativo/imperativo (e non meramente informativo/narrativo) diretto a vincolare il giudice rispetto ai quali fatti prendere in considerazione ai fini della decisione della causa ⁽²⁾, nel rispetto del divieto di extra-petizione e del principio secondo cui *iudex secundum alligata et probata iudicare debet*.

¹ Cfr. paragrafi 2 e 3 del capitolo II.

² Cfr. paragrafi 4, 4.1 e 4.2 del capitolo II.

Abbiamo poi tentato di delineare i confini di questo potere vincolativo delle parti; ciò al fine di comprendere se si tratti di una vera e propria signoria assoluta (e quindi di un monopolio) ovvero se residuino, anche in capo al giudicante, dei poteri più o meno ampi di rilevazione dei fatti di causa ⁽³⁾. Abbiamo constatato che tale interrogativo non può ricevere una risposta unitaria e valida per la generalità dei casi: il confine tra il potere di allegazione delle parti e il potere di rilevazione *ex actis* del giudice costituisce una variante influenzata dalla tipologia di fatti presa in esame (costitutivi individualizzatori o costitutivi non individualizzatori; impeditivi, estintivi, modificativi fondanti eccezioni in senso stretto; impeditivi, estintivi, modificativi fondanti eccezioni in senso lato; secondari; notori; solo processualmente rilevanti) ⁽⁴⁾.

Sulla base di queste considerazioni, abbiamo quindi definito il ruolo delle parti rispetto all'individuazione del *thema decidendum* come di "quasi-monopolio", essendo appunto mitigato da taluni (limitati) poteri del giudice di rilevare i fatti non individualizzatori che, seppure non allegati dalla parte interessata, emergano dagli atti di causa.

Infine, ci siamo chiesti se il potere di "quasi-monopolio" in capo alle parti di vincolare il giudice riguardi solo quali fatti pendere in considerazione ai fini della decisione ovvero abbia confini più ampi, tali per cui il giudice dovrebbe essere vincolato anche rispetto all'ordine di esame delle eventuali allegazioni. Abbiamo ritenuto di concludere che, in linea generale, non sussiste un potere assoluto delle parti di vincolare il giudice anche rispetto all'ordine di esame degli *allegata partium*, dovendo (quasi) sempre prevalere il principio della ragione più liquida. Abbiamo, tuttavia, rilevato che, in casi eccezionali, siffatto principio può essere derogato; ciò accade quando l'attore dimostri di avere un interesse concreto e attuale a che il giudice esamini dapprima un fatto e poi un altro, sempreché la deroga al principio della ragione più liquida – la quale può, in ipotesi, incidere negativamente sul principio di economia processuale e di ragionevole durata di quel processo – determini, a seguito di un'indagine *ex ante*

³ Cfr. sez. II del capitolo II.

⁴ Su questo tema si rinvia ai paragrafi 6.1 e seguenti del capitolo II.

compiuta dal giudice adito, indubbi vantaggi in termini di economia extraprocessuale e ragionevole durata dei processi in generale (per esempio, impedendo la proposizione di una nuova domanda in altro processo) ⁽⁵⁾.

Abbiamo, inoltre, osservato – seppur brevemente, rinviando proprio a questa sede per l'approfondimento del tema – che l'allegazione costituisce un istituto di considerevole importanza anche ai fini della determinazione della *res in iudicium deducta* ⁽⁶⁾. Ciò in quanto l'oggetto del processo è costituito dalla situazione sostanziale dedotta in giudizio dall'attore ⁽⁷⁾ che, a sua volta, è individuata (o individualizzata secondo la terminologia cara a Cerino Canova) dalla domanda giudiziale. Inoltre, nel caso di diritti eterodeterminati, questi saranno individuati anche (e soprattutto) dai fatti costitutivi allegati dall'attore ⁽⁸⁾.

Si pone ora il problema di definire, più precisamente, l'oggetto del giudizio di cognizione, questione che – come è noto – è strettamente connessa a (e dipendente da) quella dell'identificazione o individuazione dell'azione, nonché a quella dell'individualizzazione del diritto soggettivo dedotto in giudizio. Per fare ciò, dovremo necessariamente muovere la nostra indagine dalle classiche teorie dell'identificazione delle azioni, che si fondano sui c.d. *tria*, vale a dire *personae*, *petitum* (mediato e immediato) e *causa petendi*. Dopo aver definito tali elementi sulla base della ricostruzione dogmatica dottrinale ⁽⁹⁾, dovremo indagare il differente ruolo svolto dagli stessi, e in particolare dalla *causa petendi*, nelle azioni relative ai diritti autodeterminati e in quelle inerenti diritti eterodeterminati, bipartizione che recepisce la distinzione tradizionalmente operata nel diritto civile tra diritti assoluti e diritti relativi ⁽¹⁰⁾.

⁵ Cfr. paragrafo 13 del capitolo II.

⁶ Cfr. paragrafo 3 del capitolo II.

⁷ Sul tema v. *infra*, paragrafo 2 di questo capitolo.

⁸ Sul tema si rinvia al paragrafo 7 del capitolo II, ove abbiamo osservato che solo i fatti costitutivi dei diritti eteroindividuati hanno funzione individualizzatrice, non anche quelli relativi ai diritti autoindividuati. In argomento v. anche paragrafo 4 di questo capitolo.

⁹ Cfr. paragrafi 3 ss. di questo capitolo.

¹⁰ Cfr. paragrafo 4 di questo capitolo. Inoltre, sulla distinzione tra diritti autodeterminati e diritti eterodeterminati, e sul differente ruolo assunto dal fatto costitutivo, cfr. paragrafo 7 del capitolo II.

La vastità del tema dell'oggetto del processo civile offrirebbe di per sé ampio spazio per un autonomo studio monografico. A un impegno siffatto è evidente che non può darsi corso in questa sede, dove altro è l'oggetto di studio e dove l'argomento può e deve essere affrontato solo incidentalmente a tale principale oggetto come collante tra le questioni sin qui affrontate e quelle che verranno trattate nel prosieguo di questo lavoro. Infatti, l'indagine sull'oggetto del processo civile, sugli elementi di individuazione dell'azione e individualizzazione della situazione sostanziale dedotta in giudizio ci aprirà la strada, e costituirà la base dogmatica, dello studio del tema della modifica ammissibile e del mutamento vietato della domanda giudiziale nel corso del processo civile di cognizione di primo grado. Infatti, benché sia stata recentemente abbandonata la concezione – diffusa nella giurisprudenza di legittimità prevalente sino al 2015 – secondo cui vi sarebbe mutamento inammissibile della domanda in ogni caso di modifica della *causa petendi* ⁽¹¹⁾, ciononostante non è del tutto venuto meno il ruolo degli elementi di individuazione dell'azione anche rispetto alla questione della modifica della domanda giudiziale.

Nella seconda sezione di questo capitolo ci occuperemo poi dell'oggetto del processo nei vari tipi di azione di cognizione che il nostro ordinamento conosce: mero accertamento (positivo o negativo), costitutiva ⁽¹²⁾, di condanna. In particolare, lo studio dell'oggetto nell'azione di mero accertamento negativo ⁽¹³⁾ costituirà la base concettuale per poter affrontare il tema oggetto del quarto ed ultimo capitolo di questo lavoro, vale a dire la modifica (ammissibile o meno) della domanda di nullità del brevetto nel caso in cui, in corso di causa e specificamente «in ogni stato

¹¹ Il criterio adottato dalla giurisprudenza maggioritaria sino alla nota sentenza Cass., sez. un., n. 12310 del 15 giugno 2015 per individuare l'operatività dell'istituto della *mutatio libelli* in luogo di quello della *emendatio libelli* era incentrato sulla mera variazione della *causa petendi* intesa in senso naturalistico, e quindi sulla variazione dei fatti individualizzatori allegati dall'attore a fondamento della pretesa azionata in giudizio con la domanda giudiziale. Sulla ricostruzione della questione della modifica della domanda giudiziale nella dottrina e giurisprudenza antecedenti alla sentenza delle Sezioni Unite cfr. capitolo IV, paragrafo 5.

¹² Questo tema ha di recente riscosso successo a seguito delle sentenze “gemelle” delle Sezioni Unite del 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in materia di oggetto del giudizio costitutivo. Sul punto cfr. paragrafi 6 ss. di questo capitolo.

¹³ Cfr. paragrafo 5.1 di questo capitolo.

e grado» del giudizio di nullità, venga richiesta dal titolare del diritto una riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali, in ossequio al riformato art. 79, comma terzo, c.p.i.

Così definite le premesse e lo scopo dell'indagine che ci proponiamo di svolgere, possiamo dare seguito al nostro programma, con la cautela – che dovrebbe caratterizzare ogni studioso – e la consapevolezza di dover affrontare temi ardui e problematici, a cui la più illustre dottrina (italiana e non solo) ha dedicato numerose – oltre che memorabili e insuperabili – opere.

2. L'oggetto del processo è costituito dalla situazione sostanziale ipotetica affermata con la domanda giudiziale: «ciò che la domanda individua diviene oggetto del processo»

Costituisce un dato oramai acquisito quello per cui la *res in iudicium deducta* è individuata dalla domanda giudiziale, ossia da quello che è definito l'«atto motore della intera vicenda processuale»¹⁴. Infatti, ciò che costituisce oggetto della domanda diventa, tendenzialmente, oggetto del giudizio, per poi diventare, tendenzialmente, oggetto della sentenza e, quindi, del giudicato¹⁵. In proposito sia qui consentito citare le chiare

¹⁴ La definizione è di CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, VII, Torino, 1991, p. 57. Non è certo possibile trattare compiutamente, in questa sede, il vasto tema della domanda giudiziale; si rinvia pertanto agli studi compiuti dagli Illustri Autori citati nella presente e nelle successive note. Sia qui consentito rilevare solo che, secondo la celebre lezione chiovendiana (CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I ed., Napoli, 1933, pp. 145 ss. e pp. 250 ss.), la domanda può essere tanto definita come «l'atto con cui la parte, affermando l'esistenza di una volontà concreta della legge che le garantisce un bene, dichiara la volontà che questa sia attuata di fronte all'altra parte, e invoca a questo scopo l'autorità dell'organo giurisdizionale», con ciò intendendo la funzione di affermare il vanto di una parte nei riguardi dell'altra, quanto come «l'atto con cui la parte affermando esistente una volontà concreta di legge che le garantisce un bene, dichiara di volere che questa sia attuata e invoca a tale scopo l'autorità dell'organo giurisdizionale», intendendo in tal modo invece la funzione di dare avvio al processo dinanzi al giudice.

¹⁵ Sulla necessaria corrispondenza tra oggetto della domanda, del processo e della sentenza cfr., *ex multis*, ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 996; BARLETTA, *Extra e ultrapetizione*, Milano, 2012, pp. 14 ss.; CAPONI, *L'efficacia civile del giudicato nel tempo*, Milano, 1991, pp. 57 ss.; CARRATTA(-TARUFFO), *Poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2011, 1 ss.; CERINO CANOVA *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, t.

parole di Francesco Paolo Luiso, tratte dal suo celebre Manuale: «tendenzialmente, ciò che è oggetto della domanda diventa anche oggetto della sentenza, per cui noi possiamo parlare dell'oggetto della domanda, dell'oggetto del processo e dell'oggetto della decisione come di tre aspetti di un unico fenomeno. Le tre nozioni tendenzialmente coincidono: *ciò che la domanda individua diviene oggetto del processo*; ciò che è oggetto del processo diviene oggetto della decisione e quindi giudicato» (corsivo nostro) ⁽¹⁶⁾.

1, vol. II, Torino, 1980, pp. 3 ss., spec. 107 ss., 116-117; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., pp. 44 ss., spec. pp. 51 ss. e p. 60; D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, Torino, 2016, pp. 1-2, testo e nota 2, la quale rileva che l'enunciato per cui l'oggetto del processo coincide con l'oggetto del giudicato è stato messo in dubbio, di recente, dalle sentenze gemelle delle Sezioni Unite del 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243 (su cui v. *infra*); FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, pp. 57 ss.; ID., voce *Sentenza civile*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, pp. 1245 ss.; FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963, pp. 93 ss.; GAMBA, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, 2008, pp. 26 ss.; GIORGETTI, *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*, Torino, 2008, pp. 20 ss.; LIEBMAN, *L'opera scientifica di J. Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, in *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, pp. 137 ss.; MANDRIOLI, *Riflessioni in rema di «petitum» e «causa petendi»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 465 ss.; MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, XVI, Torino, 1997, pp. 415 ss.; ID., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, pp. 9 ss.; ID., *Il giudicato civile*, cit., p. 68; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, II ed., Torino, 1994, pp. 101 ss.; ID., voce *Accertamento giudiziale*, in *Enc. dir.*, I, Roma, 1988, pp. 1 ss.; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, t. 1, vol. II, Torino, 1973, pp. 1057 ss.; A. ROCCO, *La sentenza civile. Studi*, Torino, 1906, pp. 83 ss.; A. A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, p. 45; SEGNI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Roma-Bologna, 1960, pp. 282 ss., spec. pp. 346-349; TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, pp. 24 ss.; VERDE, voce *Domanda (principio della)*, in *Enc. dir.*, XII, Roma, 1989 pp. 1 ss. Il principio in questione si rinviene anche nella dottrina tedesca: in proposito cfr. gli Autori citati da MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 81, nota 38.

¹⁶ LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, VIII ed., Milano, 2015, p. 157, il quale giustifica l'utilizzo dell'avverbio «tendenzialmente» riferito alla corrispondenza tra oggetto della domanda/oggetto del processo/oggetto del giudicato rilevando che può verificarsi una non coincidenza fisiologica (si pensi all'ipotesi in cui siano state proposte più domande, fra loro alternative o condizionate; se il giudice non esamina una domanda non viola le norme processuali) o patologica (ad esempio nei casi di *ultrapetizione* o *infrapetizione*) tra i tre aspetti dell'unico fenomeno. Nello stesso senso anche MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 13, il quale rileva che la corrispondenza tra oggetto della domanda e oggetto della decisione viene meno, oltre che nei casi di *extra* o *ultra petita*, anche in quelli di omessa pronuncia da parte del giudice. In tali casi – aggiunge Menchini – «il giudicato si modella non sulla domanda, bensì sulla pronuncia». Cfr. anche MENCHINI(-MOTTO), sub *art. 2909 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, Torino, 2016, p. 50, ove si legge che «l'oggetto della domanda, l'oggetto del processo e l'oggetto della sentenza coincidono; ciò che è oggetto della domanda diviene anche oggetto della pronuncia e, quindi, del

Se è vero che la domanda determina a tutti gli effetti l'oggetto del giudizio, è altresì vero che «sarebbe errore ritenere che l'oggetto del giudizio si determini solo dalla domanda: su esso può influire anche la difesa del convenuto»⁽¹⁷⁾. Tuttavia, finché il convenuto allega fatti estintivi, impeditivi o modificativi a fondamento dell'eccezione, senza proporre domande riconvenzionali, non allarga l'oggetto del processo ma focalizza la discussione su certi punti piuttosto che su altri⁽¹⁸⁾.

Rappresenta un ulteriore punto fermo quello per cui l'oggetto della domanda si identifica con il diritto soggettivo dedotto in giudizio⁽¹⁹⁾ o,

giudicato», con la precisazione che «la coincidenza [...] è solo tendenziale; può esserci, cioè, uno scarto tra l'uno e l'altro».

¹⁷ In questi termini SATTA, *Diritto processuale civile*, a cura di C. Punzi, Padova, 1981, p. 142.

¹⁸ Così MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 11. L'Autore peraltro rileva che «l'esercizio dell'eccezione non incide mai di per sé, anche nel caso essa abbia ad oggetto una situazione soggettiva autonomamente rilevante sul piano sostanziale, sulla estensione oggettiva del processo e del giudicato» (p. 305, testo e nota 28). Nello stesso senso anche CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, p. 526; FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo civile*, in *Scritti in onore di C. Furno*, Milano, 1973, p. 277; COLESANTI, voce *Eccezione*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 102 ss. In senso contrario MORTARA, in *Commentario del codice e delle leggi della procedura civile*, IV ed., Milano, 1922, II, pp. 99 ss., spec. p. 108, pp. 114 ss., il quale, nella sua celebre indagine in materia di eccezione riconvenzionale, rileva che l'eccezione può dilatare l'ambito oggettivo della sentenza, il quale, infatti, è determinato non già dall'oggetto della domanda, bensì dalla materia del contendere. Si pensi, in proposito, all'eccezione riconvenzionale: essa è eccezione, in quanto costituisce una difesa del convenuto diretta al rigetto della domanda attorea; è riconvenzionale, in quanto estende l'oggetto della pronuncia ad un rapporto giuridico diverso rispetto a quello dedotto in giudizio con la domanda; DENTI, *In tema di eccezioni riconvenzionali*, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, pp. 119 ss.: «allorquando l'eccezione verta su un diritto del convenuto, che appartiene alle situazioni giuridiche caratterizzate dall'assolutezza o, se si vuole, dall'indeterminatezza della legittimazione passiva: tipici i diritti reali, si attua un'automatica dilazione dell'oggetto del processo e la questione dedotta è decisa con autorità di cosa giudicata» (p. 121).

¹⁹ Deve dirsi diritto soggettivo la situazione giuridica che conferisce tutela al titolare di un interesse umano, ovverosia un «rapporto di tensione tra un soggetto e un bene suscettibile di appropriazione e godimento individuali, capace di soddisfare un bisogno del soggetto e, quindi, di garantirgli un'utilità», individuato «attraverso un procedimento di qualificazione complesso» all'esito del quale assurge a interesse giuridicamente rilevante (così MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 358), garantendogli il conseguimento del bene a cui aspira attraverso l'attribuzione di facoltà e/o di doveri a carico di altri soggetti. Sulla nozione di diritto soggettivo si rinvia alla dottrina citata da D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 18, nota 2, anche per riferimenti di diritto comparato.

più precisamente, con la situazione giuridica soggettiva ipotetica affermata ⁽²⁰⁾ dall'attore come esistente ⁽²¹⁾.

Dalle due notazioni che precedono – vale a dire (i) la tendenziale corrispondenza tra oggetto della domanda e oggetto del processo e (ii) il fatto che l'oggetto del giudizio è determinato dalla situazione sostanziale dedotta dall'attore – discende la conclusione per cui l'oggetto del processo civile coincide con la situazione sostanziale soggettiva affermata dall'attore nella domanda giudiziale ⁽²²⁾, situazione rispetto alla quale si

²⁰ Si prescinde, dunque, dall'effettiva esistenza del diritto (*rectius* della situazione giuridica sostanziale) per poter domandare la tutela giurisdizionale, essendo sufficiente l'affermazione della titolarità del diritto. Ciò che viene dedotto in giudizio, infatti, è una realtà "filtrata" dalla domanda, vale a dire è un oggetto postulato che necessita di verifica. Per questo motivo, la realtà viene ridotta ad un mero schema logico-giuridico nel quale i fatti affermati sono ridotti e plasmati in funzione della verifica richiesta (MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di "petitum" e di "causa petendi"*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 467). In senso contrario CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I ed., cit., pp. 17 ss., il quale, muovendo dalla concezione dell'azione in senso concreto, ha ritenuto che solo l'effettivo titolare del diritto può domandare la tutela giurisdizionale dello stesso, posto che «il processo serve alla tutela dei diritti, e non a crearne di nuovi».

²¹ Osserva che è preferibile utilizzare l'espressione «situazione sostanziale soggettiva» in luogo di quella di «diritto soggettivo» D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., pp. 5 ss., testo e nota 5; ciò in quanto possono costituire oggetto del processo anche situazioni giuridiche diverse dai diritti soggettivi, quali, ad esempio, gli interessi diffusi spettanti ad una collettività in genere e gli interessi collettivi spettanti ad un gruppo. Anche MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 367, rileva che vi sono alcune situazioni sostanziali giuridicamente rilevanti che non sono qualificate normativamente come diritti soggettivi, in quanto carenti di quell'elemento tipico rappresentato dall'«interesse individuale differenziato rispetto ad un bene»; ciononostante esse sono tutelabili nei casi previsti dalla legge poiché per le stesse non opera il principio generale di cui all'art. 24 Cost. L'Autore prosegue affermando che il dato comune ai diritti soggettivi e a queste altre situazioni soggettive sostanziali tutelate è che la relativa azione mira a conseguire l'affermazione (o la negazione) di effetti giuridici; questo è, del resto, il limite che discrimina ciò che è tutelabile in via giurisdizionale da ciò che non lo è, come i meri fatti e le astratte questioni di diritto, il cui giudizio (promosso al fine di veder affermato un certo fatto storico nella sua esistenza e nel modo d'essere, ovvero di veder affermato l'ambito di applicazione di una norma giuridica, senza alcuna allegazione di una fattispecie concreta che si assume ne integri i presupposti) avrebbe una mera funzione valutativa (pp. 370-371).

²² In questo senso v., tra i tanti: ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 325; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, pp. 81 ss.; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1997, pp. 117 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, II ed., Roma, 1936, p. 174; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936-1939, p. 356; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., p. 126; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., pp. 66-67, 71, p. 70; D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., pp. 17 ss., la quale osserva che la concezione per cui la *res in iudicium deducta* si identifica con la situazione sostanziale affermata non è in alcun modo scalfita (i) dall'affermazione, posta in essere dalla dottrina civilistica, per cui l'attore potrebbe

richiedere la tutela giurisdizionale di diritti non riconosciuti *ex ante* dall'ordinamento giuridico, ma "creati" *ex post* dall'autorità giurisdizionale (pp. 21 ss.); (ii) dalla diversa nozione di oggetto del processo elaborata dalla Corte di giustizia nell'interpretazione delle disposizioni della Convenzione di Bruxelles del 1968, del Reg. n. 44/2001 e del Reg. n. 1215/2012 in materia di litispendenza comunitaria/europea (pp. 55-58); (iii) dal concetto di *res in iudicium deducta* accolto dal legislatore europeo all'art. 12, par. 1, del Reg. n. 861 dell'11 luglio 2007 sul procedimento europeo per le controversie di modesta entità, che apparentemente sembrerebbe coincidere con la pretesa processuale (*Antrag*), così come negli ordinamenti tedesco, austriaco e svizzero l'oggetto del processo coincide con un'entità processuale (*prozessualer Anspruch*) (cfr. pp. 58-65 per il primo tema e pp. 28-54 per il secondo); FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pp. 109 ss.; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, pp. 88 ss.; FRANCHI, *La litispendenza*, cit., pp. 90 ss.; MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di "petitum" e di "causa petendi"*, cit., pp. 467 ss.; MENCHINI, *I limiti del giudicato civile*, Milano, 1987, pp. 45 ss.; MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 15 ss., spec. p. 20; ID., voce *Accertamento giudiziale*, cit., pp. 2 ss.; MENCHINI(-MOTTO), sub art. 2909 c.c., in *Commentario del codice civile*, cit., pp. 49 ss.; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 358 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 386 ss.; PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, in *Enc. Dir.*, XVIII, 1969, p. 863; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, pp. 331 ss.

Del resto, a favore di questa tesi depongono anche elementi di diritto positivo: l'art. 24 Cost., laddove coordina il *diritto* di azione alla tutela dei diritti; gli artt. 2907, primo comma, c.c. e 99 c.p.c., che sanciscono che la domanda di parte è lo strumento per far valere un *diritto* in giudizio; l'art. 2697 c.c., che impone l'onere della prova in capo a colui che vuol far valere un *diritto* in giudizio; l'art. 75 c.p.c., che sancisce la capacità di stare in giudizio delle persone «che hanno il libero esercizio dei *diritti* che fanno valere»; l'art. 81 c.p.c., che pone come regola generale della legittimità ad agire l'affermazione di un *diritto* (fatti salvi i casi di legittimazione straordinaria, come ad es. le ipotesi di cui agli artt. 105 e 111 c.p.c.); l'art. 2652 c.c., che disciplina la trascrizione delle domande relative ai *diritti* di cui all'art. 2643 c.c., nonché l'art. 2653, n. 1, c.c. che regola la trascrizione delle domande dirette a rivendicare il *diritto* di proprietà o gli altri *diritti* reali di godimento su beni immobili; le disposizioni che regolano la competenza dei giudici civili in base al tipo di *diritto* fatto valere (es. le norme sulla disciplina dell'individuazione dei fori facoltativi ed esclusivi: artt. 20 e ss. c.p.c.; art. 409 c.p.c., che dispone l'applicabilità del rito del lavoro alle controversie relative a taluni rapporti di lavoro); gli artt. 2943, primo comma, e 2945, secondo comma, c.c., i quali, prevedendo che la notificazione della citazione ha effettivi interruttivi e sospensivi della prescrizione del diritto, presuppone che la domanda contenga l'indicazione di una determinata *situazione soggettiva sostanziale*. Richiamano le disposizioni citate a fondamento della medesima teoria CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile a cura di E. Allorio*, II, 1, Torino, 1980, pp. 271-272 ss.; ID., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 120 ss.; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., pp. 66-67; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., pp. 48 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, cit., pp. 386-387; ID., *Il giudicato e i suoi limiti oggettivi*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, pp. 294 ss.; ID., *Dell'esercizio dell'azione*, cit., pp. 1058-1059, anche per rinvii alla dottrina tedesca; D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., pp. 19 ss. (testo e note).

Va tuttavia ricordato un certo orientamento interpretativo, invalso nella dottrina italiana e risalente a CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., rist. inalterata, Napoli, 1965, pp. 43 ss., spec. p. 45, secondo cui oggetto del processo sarebbe l'azione, nella misura in cui essa sia da considerarsi alla stregua di un diritto potestativo. Tale interpretazione è stata accolta anche dalla giurisprudenza, seppur minoritaria, secondo la quale «il processo civile deve avere

chiede la tutela giurisdizionale a seguito di un'asserita lesione da parte del convenuto ⁽²³⁾.

per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale di chiovendiana memoria» (Corte cost., 16 ottobre 1986, n. 220, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2695), e troverebbe, anch'essa, riconoscimento in quelle disposizioni normative che fanno esplicito riferimento all'azione (tra cui gli artt. 482, 483, 948-951, 1068-1070, 1422, 1442, 1448-1449, 2041-2042 c.c., nonché l'art. 310 e la sez. III, libro IV del codice di rito). Tale concezione è stata ripresa, in tempi recenti, da una parte della dottrina italiana. Due sono le tendenze interpretative: la prima (da ascrivere a FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996, pp. 100 ss.) sostiene che l'azione costituisca un *quid pluris* rispetto al diritto soggettivo, ponendosi rispetto a quest'ultimo in rapporto di pregiudizialità in senso logico (si osserva, infatti, che la carenza dei presupposti processuali determina il mancato accoglimento della domanda giudiziale); la seconda (da ascrivere a SASSANI, *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 1356 ss.; VERDE, *Sulla "minima unità strutturale" azionabile nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, pp. 577 ss.; MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origine, metamorfosi, nuovi ruoli*, Trento, 2005, pp. 137 ss.) sostiene invece l'idea dell'azione "in senso astratto", detta anche "azione senza diritto", cioè al fine di fornire una base legale alla possibilità per il giudice di tutelare in maniera atipica anche interessi reputati meritevoli di tutela ancorché non ancora positivizzati per legge, venendo così a creare *ex post*, per via giurisprudenziale, la situazione giuridica protetta (ad es. l'asserito diritto a nascere sani o quello del partner alla *stepchild adoption* del figlio del convivente).

²³ Si impone una precisazione. Secondo un orientamento dottrinale, avallato anche dalla giurisprudenza, nel caso di rapporti obbligatori complessi (quali i rapporti a prestazioni corrispettive), l'oggetto del giudizio – e del successivo giudicato – non consiste nella semplice situazione sostanziale dedotta in giudizio (singolo debito o singolo credito), ma coinvolge l'intero «rapporto obbligatorio fondamentale»: cfr. MENCHINI(-MOTTO), sub *art. 2909 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, cit., pp. 57 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 107 ss., il quale richiama, a sua volta, CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 336, secondo cui la deduzione in giudizio di un diritto «principale e fondamentale o centrale» determina la pronuncia con efficacia di giudicato estesa all'intero rapporto; in senso conforme, PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1999, pp. 70 ss. Ciò perché i singoli diritti che compongono il rapporto complesso sono tra loro collegati da un nesso di interdipendenza, ed è proprio tale collegamento che impone un'armonizzazione tra i giudicati, «che può essere ottenuta soltanto estendendo l'efficacia della sentenza all'accertamento del rapporto» (cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 107 ss.). Da un punto di vista processuale ciò implica, tra l'altro, che: (i) dinanzi alla pretesa attorea, che riguarda una singola prestazione, il convenuto può difendersi con eccezioni relative sia all'intero rapporto (in ordine alla sua esistenza e alla sua validità) – senza con ciò allargare il *thema decidendum* – sia al singolo effetto dedotto (es. prescrizione, pagamento); (ii) nel caso di sentenza di accoglimento, questa fa stato, oltre che sull'effetto dedotto, anche sulla sussistenza e sulla validità dell'intero rapporto giuridico posto dal giudice a fondamento della proposta; (iii) nel caso invece di sentenza di rigetto, l'efficacia di giudicato si distingue a seconda delle motivazioni della pronuncia: il giudice può infatti pronunciare sull'inesistenza o sull'invalidità del rapporto fondamentale, e in tal caso travolge anche l'effetto dedotto, oppure – decidendo in senso favorevole o contrario sullo specifico *petitum* richiesto – può implicitamente statuire sull'esistenza e sulla validità del rapporto complesso (es. nel caso in cui il giudice respinga la richiesta attorea fondandola sull'eccezione del pagamento del convenuto: la pretesa è respinta, ciononostante la decisione implica che il rapporto fondamentale era esistente e valido).

Il processo verte, dunque, sulla situazione sostanziale affermata in giudizio dall'attore con la domanda giudiziale, oltre, ovviamente, alle altre situazioni che siano state dedotte in giudizio vuoi con la domanda riconvenzionale del convenuto, vuoi con la *reconventio reconventionis* di cui all'art. 183, comma quinto, c.p.c. o, ancora, mediante la chiamata o l'intervento del terzo c.d. innovativi ⁽²⁴⁾.

Da ultimo, va rilevato che vi sono dei casi eccezionali, tassativamente previsti dalla legge, ⁽²⁵⁾ in cui la giurisdizione contenziosa si appunta su una situazione processuale (come per esempio nel giudizio di opposizione agli atti esecutivi o, secondo alcuni, in quello di opposizione all'esecuzione) ⁽²⁶⁾, su una mera questione giuridica (come nell'azione collettiva prevista dal Codice del consumo) ⁽²⁷⁾ o, ancora, su un semplice fatto (come nel giudizio di querela di falso *ex* artt. 221 ss. c.p.c. o in quello di verifica della scrittura privata disconosciuta di cui agli artt. 216 ss. c.p.c.) ⁽²⁸⁾.

Questi dovranno essere i punti fermi della nostra indagine che ci proponiamo subito di affrontare.

Nella giurisprudenza, in tal senso: Cass., 14 gennaio 2002, n. 349, in *Foro it.*, 2002, I, 2764, con nota di CAPONI; Cass., 19 gennaio 1999, n. 462, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Competenza civile*, n. 172; Cass., 9 giugno 1995, n. 6532, in *Foro it. Rep.*, I, 180, con osservazioni di MENCHINI; Cass., 7 marzo 1995, n. 2645, in *Foro it. Rep.* 1995, voce *Cosa giudicata civile*, n. 35.

²⁴ Cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 45 ss.; CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., pp. 157 ss.; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., pp. 1046 ss., spec. pp. 1059 ss.; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 7 ss., spec. 119 ss.; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 60 ss.

²⁵ Cfr. MENCHINI(-MOTTO), sub art. 2909 c.c., in *Commentario del codice civile*, cit., pp. 41-42.

²⁶ Per ampi riferimenti cfr. BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino, 1996, pp. 50 ss.; ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, *passim*. In argomento cfr. anche il paragrafo 5.1 di questo capitolo e la dottrina ivi citata.

²⁷ Cfr. sul punto MENCHINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in *Le azioni seriali*, a cura di Menchini, in *Quaderni de «Il giusto processo civile»*, Napoli, 2008, pp. 55 ss.; DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, pp. 397 ss.; A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013, pp. 361 ss.

²⁸ Cfr. per tutti VERDE, *Querela di falso*, in *Enc. giur.*, XXV, 1 ss.; DENTI, *La verifica delle prove documentali*, Torino, 1957, *passim*.

SEZ. I. LE TEORIE DELL'IDENTIFICAZIONE DELLE AZIONI E L'INDIVIDUALIZZAZIONE DEL DIRITTO DEDOTTO IN GIUDIZIO

3. *L'identificazione dell'azione sulla base dei tre elementi: personae, petitum e causa petendi*

Il tema dell'individuazione dell'azione riveste un ruolo fondamentale con riferimento a molteplici istituti processuali; basti pensare, per citarne alcuni: litispendenza e continenza, la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, il divieto di *extrapetita*, il cumulo di domande, il contenuto della citazione e i casi di nullità della stessa, i limiti oggettivi del giudicato, il concorso di norme, di diritti e di azioni, la legittimazione ad agire e, da ultimo, la modifica della domanda in primo e in secondo grado.

Al fine di identificare concretamente l'oggetto del processo sul quale il giudice è chiamato a pronunciarsi, la dottrina italiana ha elaborato la teoria dell'identificazione delle azioni che, tradizionalmente, si basa sui seguenti criteri distintivi: *personae*, *petitum* e *causa petendi* (come detto, i c.d. *tria*)⁽²⁹⁾. Tale teoria ha origini antichissime⁽³⁰⁾ e nel nostro ordina-

²⁹ Sull'identificazione delle azioni in generale cfr., oltre alle opere di Chiovenda citate *infra* alla nota 31: BELLAVITIS, *L'identificazione delle azioni*, Venezia, 1924, pp. 24 ss.; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1943, pp. 133 ss.; ALLORIO, *Per una teoria dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, pp. 266 ss.; REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1952, I, pp. 48 ss.; SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1953, pp. 85 ss.; D'ONOFRIO, *Identificazione delle azioni in rapporto alla teoria della litispendenza e della cosa giudicata*, Benevento, 1924, pp. 10 ss.; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, V ed., pp. 13 ss.; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, pp. 24 ss.; ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano, 1916, pp. 171 ss.; FRANCHI, *La litispendenza*, cit., pp. 88 ss.; GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, Milano, 1958, pp. 10 ss.; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., pp. 32, 86 ss., 150 ss.; ID., *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, pp. 98 ss.; VERDE, *Profili del processo civile. Parte generale*, Napoli, 1984, pp. 112 ss. In argomento v. anche GAMBA, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, cit., pp. 1 ss.

³⁰ Osserva GIORGETTI, *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*, cit., p. 3, nota 3, che la teoria delle azioni è stata enunciata in modo organico nel XVI secolo e poi sviluppata nella teoria delle tre entità che delimitano l'efficacia della cosa giudicata, quest'ultima ripresa da POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, nelle *Opere*, Livorno, 1941, I, parte I, p. 394. Un'indagine storica del tema è stata svolta da HESSELBERGER, *Die Lehre vom Streitgegenstand Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand*, Berlin-Bönn, 1970, citato da CERINO CANOVA, *La*

mento è stata valorizzata da illustri autori, primo fra tutti Giuseppe Chiovenda⁽³¹⁾, il quale ha analizzato le modalità con cui gli elementi dell'azione si combinano e interagiscono tra di loro ai fini della definizione del contenuto della domanda e, dunque, dell'oggetto del processo. In particolare, Chiovenda ha compiuto una ricostruzione sistematica dell'azione e ha definito con accuratezza i tre criteri, precisando che gli stessi non sono creazioni della dottrina o della legge, bensì «sono componenti naturali che l'azione e la domanda giudiziale che la incorpora ci rivela riguardata nella sua essenza». Quest'ultima è definita dall'Autore come «una quantità costante nel processo», sicché «l'analisi dei suoi elementi non può farsi di fronte ad una o ad altra questione, ma di fronte al complesso delle questioni cui essa dà luogo»⁽³²⁾.

Ciò chiarito, prima di passare a esaminare i singoli elementi di individuazione dell'azione, si impone una precisazione: ai fini dell'identificazione dell'oggetto del processo (e del giudicato) è certamente corretto riferirsi ai soggetti, all'oggetto e al titolo; tuttavia, occorre tenere presente che l'oggetto del processo «non è il risultato algebrico» della somma di tali elementi, «non è un'entità composta da tre parti, ciascuna dotata di autonomo rilievo identificatore: l'indicazione dei soggetti e dell'oggetto, eventualmente con il concorso del titolo, serve ad individuare il bene della vita che è oggetto di contestazione e, quindi, ha rilievo strumentale, per la specificazione del diritto sostanziale fatto valere, che costituisce oggetto del processo e del giudicato»⁽³³⁾.

domanda giudiziale e il suo contenuto, cit., p. 11, nota 13, a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti dottrinali (spec. pp. 11 ss., testo e note).

³¹ L'indagine dell'insigne Maestro si sviluppa in un ampio arco di tempo, dal saggio *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, rist. 1993, pp. 157 ss., fino alla seconda edizione delle *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 323 ss., passando per *Principi di diritto processuale civile*, III, Napoli, 1928, rist. 1965, pp. 278 ss. Rileva CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., p. 15, che Chiovenda ha attribuito «una sistemazione concettuale all'intuizione antichissima dei tre elementi di identificazione della domanda», proponendo «una teoria completa dell'argomento, delineando l'ordine dei problemi in cui ha rilievo l'identificazione dell'azione e definendo con precisione i tre elementi di identificazione».

³² CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, in *Saggi di diritto processuale civile*, cit., p. 159.

³³ MENCHINI(-MOTTO), sub art. 2909 c.c., in *Commentario al codice civile*, cit., p. 90. Per analoghe considerazioni cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 199; CERINO

3.1. *I soggetti*

Non pone particolari difficoltà la definizione dell'elemento soggettivo dell'azione: i soggetti – o, secondo la terminologia latina, le *personae* – coincidono con i titolari attivo e passivo del rapporto giuridico fatto valere in giudizio⁽³⁴⁾. Essi si determinano in ragione della posizione (attiva o passiva) assunta nel processo rispetto all'affermazione, contenuta nella domanda, della situazione sostanziale controversa⁽³⁵⁾: ogni diritto, qualunque sia la sua natura (reale o assoluta)⁽³⁶⁾, nel momento in cui viene fatto valere in giudizio da colui che si afferma titolare (soggetto attivo) deve essere diretto verso una determinata persona (soggetto passivo).

In realtà, alcuni problemi possono scaturire in quei casi, tassativamente previsti dalla legge, in cui il soggetto che agisce in giudizio non fa

CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 191; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, pp. 33-34.

³⁴ In argomento cfr. per tutti GHIRGA, *Sulla titolarità attiva e passiva del rapporto giuridico dedotto in giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1, pp. 238 ss. (nota a Cass., sez. un., 16 febbraio 2016, n. 2951).

³⁵ Per HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1903, II, p. 296, citato da GIORGETTI, *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*, cit., p. 4, nota 5, parte è colui in nome o in confronto del quale il provvedimento è richiesto al giudice. Secondo REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1960, p. 75, nota 72, parte è colui che chiede in nome proprio un provvedimento giurisdizionale e colui che è chiamato in giudizio in nome proprio come contraddittore.

³⁶ In particolare, si è osservato che i diritti assoluti (ad esempio il diritto di proprietà), in quanto efficaci *erga omnes*, per entrare nel processo, si devono "relativizzare", ovvero si devono scindere in situazioni bilaterali corrispondenti al soggetto (legittimato attivo) che si afferma titolare del diritto e alla controparte (legittimato passivo) nei cui confronti la domanda è proposta, soggetto che, nella prospettazione dell'attore contenuta nella domanda, si ritiene aver leso il diritto assoluto dedotto in giudizio. Sul punto cfr. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., p. 71; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., pp. 177 ss.; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, p. 124; ID., *Sulla tutela giurisdizionale del «diritto di proprietà»*, in *Foro it.*, 1971, I, cc. 434 ss.; ID., *In tema di rivendica*, in *Foro it.*, 1975, I, cc. 2563 ss.; LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, p. 34; MENCHINI, *Il giudicato civile*, II ed., Torino, 2002, p. 183; D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 80, secondo la quale il diritto assoluto – tra i quali l'Autrice ricomprende anche i diritti reali di garanzia – «fisiologicamente si "fraziona" in un rapporto bilaterale (attore – convenuto) nel momento in cui è dedotto in giudizio». Per ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935 (rist. 1992), pp. 50 ss., nel giudizio di rivendicazione, la proprietà, come tale, non viene mai dedotta: «l'accertamento della proprietà ha effettivamente luogo [...] ma sta ivi in luogo non d'oggetto principale, ma di strumento per l'accertamento della dipendente concreta relazione bilaterale tra le parti in causa».

valere un diritto proprio, bensì diritti altrui in nome altrui (rappresentanza) ovvero diritti altrui in nome proprio (sostituzione processuale). In tali fattispecie, ai fini dell'individuazione dell'elemento soggettivo della domanda, si deve comunque fare sempre riferimento al soggetto attivo e al soggetto passivo della situazione sostanziale dedotta in giudizio. Sicché, nel caso di rappresentanza processuale *ex art. 77 c.p.c.*, i soggetti sono il rappresentato e la sua controparte, con la conseguenza che, in ipotesi, se il rappresentato agisse successivamente, in nome proprio, in un diverso giudizio in ordine al medesimo rapporto giuridico, andrebbe incontro all'eccezione di litispendenza o di giudicato; parimenti, nel caso di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.*, la parte in causa che individua la domanda è il sostituto (legittimato ordinario); anche in questo caso, qualora il sostituto agisse in nome proprio e in altro processo per far valere il medesimo diritto andrebbe incontro alle eccezioni di litispendenza o di giudicato⁽³⁷⁾.

3.2. Gli elementi oggettivi

Il profilo oggettivo della domanda si articola nel *petitum* e nella *causa petendi*, i quali sono stati definiti da una parte della dottrina come due angolazioni del diritto sostanziale affermato⁽³⁸⁾.

La difficoltà di individuare, definire e distinguere tali due elementi si rinviene analizzando l'evoluzione del pensiero di Chiovenda. Nei suoi

³⁷ Così CERINO CANOVA *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 172 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, I, cit., pp. 324 ss.; MANDRIOLI, *Delle parti*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, t. I, vol. 2, Torino, 1973, pp. 81 ss. In argomento cfr. anche CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, X ed., Torino, 2015, pp. 134-135.

³⁸ Per MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum» e di «causa petendi»*, cit., p. 474, *petitum* e *causa petendi* sono «angolazioni o prospettive del diritto sostanziale affermato, il quale è il vero e solo oggetto del processo, fermo peraltro restando che questo oggetto non si individua se non tenendo conto di entrambe le angolazioni»; GIORGETTI, *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*, cit., p. 5. In generale, sugli elementi oggettivi della domanda cfr., tra i tanti, ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 475 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, cit., pp. 386 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 197 ss.; ID., *Il giudicato civile*, cit., pp. 72 ss.; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., pp. 64 ss.

primi studi ⁽³⁹⁾, il Maestro ha impostato la teoria dell'identificazione dell'azione sul presupposto della frammentazione dei criteri oggettivi, per cui *petitum* e *causa petendi* corrisponderebbero – secondo l'Autore – a due distinte entità da analizzare separatamente.

In un secondo momento Chiovenda ⁽⁴⁰⁾, spinto soprattutto da esigenze pratiche ⁽⁴¹⁾, ha recuperato la concezione unitaria della domanda, accentuando il ruolo dell'oggetto, o meglio del bene controverso, e rifondendo in una prospettiva unitaria *petitum* e *causa petendi*, legati dal nesso di strumentalità che lega quest'ultima al primo.

³⁹ CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, cit., pp. 162-163; ID., *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 280.

⁴⁰ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I ed., cit., p. 326 e p. 329, ove si legge che «il bene controverso non coincide coll'oggetto», essendo «necessario saper anche a che titolo l'oggetto è reclamato»; ed altresì che «la indicazione della *causa petendi* deve servire, in concorso con quella dell'oggetto, a identificare il bene della vita che è oggetto di contestazione». In argomento v. anche MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum» e di «causa petendi»*, cit., p. 478, il quale, muovendo dalla considerazione che oggetto del processo è la situazione sostanziale affermata, sostiene che vi è una «reciproca implicazione del *petitum* e della *causa petendi* senza mai attivare all'identificazione dell'uno con l'altro elemento».

⁴¹ Si allude al fatto (che verrà meglio spiegato *infra* al paragrafo 3.3 di questo capitolo) che nel sistema delineato dalla versione originaria del codice di procedura civile del 1942 (e lo stesso dicasi con riferimento al codice di rito del 1865 vigente all'epoca degli studi posti in essere dall'insigne Maestro), erano espressamente sanzionati con la nullità della domanda soltanto i vizi relativi alla «determinazione della cosa oggetto della domanda» di cui al n. 3 dell'art. 163, terzo comma, c.p.c., mentre non era prevista alcuna sanzione di invalidità per il caso di vizi attinenti alla «esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda» di cui al successivo n. 4 (analogamente disponeva l'art. 134 del codice di procedura civile del 1865). La teoria "unitaria" dell'identificazione delle azioni, nell'esprimere la necessità che ai fini del giudizio sia individuato il diritto sostanziale nella sua duplice prospettiva di *petitum* e di *causa petendi*, realizzava perciò il risultato pratico di riunire sotto il n. 3 dell'art. 163 c.p.c. i due elementi oggettivi, con la conseguenza che il vizio attinente all'uno o all'altro comportava la sanzione della nullità per l'effetto del combinato disposto dell'art. 163 c.p.c. con l'art. 164 c.p.c. Sebbene tale ragione pratica sia venuta meno con la riforma dell'art. 164 c.p.c. operata dalla legge n. 353/1990, che ha esteso la sanzione della nullità della domanda anche ai vizi attinenti alla «esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda», la concezione unitaria dei due elementi in funzione dell'affermazione della situazione soggettiva sostanziale si è ormai consolidata nella dottrina. Cfr. ROTA, *Sub art. 163*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi-Taruffo, VIII ed., Padova, 2015, p. 724; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., pp. 139 ss.; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., p. 102; G.F. RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, pp. 835 ss.

Questa duplice versione della teoria dell'identificazione dell'azione (dualistica e unitaria) ha influenzato l'intera elaborazione dottrinale successiva. L'adesione alla versione "dualistica" ha favorito un approfondito esame dei singoli elementi, con particolare attenzione per la definizione della *causa petendi*, della quale si è discusso il carattere giuridico oppure fattuale oppure misto, finendo per richiamare la nota contrapposizione dogmatica di cui alle teorie dell'individuazione e della sostanziazione; la versione più evoluta della teoria dell'identificazione, che riconduce ad unità *petitum* e *causa petendi* in vista della valorizzazione del diritto soggettivo fatto valere in giudizio, è risultata essere più aderente al dato normativo, e in particolare agli artt. 24 Cost., 2907 c.c. e 99 c.p.c.

Ciò chiarito, passiamo a esaminare più da vicino i due elementi oggettivi di individuazione dell'azione.

3.2.1. Segue: *Il petitum*

Il *petitum* è quell'elemento oggettivo che consente di individuare ciò che l'attore chiede con la proposizione della domanda giudiziale, vale a dire il suo oggetto. Dal momento che la domanda giudiziale si rivolge tanto verso la controparte, quanto verso il giudice, si suole distinguere due profili del *petitum*: da una parte, il *petitum* mediato, inteso come il bene della vita di cui si chiede tutela (che può consistere in una cosa, in un *facere* o in *non facere*, nella richiesta di subire una determinata situazione giuridica); dall'altra parte, il *petitum* immediato, vale a dire il provvedimento giurisdizionale richiesto al giudice ⁽⁴²⁾.

⁴² Tale distinzione risale a CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 324 ss.; ID., *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 63, e è stata successivamente accolta dalla dottrina maggioritaria (cfr., tra i tanti, CERINO CANOVA *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 143; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, vol. II, V ed., cit., p. 7; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 371; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1989, p. 107; FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, I, Torino, 1989, p. 107; COSTA, voce *Domanda giudiziale*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1968, p. 166; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, cit., pp. 137 ss.; REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. I, cit., p. 48) e dalla giurisprudenza prevalente (cfr. su tutte Cass., 4 novembre 1983,

Se la definizione del *petitum* immediato come provvedimento di accertamento, costitutivo o di condanna richiesto al giudice con la domanda giudiziale non ha suscitato alcuna perplessità, al contrario la concezione chiovendiana del *petitum* mediato quale «bene della vita» ha prestato il fianco a talune critiche, in quanto – si è sostenuto – tale definizione non è sarebbe idonea a delineare compiutamente il concetto che si vorrebbe descrivere⁽⁴³⁾. In tale contesto di incertezza, la dottrina ha finito per accentuare l'uno o l'altro aspetto (il bene ovvero la giuridicità); sono state così avanzate diverse ipotesi definitorie di *petitum* mediato, le più diffuse delle quali sono quelle che descrivono tale entità come il diritto di cui si chiede la tutela⁽⁴⁴⁾ o come la cosa materiale oggetto di tale diritto medesimo⁽⁴⁵⁾. Opinioni minoritarie, ma certamente non meno autorevoli,

n. 6512, che afferma che il *petitum* deve essere inteso «sotto il profilo formale, come il provvedimento giurisdizionale richiesto e sotto l'aspetto sostanziale, come il bene della vita di cui si domanda il riconoscimento». Più recentemente cfr. Cass., 24 settembre 2015, n. 18886, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass., 11 gennaio 2011, n. 455, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1, 36, entrambe in tema di vizio di *extrapetizione*; Cass., 22 settembre 2011, n. 19310, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 9, 1321; Cass., 3 agosto 2007, n. 17078, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8, entrambe in tema di limiti oggettivi del giudicato. Nella giurisprudenza di merito recepiscono la distinzione tra *petitum* mediato e *petitum* immediato, tra le tante, Trib. Bari, 26 settembre 2016, n. 4769, in *DeJure*; Trib. Salerno, 16 settembre 2009, in *DeJure*.

Non mancano tuttavia interpretazioni alternative). Per MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, cit., pp. 32 ss., fermo restando il concetto chiovendiano di *petitum* immediato, il *petitum* mediato consisterebbe nel mezzo con cui si ottiene la tutela e quindi nell'effetto del provvedimento richiesto; MARENCO, *La litispendenza internazionale*, Torino, 2000, pp. 122 ss., che considera le due categorie come elementi di un unico atto, ossia il provvedimento richiesto, di cui sono l'oggetto (cioè la situazione giuridica soggettiva fatta valere) e il contenuto (vale a dire la modificazione materiale in cui esso consiste); PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Allorio, II, Torino, 1980, I, 2, p. 1060, la distinzione corretta è tra oggetto processuale (*i.e.* il contenuto del provvedimento richiesto) e di oggetto sostanziale (*i.e.* il diritto dedotto in giudizio). La tesi per cui il *petitum* sostanziale coincide con la situazione sostanziale dedotta in giudizio era già stata sostenuta da PUGLIESE, voce *Giudicato civile (diritto vigente)*, cit., p. 863, tesi criticata già da C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 89, perché non consente la distinzione di tale elemento con la *causa petendi*.

⁴³ Di tale ambiguità sembra essersi avveduto lo stesso Chiovenda il quale, in un'opera successiva (*Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 281), scrive: «l'identità oggettiva significa identità del bene garantito dalla legge di cui si chiede l'attuazione».

⁴⁴ FRANCHI, *La litispendenza*, cit., pp. 88-91; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., pp. 1057 ss.; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 88; GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., *passim*, spec. pp. 15, 62, 99-100, 112.

⁴⁵ LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, IV ed., Milano, 1980-1981, p. 154; ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1973, p. 152; ID., *Diritto processuale* 206

sono quelle che hanno definito il *petitum* mediato come il bene che soddisfa l'interesse per la cui tutela ci si rivolge allo Stato, con indicazione del diritto insoddisfatto ⁽⁴⁶⁾ o l'affermazione in giudizio della situazione favorevole che il soggetto assume a sé dall'ordinamento ⁽⁴⁷⁾.

3.2.2. *Segue: la causa petendi*

La *causa petendi* rappresenta l'elemento di più complessa definizione, sul quale si è sviluppato nel tempo un intenso dibattito dottrinale ⁽⁴⁸⁾. La difficoltà di una ricostruzione unitaria della *causa petendi* si coglie non solo analizzando gli studi compiuti da diversi autori e in differenti periodi storici in tema di identificazione delle azioni, bensì anche esaminando le opere di ciascun singolo autore che del tema si è occupato *funditus*. Tale circostanza trova conferma nel pensiero, sotto questo profilo oscillante, del Chiovenda. Inizialmente, il Maestro ha definito la *causa petendi* come un fatto giuridico, o più precisamente come «un fatto o un complesso di fatti, atto a porre in moto una norma di legge: un fatto o un complesso di fatti nella sua idoneità a produrre effetti giuridici» ⁽⁴⁹⁾. Tale definizione è stata ritenuta ambigua dalla dottrina, perché influenzata dall'accezione accolta di «fatto giuridico», vale a dire «fatto giuridico»

civile, Napoli, 1979, pp. 322-323; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, vol. II, V ed., cit., p. 7; COSTA, voce *Domanda giudiziale*, cit., p. 168.

⁴⁶ CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, II ed., Padova, 1943, pp. 137-138.

⁴⁷ PUGLIESE, voce *Giudicato civile (diritto vigente)*, cit., p. 863.

⁴⁸ Tali difficoltà hanno portato ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, cit., p. 331, nota 2, ad affermare che il concetto di *causa petendi* deve essere definito di volta in volta. Per CERINO CANOVA *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 16, la *causa petendi* «è, indubbiamente, il più complesso e controverso dei tre elementi identificatori» e la questione di individuazione della stessa è la più «tribolata» nel processo civile (p. 35).

⁴⁹ CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, cit., pp. 162-163. L'Autore aggiunge che «quando la legge connette l'effetto giuridico della nascita o del passaggio di un diritto a una dichiarazione di volontà, questa è un fatto giuridico, un fatto costitutivo di diritti».

come accadimento storico affermato dall'attore oppure «fatto giuridico» come fattispecie ascrivibile ad una data norma positiva ⁽⁵⁰⁾.

⁵⁰ Osserva in proposito CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 17: «nel primo caso la misura della giuridicità è offerta dalla tutela domandata, sicché i fatti concretamente dedotti si coagulano e si organizzano in funzione di questa. Nel secondo caso la giuridicità significa riferimento ad un rapporto di diritto e corrisponde ad un preciso paradigma normativo». L'Autore prosegue affermando che l'ambiguità della nozione di *causa petendi* elaborata nei primi studi di Chiovenda ha riecheggiato, a grandi linee, l'antica contrapposizione invalsa nella letteratura tedesca tra individuazione e sostanziazione: secondo la prima, l'oggetto del processo coincide con il diritto fatto valere in giudizio con la domanda giudiziale; per i sostenitori della teoria della sostanziazione, invece, la domanda giudiziale deve indicare tutti i fatti rilevanti affinché il diritto dedotto in giudizio sia identificato. Nella teoria della individuazione, poiché è unicamente l'affermazione del diritto – compiuta nell'atto introduttivo – a delimitare il contenuto della domanda, ogni eventuale fatto costitutivo del diritto sopravvenuto in corso di causa risulta irrilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio. Nella teoria della sostanziazione, posto che la domanda (e, per l'effetto, l'oggetto del processo) è caratterizzata dai fatti/accadimenti storici allegati dalla parte come costitutivi del diritto azionato, il contenuto della domanda non può dirsi fissato con l'atto introduttivo del giudizio, ma è suscettibile di integrazioni – in ragione di fatti sopravvenuti e/o ulteriormente dedotti – fintantoché non maturano le preclusioni in corso di causa (per un'approfondita disamina della formulazione e dell'evoluzione delle teorie in questione si rinvia a HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., *passim*; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., pp. 44 ss., anche per riferimenti alla letteratura tedesca in materia di «*Streitgegenstand*»).

Le suddette teorie, sebbene abbiano trovato adesione in una parte della dottrina nazionale (la nostra dottrina ha privilegiato la teoria della individuazione: CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I ed., cit., pp. 326 ss.; ID., *Principi di diritto processuale civile*, cit., pp. 278 ss., spec. p. 283; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., pp. 175 ss.; CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale*, I, Roma, 1941, p. 10; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 325 ss.; SATTA, *Jura novit curia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 380 ss.; a favore, invece, della teoria della sostanziazione v. GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, cit., p. 41), hanno suscitato molteplici dubbi applicativi. In particolare, è stato osservato che mentre la teoria della individuazione appare fin troppo dogmatica, giacché nella realtà pratica il contenuto della domanda difficilmente si precisa e si esaurisce con l'atto introduttivo del giudizio, la teoria della sostanziazione contrasta con le ragioni di economia processuale, poiché se il diritto si individua per mezzo dei relativi fatti posti a fondamento, plurimi fatti costitutivi, se non dedotti tutti nel medesimo processo, possono dare luogo a molteplici giudizi con riguardo ad un'unica situazione sostanziale (per le note critiche si veda, per tutti, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 37, e PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., p. 1062). Inoltre, secondo un'altra autorevole opinione, il rapporto tra diritto dedotto e fatti costitutivi allegati non deve essere posto in termini di contrapposizione, in quanto si tratterebbe di «due facce della stessa realtà» (così FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., p. 118, che precisa ulteriormente: «propugnare, infatti, l'allegazione dei fatti costitutivi o quella del rapporto giuridico significa porsi, rispettivamente, dal punto di vista della fattispecie (sostanziale) e da quello degli effetti che ne promanano, cioè da due punti di vista perfettamente compatibili, anzi corrispondenti». V. anche GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., p. 39; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 89; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 37). Per una rivisitazione del tema dopo la legge n. 353/1990 v. G.F. RICCI, «*Individuazione*» e «*sostanziazione*» nella riforma del processo civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, pp. 1248 ss.

Lo stesso Chiovenda, avvertendo le incertezze teoriche e le difficoltà pratiche derivanti dalla formulazione originaria del concetto di *causa petendi*, nel prosieguo dei suoi studi ha chiarito che tale entità manifesta la «esistenza di una concreta volontà di legge da attuare, estendendosi a ricomprendere il fatto da cui sorge l'interesse ad agire»⁽⁵¹⁾. Invero, la dichiarazione di voler attuata la volontà concreta di legge comprende «la designazione del bene a cui si aspira e delle ragioni per cui si pretende garantito dalla legge (*petitum* e *causa petendi*)»⁽⁵²⁾.

La questione della definizione della *causa petendi* ha assunto particolare importanza con riferimento all'individuazione dei diritti eteroindividuati, posto che – come noto – in tali situazioni giuridiche siffatto elemento riveste un ruolo individualizzatore⁽⁵³⁾. In particolare, la *vexata quaestio* consiste in ciò, se ai fini dell'individuazione della *causa petendi* debba farsi riferimento all'accadimento naturalistico da cui il diritto vantato in giudizio con la domanda giudiziale origina oppure alla fattispecie giuridica costitutiva della situazione sostanziale dedotta in giudizio.

La risalente dottrina italiana ha accolto la prima impostazione, identificando la *causa petendi* con l'evento inteso in senso naturalistico⁽⁵⁴⁾. Questa tesi è stata criticata dalla dottrina più recente, che ha evidenziato come il riferimento al solo fatto inteso in senso naturalistico non sia

⁵¹ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 283; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I ed., cit., pp. 328-329.

⁵² CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 278.

⁵³ Sul tema cfr. anche il paragrafo 7 del capitolo II.

⁵⁴ In questo senso era orientata la dottrina risalente: CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I ed., cit., pp. 309-310; GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, cit., pp. 38 ss., 53 ss. e 68 ss.; REDENTI, *Storia semantica della «causa in giudizio»*, in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, I, Milano, 1962, pp. 193 ss.; ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, cit., p. 336, seguita dalla giurisprudenza prevalente, quanto meno sino alla pronuncia n. 12310 del 15 giugno 2015. Sul punto si rinvia al capitolo III di questo lavoro. Anche il legislatore europeo sembra aver preso posizione in favore della soluzione per cui la *causa petendi* consisterebbe nelle circostanze di fatto generatrici della pretesa vantata in giudizio, con mera facoltà per l'attore di indicare il tipo giuridico. Ne dà atto D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 64, che richiama in proposito l'art. 8 del Reg. n. 861/2007 ai sensi del quale devono essere indicati i «motivi della domanda», ossia, «per esempio, cosa è successo, dove e quando». L'Autrice peraltro osserva che la soluzione per cui il fatto costitutivo coincide con l'evento naturalistico troverebbe un appiglio nell'art. 164 c.p.c., il quale contempla un vizio dell'*editio actionis* nel solo caso di omessa indicazione dei fatti, e non anche in caso di mancanza degli elementi di diritto (pp. 83-84).

sufficiente *ex se* ai fini dell'identificazione dell'oggetto del processo e dell'individuazione delle ragioni della domanda. Inoltre, siffatta impostazione risulta inappagante alla luce del fatto che non è sempre agevole tracciare i confini dell'episodio della vita descritto in giudizio dalle parti, senza l'ausilio del diritto sostanziale. In questo contesto sono state quindi elaborate ulteriori teorie, alcune delle quali non abbandonano del tutto il riferimento al fatto storico.

In particolare, Cerino Canova, pur non negando il valore assunto dal fatto inteso in senso naturalistico ai fini dell'individuazione della *causa petendi*, ha utilizzato la fattispecie giuridica costitutiva del diritto invocato in giudizio per circoscriverne i confini. Secondo l'Autore, ai fini dell'identificazione della *causa petendi*, non è sufficiente il riferimento esclusivo all'evento in senso naturalistico; l'attore è tenuto a indicare, con la domanda giudiziale, il diritto fatto valere e i fatti storici che servono all'individuazione dello stesso⁽⁵⁵⁾, con la precisazione che non assume rilevanza alcuna il riferimento al paradigma normativo, posto che esso non può vincolare il giudice in virtù del principio *iura novit curia*. La qualificazione della *causa petendi* prospettata da Cerino Canova fa leva, in prima battuta, sull'evento naturalistico, salvo poi attribuire valore "aggregativo" dei fatti naturalistici alla fattispecie giuridica costitutiva del diritto: «i fatti si coagulano ed organizzano per la loro attitudine a fondare il diritto fatto valere e, a tal fine, si raccolgono nelle fattispecie confluenti verso un medesimo effetto [...] l'effetto giuridico invocato dall'attore introduce tutte le fattispecie idonee a sorreggerlo»⁽⁵⁶⁾.

Per Cerino Canova, dunque, il fatto autonomamente considerato non è idoneo a produrre l'effetto giuridico ma occorre verificare se, nel caso concreto, possano o meno sorgere, dall'unico o da più accadimenti

⁵⁵ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 188-189: «la misura della giuridicità dei fatti narrati nella domanda, la loro aggregazione e separazione sono determinate dal diritto fatto valere dall'attore» per cui «l'effetto giuridico introduce tutte le fattispecie idonee a sorreggerlo». In tal senso – prosegue Cerino Canova – «l'effetto giuridico affermato nella domanda esprime la sua funzione decisiva, perché impedisce di affidare alla sola diversità di un fatto un compito, che può riuscire fuorviante [...]. Non basta, dunque, arrestarsi alla diversità dei fatti, bensì è necessario inquadrali nelle fattispecie legali corrispondenti e confrontare le relazioni intercorrenti tra le plurime sussunzioni».

⁵⁶ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 186 ss.

storici, più diritti potenzialmente coesistenti. In proposito, Cerino Canova si riferisce al «criterio dell'effetto giuridico», per cui «se molteplici susunzioni [dei fatti allegati *n.d.r.*] confluiscono in tanti e separati effetti, poiché spiegano rilevanza staccata, plurimi sono i diritti affermati nel processo; se esse sono coordinate dalla legge per un unico effetto, egualmente unico è il diritto fatto valere» (57).

Il criterio dell'effetto giuridico è stato messo in discussione da Menchini, secondo il quale «è instaurato un pericoloso circolo vizioso: la identità dell'effetto è data da quella del fatto, ma, d'altro canto, la identità del secondo deriva dall'unità del primo [...]. Il ruolo del fatto è allora solo apparente, poiché non è questa l'entità che, autonomamente fissata, provoca l'unità dell'effetto» (58).

Per Menchini, la *causa petendi* è rappresentata dalla fattispecie giuridica costitutiva (59). In questa prospettiva, la *causa petendi* rimane la stessa nell'ipotesi di passaggio, nel corso del processo, da una fattispecie costitutiva a un'altra, anche se con ciò si mutano parzialmente i fatti storici allegati con la domanda giudiziale. In particolare, per Menchini occorre «stabilire quando uno stesso complesso di fatti, preso in esame (insieme ad altri fatti, volta a volta diversi) da più fattispecie, genera una situazione soggettiva sostanziale unica e quando invece genera più situazioni soggettive sostanziali, per quante sono le fattispecie che lo prendono in esame» (60). Per risolvere tale questione l'Autore individua alcune possibili relazioni tra le fattispecie, ossia:

⁵⁷ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 191.

⁵⁸ MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 231-232, il quale aggiunge che «l'unità del fatto non può farsi dipendere da quella dell'effetto; è, invece, l'identità del primo, autonomamente determinata, a provocare quella del secondo».

⁵⁹ Cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit. In senso conforme anche D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 88, la quale aggiunge inoltre che nel caso in cui l'attore abbia erroneamente individuato la legge applicabile alla controversia, e abbia conseguentemente qualificato, in modo erroneo, la situazione giuridica eteroindividuata, posto che la *causa petendi* si identifica nella fattispecie giuridica costitutiva, si è comunque in presenza della medesima situazione sostanziale tutte le volte in cui il bene della vita e l'interesse richiesto rimangono i medesimi, anche se vi sia una *mutatio* dell'ordinamento (pp. 94 ss., spec. pp. 97-98). In tale situazione si verterebbe in una fattispecie di concorso di norme (che appartengono a diversi ordinamenti), e non di azioni (p. 98).

⁶⁰ MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 249 ss.

- a) «relazione di esclusione», che si ha quando le due fattispecie sono tra loro incompatibili, e dunque il medesimo fatto storico non può integrarle entrambe, cosicché è unica la pretesa sostanziale ⁽⁶¹⁾;
- b) «relazione di specialità», che si verifica nel caso in cui il fatto storico apparentemente integra entrambe le fattispecie, ma una delle due (detta “speciale”) presenta un elemento caratterizzante che, se integrato, esclude l’applicazione dell’altra (detta “generale”) ⁽⁶²⁾;
- c) «relazione di sussidiarietà», che si ha quando l’episodio della vita è sussumibile in entrambe le fattispecie, tuttavia una di esse (detta “sussidiaria”) opera soltanto qualora non sia già applicabile l’altra, in quanto, in caso contrario, l’applicazione della fattispecie sussidiaria «frustrerebbe lo scopo perseguito dall’altra» ⁽⁶³⁾;
- d) «relazione di assorbimento» per cui entrambe le fattispecie sono integrate dal medesimo fatto storico «ma in momenti cronologicamente diversi», e nel momento in cui si integra la seconda fattispecie (detta “assorbente”) la prima non è più applicabile; l’episodio della vita, pertanto, si sussume sotto

⁶¹ Per esempio, il fatto “restituzione di una somma di denaro” è sussumibile sia sotto la fattispecie “contratto di mutuo”, sia sotto la fattispecie “arricchimento senza causa”. Tuttavia, delle due l’una: o nel caso di specie esiste un contratto, e dunque non è applicabile la fattispecie “arricchimento senza causa”, oppure il contratto non esiste, e dunque non è applicabile la fattispecie “contratto di mutuo”. Sul punto cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 250-251.

⁶² È l’ipotesi del rapporto tra la fattispecie “generale” della responsabilità da illecito extracontrattuale (art. 2043 c.c.) e le fattispecie “speciali” della responsabilità per illecito del professionista (art. 2236 c.c.), del vettore (art. 1681 c.c.), del conduttore (art. 1588 c.c.). La fattispecie “generale” presuppone l’elemento comune della lesione di un diritto ‘ per fatto illecito, le fattispecie “speciali” presuppongono l’elemento ulteriore della lesione di un diritto ‘ avvenuta per effetto della violazione di un obbligo contrattuale. Cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 256 ss.

⁶³ È il caso del rapporto tra le fattispecie “responsabilità contrattuale” (art. 1218 c.c.) e “responsabilità aquiliana” (art. 2043 c.c.): vi sono fatti sussumibili in entrambe le fattispecie, tuttavia la “responsabilità aquiliana” può essere invocata quando non vi sia già altra forma di tutela, specie contrattuale, nel qual caso si applica quest’ultima. La fattispecie “responsabilità aquiliana”, quindi, si integra quando il diritto leso non sia risarcibile in ragione di altra particolare norma, rispetto alla quale è da considerarsi “sussidiaria”. Al riguardo v. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 259 ss.

un'unica fattispecie, quella "assorbente" (64);

- e) «relazione di coincidenza cronologica», che si ha quando due fattispecie sono contestualmente applicabili al medesimo episodio della vita, dando tuttavia vita a una sola pretesa sostanziale, poiché tutte producono, al loro perfezionamento, un identico effetto giuridico (65).

Pertanto, quando un dato accadimento storico sia preso in considerazione da un'unica fattispecie normativa, oppure quando tra le diverse fattispecie astratte, integrabili in concreto, ricorra una delle suddette relazioni, il fatto costitutivo resta unico, e unico è anche il diritto, in quanto esse producono un effetto identico. Qualora, invece, in ordine al medesimo episodio della vita siano applicabili più fattispecie legali astratte che determinano distinti effetti giuridici, vi sono più diritti concorrenti; si pone, di conseguenza, un problema di concorso di diritti.

3.3. *Petitum e causa petendi* nell'evoluzione normativa. L'interpretazione degli artt. 163 e 164 c.p.c.

L'individuazione della domanda giudiziale in base ai tre elementi descritti nei paragrafi che precedono è stata recepita anche dal dato normativo e, in particolare, dalle disposizioni che disciplinano il contenuto dell'atto di citazione e la nullità dello stesso. In realtà, si impongono due precisazioni: la prima è che, nel codice di rito, non vi sono espressioni

⁶⁴ Si tratta, per esempio, del rapporto tra le fattispecie "negoziario novativo" e "negoziario originario": il fatto costitutivo è unico, giacché è unico il diritto soggettivo tutelato, tuttavia la fattispecie "negoziario novativo" dà luogo ad un effetto successivo e sostitutivo dell'effetto della fattispecie "negoziario originario", sicché la fonte dell'obbligazione è una soltanto. Cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 270.

⁶⁵ È il caso in cui il medesimo fatto integra contemporaneamente le fattispecie di cui all'art. 2048 c.c. (responsabilità del genitore) e quella di cui all'art. 2049 c.c. (responsabilità del datore di lavoro), poiché l'autore dell'illecito è al contempo figlio (minorenne) e dipendente, ed ha provocato un danno ingiusto nello svolgimento dell'attività di lavoro. Identico è il fatto generatore di entrambe (il fatto illecito), identico è altresì l'effetto (il risarcimento del danno); pertanto è uno solo il diritto nascente a favore del danneggiato, seppure il fatto sarà regolamentato dall'insieme della fattispecie sussumibili. Per un approfondimento si rinvia a MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 273.

letterali ispirate esattamente all'elaborazione dottrinale tradizionale dei *tria*; la seconda è che il dato normativo è poco chiaro, composto da termini atecnici (si pensi al concetto di «cosa» di cui all'art. 163 c.p.c.) e talvolta ambigui ⁽⁶⁶⁾. L'indagine che ci proponiamo di effettuare dovrà dunque fondarsi sulle poche certezze che le disposizioni di legge offrono, vale a dire: la domanda si propone mediante atto di citazione e la disciplina della nullità della citazione contribuisce a definirne il contenuto ⁽⁶⁷⁾.

Ciò precisato, si comprenderà la ragione per la quale, nel prosieguo, si interpreteranno, l'uno per mezzo dell'altro, gli articoli 163 e 164 c.p.c.

La dottrina ha sempre cercato di “leggere” l'art. 163 c.p.c. alla luce dei tre elementi di individuazione dell'azione: *personae*, *petitum* e *causa petendi*. Sotto questo profilo, se non ha comportato grandi difficoltà l'individuazione nel n. 2 del terzo comma dell'art. 163 c.p.c. dell'elemento soggettivo ⁽⁶⁸⁾, ben più complessa si è rivelata l'indagine sulla positivizzazione del *petitum* e della *causa petendi* all'interno della disposizione citata. Come acutamente rilevato da Cerino Canova, la letteratura in argomento si «frantuma» in molteplici e contrapposte posizioni non appena si cerchi di determinare quali elementi della domanda debbano riferirsi al n. 3 dell'art. 163 c.p.c. e quali al n. 4 della medesima disposizione ⁽⁶⁹⁾.

In particolare, se era unanimemente condiviso il fatto che il *petitum* mediato rientrasse nel concetto di «cosa oggetto della domanda» di cui al punto 3 dell'art. 163 c.p.c., non era altrettanto chiaro se il requisito della *causa petendi* potesse essere accostato al medesimo punto della disposizione citata ovvero al successivo n. 4, che riguarda «l'esposizione dei fatti

⁶⁶ Per un apprendimento v. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit. pp. 270-271.

⁶⁷ CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit. pp. 270-271.

⁶⁸ Il n. 2 dell'art. 163, comma terzo, c.p.c. dispone che l'atto di citazione deve contenere le generalità delle parti, precisamente: «il nome, il cognome, la residenza e il codice fiscale dell'attore, il nome, il cognome, il codice fiscale, la residenza o il domicilio o la dimora del convenuto o delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono».

⁶⁹ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 8; ID., *Dell'introduzione della causa*, cit., pp. 264 ss., il quale rileva che il comune atteggiamento di interpretare l'art. 163 c.p.c. alla luce della teoria dell'identificazione dell'azione si ripeteva in egual modo anche di fonte alla norma previgente, ossia l'art. 134 c.p.c. del 1865, che non differiva da quella attuale per i profili di nostro interesse.

e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda», e lo stesso dubbio valeva – quantomeno per alcuni – anche rispetto al *petitum* immediato.

Tale questione interpretativa, su cui si è concentrata una parte dottrina domestica, non è meramente teorica: infatti, fino alla riforma dell'art. 164 c.p.c., intervenuta con la legge n. 353/1990, solo l'omessa indicazione o l'assoluta incertezza del requisito di cui al n. 3 dell'art. 163 c.p.c. determinava la nullità della citazione, non anche l'omissione delle ragioni di fatto e di diritto poste a fondamento della domanda di cui al n. 4 dell'art. 163 c.p.c. ⁽⁷⁰⁾. Pertanto, inserire tali elementi oggettivi nell'una piuttosto che nell'altra disposizione normativa comportava, nel vigore dell'art. 164 c.p.c. *ante* novella, l'applicazione di una diversa disciplina in materia di nullità della citazione.

In tale contesto, sono state elaborate dalla dottrina tre diverse opinioni.

Secondo una prima impostazione, la «cosa oggetto della domanda» di cui al n. 3 del terzo comma dell'art. 163 c.p.c., poiché intesa come situazione sostanziale soggettiva fatta valere, riassumerebbe l'indicazione del *petitum* e della *causa petendi* ⁽⁷¹⁾, esaurendo così la funzione di *editio actionis* della citazione ⁽⁷²⁾.

⁷⁰ La questione ha ormai perso il suo “fascino” come meglio si dirà *infra*, stante il fatto che, con la riforma degli anni Novanta, il legislatore domestico ha introdotto la sanzione della nullità della citazione anche nell'ipotesi in cui manchi il requisito di cui al n. 4 dell'art. 163 c.p.c.

⁷¹ Questa interpretazione è stata seguita da CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., pp. 630-631, secondo il quale «la legge intende qui per oggetto della domanda i due elementi oggettivi della domanda (*petitum* e *causa petendi*) che contrappone al terzo elemento (le *personae*)»; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., pp. 174-176; SEGNI, voce *Procedimento civile*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1987-1966, pp. 58-59. Altresì favorevoli a detta tesi sono G.F. RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, cit., pp. 860 ss. Per CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., pp. 266-269, «ciò che separa Chiovenda, Betti e Segni dalla dottrina successiva è che essi vedono nella formula «cosa oggetto della domanda» una nozione da interpretare secondo la teoria dell'identificazione. Viceversa la letteratura posteriore vi coglie la codificazione di un aspetto o elemento della stessa teoria; ed a sua volta si scinde – la stessa letteratura – in differenti tendenze promosse dall'uno o dall'altro dei termini componenti l'ambigua espressione».

⁷² Sulla distinzione, comunemente accettata, tra *vocatio in ius* ed *editio actionis* cfr. per tutti: CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., pp. 632 ss.; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., pp. 230 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 184; COSTA, voce *Domanda giudiziale*, cit., pp. 162 ss.

Tale interpretazione ha portato con sé alcune conseguenze, sia sul piano concettuale, sia su quello pratico ⁽⁷³⁾. Se, infatti, il n. 3 dell'art. 163, terzo comma, c.p.c. si riferisse tanto al *petitum*, quanto alla *causa petendi* – come sostenuto da questa dottrina – esauendo così l'identificazione del diritto controverso, bisognerebbe allora chiedersi in cosa consistano i «fatti» di cui al successivo n. 4 della disposizione normativa richiamata. Escludendo logicamente che si tratti dei fatti costitutivi (i quali integrano la *causa petendi* e che quindi – secondo la tesi in esame – dovrebbero essere ricondotti alla «cosa oggetto della domanda» di cui al n. 3 dell'art. 163 c.p.c.), non resta che accettare l'idea che essi riguardino le allegazioni dei fatti secondari ⁽⁷⁴⁾.

Tale ultima soluzione, tuttavia, sembra oggi non del tutto conforme all'estensione del regime di nullità *ex art.* 164 c.p.c., a opera della legge n. 353/1990, anche all'omissione dell'esposizione dei «fatti» di cui al n. 4 dell'art. 163, terzo comma, c.p.c., salvo ritenere che la mancata allegazione dei fatti secondari nel contesto dell'atto di citazione ne determini la sua nullità. Tuttavia, i sostenitori della tesi per cui entrambi gli elementi oggettivi dell'azione sarebbero descritti dal n. 3 dell'art. 163 c.p.c. hanno replicato che l'estensione del regime di nullità operata dal legislatore della novella del codice di rito del 1990 non sottenderebbe una rinnovata considerazione nei riguardi della *causa petendi* (la cui rilevanza, in realtà, non era mai stata sottovalutata dal diritto positivo), bensì sarebbe stata dettata dal fatto che – nel sistema processuale emerso dalla riforma, in cui le possibilità di difesa del convenuto sono limitate rispetto a quelle dell'attore – è necessario che l'attore precisi sin dall'introduzione del processo non solo i fatti principali, ma anche quelli secondari, poiché anche da questi ultimi possono dipendere le eccezioni della controparte ⁽⁷⁵⁾. Inoltre, si

⁷³ In argomento cfr. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., pp. 264 ss.; G.F. RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, cit., pp. 860 ss.

⁷⁴ In questi termini G.F. RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, cit., pp. 865-866. Sul punto v. anche CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., p. 278, secondo il quale gli «elementi di diritto e di fatto» di cui all'art. 163, comma terzo, n. 4, c.p.c. «non sono la domanda e nemmeno una parte di essa – quale la *c. petendi* – ma le ragioni della stessa: ossia un'entità che svolge funzione giustificativa, appunto le allegazioni».

⁷⁵ G.F. RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, cit., pp. 865 ss.

è sostenuto che una conferma della ricostruzione sino ad ora esaminata si rinverrebbe anche nel dato normativo, il quale sanziona con la nullità l'omissione o l'incertezza assoluta del requisito di cui al n. 3 dell'art. 163, terzo comma, c.p.c., mentre punisce soltanto l'omissione del requisito di cui al successivo n. 4; ciò in quanto – a detta di chi propugna questa soluzione – il difetto dell'indicazione dei fatti costitutivi sarebbe investito da un più grave disvalore rispetto al difetto dell'indicazione dei fatti secondari, in quanto i primi presiedono alla funzione della corretta introduzione del processo, mentre i secondi sono funzionali alla corretta esplicazione del contraddittorio (dunque, si può dire, la difesa del convenuto è pregiudicata non dalla genericità, ma soltanto dalla totale mancanza dell'esposizione dei fatti secondari da parte dell'attore). Nella prospettiva appena delineata, le conclusioni rappresenterebbero le soluzioni che l'attore deriva dalle allegazioni e dai mezzi probatori, «e servono per organizzare l'attività dimostrativa della domanda nelle articolazioni essenziali»⁽⁷⁶⁾.

Per quanto illustri siano i nomi che hanno ricostruito il n. 3 dell'art. 163 c.p.c. come comprensivo di entrambi gli elementi oggettivi, va rilevato che tale teoria è risultata minoritaria nel corso del dibattito dottrinale⁽⁷⁷⁾. Si è così sviluppata una seconda linea di pensiero, affermata come maggioritaria, che ha invece inteso la nozione di «cosa oggetto della domanda» con esclusivo riferimento al *petitum* (mediato ed immediato), riconducendo la *causa petendi* al successivo n. 4 dell'art. 163, terzo comma, c.p.c.⁽⁷⁸⁾. Sulla base di un'applicazione pedissequa della disciplina del codice di rito antecedente la riforma del 1990, i sostenitori di questa tesi hanno ritenuto che il requisito della *causa petendi* non fosse necessario ai fini della validità della citazione, e la sua omissione non avrebbe determinato la nullità della citazione in assenza di un'espressa

⁷⁶ Cfr. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., p. 278.

⁷⁷ Ne dà atto lo stesso CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., pp. 266-269.

⁷⁸ È il pensiero, tra gli altri, di ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 252; BRUNETTI, *La nullità della citazione*, Milano, 1963, p. 94; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, III, cit., p. 43; COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980, p. 268; FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pp. 57 e 121; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., pp. 75 e 87.

sanzione (⁷⁹). In realtà, pur nel silenzio della legge sul punto, non sono mancate opinioni nel senso che la carenza della *causa petendi* avrebbe comunque determinato la nullità della citazione, e a tal fine si è invocata l'applicazione del regime di nullità di cui all'art. 156, secondo comma, c.p.c., sul presupposto che la domanda priva dell'indicazione della *causa petendi* era da ritenersi inidonea al raggiungimento dello scopo dell'*editio actionis* (⁸⁰).

Un terzo orientamento, parzialmente in linea con la tesi da ultimo esaminata, ha espunto dal n. 3 del terzo comma dell'art. 163 c.p.c. anche il *petitum* immediato, spesso fatto coincidere con le «conclusioni» di cui al n. 4 della norma citata. Secondo questa impostazione, dunque, la «cosa oggetto della domanda» consiste esclusivamente nel bene della vita per cui si chiede tutela giurisdizionale, e quindi il c.d. *petitum* mediato (⁸¹). Anche in questo caso, però, non erano ben chiare le conseguenze derivanti dall'omissione della *causa petendi* e del *petitum* immediato: per alcuni, la

⁷⁹ In questo senso BRUNETTI, *La nullità della citazione*, cit., pp. 96 ss.

⁸⁰ In questo senso v. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 252, pp. 489-490; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., p. 338; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, cit., p. 84). Si tratta comunque di una tesi soggetta a critiche, per la ragione che il regime di nullità generale degli atti processuali è sanabile con forme ed efficacia diverse da quelle prescritte dall'art. 164 c.p.c.; in particolare, mentre la nullità generale degli atti si sana con la mera costituzione in giudizio del convenuto, la nullità della citazione richiede la necessaria rinnovazione (in caso di convenuto contumace) o integrazione (se il convenuto si è costituito in giudizio) dell'atto. Inoltre, mentre la nullità generale è sanabile con efficacia retroattiva, la sanatoria della citazione ha sempre e soltanto efficacia *ex nunc*. Osserva in proposito CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., p. 273: «resta allora da chiedersi come una citazione, nella quale non sia individualizzato il diritto fatto valere, possa interrompere subito la prescrizione od essere immediatamente atto di costituzione in mora! Ove si guardi a tali aspetti e si riconosca che la sanatoria non può avere efficacia retroattiva, viene acclarato che il difetto della *c. petendi* non può avere diverse conseguenze rispetto a quello del *petitum*». Inoltre secondo G.F. RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, cit., p. 863, «se la *causa petendi* è elemento essenziale per l'identificazione della domanda (e su ciò non vi sono dubbi), riesce difficile accettare l'idea che il legislatore del 1940 non abbia pensato a sanzionarne formalmente l'omissione con la nullità dell'atto, così come invece aveva fatto con il requisito di cui all'art. 163, n. 3». Inoltre, aggiunge Ricci, «non era certo accettabile che due elementi, che contribuiscono allo stesso modo all'identificazione dell'*editio actionis*, dovessero essere caratterizzati da un opposto regime di nullità e di sanatoria».

⁸¹ In tal senso MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, cit., pp. 14-15; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II ed., cit., p. 10; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, cit., p. 15; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, vol. II, V ed., cit., pp. 7 ss.

citazione priva dei suddetti elementi era solamente irregolare⁽⁸²⁾, per altri addirittura inesistente⁽⁸³⁾, altri ancora ne propugnavano la nullità⁽⁸⁴⁾.

Questo lo stato della dottrina, giova rilevare che la giurisprudenza si è sempre astenuta da un approccio sistematico unitario, preferendo invece adottare soluzioni variabili caso per caso⁽⁸⁵⁾.

Come anticipato la questione – quanto meno dal punto di vista delle conseguenze pratiche – ha oggi perso attrazione. Infatti, il codice di rito attualmente vigente, risultante dall'entrata in vigore della legge 26 novembre 1990, n. 353, sanziona con la nullità sia i vizi relativi al n. 3, sia quelli relativi al n. 4 dell'art. 163, terzo comma, c.p.c. Segnatamente, il quarto comma del vigente art. 164 c.p.c. invalida la domanda in cui sia omessa o risulti «assolutamente» incerta la «determinazione della cosa oggetto della domanda», nonché nel caso in cui in essa manchi «l'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda»⁽⁸⁶⁾.

⁸² FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., p. 121.

⁸³ ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, vol. II, V ed., cit., p. 16.

⁸⁴ CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, V ed., cit., p. 338.

⁸⁵ Per Cass, 28 marzo 1970, n. 863, in *Mass. Giur. it.*, 1970, c. 371 e App. Palermo, 29 dicembre 1961, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1038, nella «cosa oggetto della domanda» sono compresi sia il *petitum*, sia la *causa petendi*. Cass. 10 giugno 1976, n. 2125, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 1211; Cass., 9 febbraio 1970, n. 260, in *Mass. Giur. it.*, 1970, c. 118, ha ritenuto che la «cosa oggetto della domanda» definisca il *petitum*, sia quello «formale» («immediato»), sia quello «sostanziale» («mediato»), quest'ultimo sufficientemente indicato da una enunciazione d'insieme. Cass., 12 settembre 1970, n. 1393, in *Mass. Giur. it.*, 1970, c. 595 e Cass., 10 marzo 1971, n. 690, *ivi*, 1971, c. 277 hanno accolto invece l'idea della «cosa oggetto della domanda» quale esposizione del *petitum* «mediato».

⁸⁶ Si rileva che sono escluse dal campo di applicazione della sanzione di nullità tanto l'omessa indicazione degli «elementi di diritto», quanto delle «conclusioni». La mancata (o erronea) indicazione degli «elementi di diritto» da parte dell'attore non comporta invalidità della citazione in quanto è compito del giudice inquadrare i fatti esposti dalle parti private nella corretta fattispecie normativa, secondo il noto principio *iura novit curia* (cfr. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 98). Dubbi suscita invece la mancata previsione della sanzione della nullità per il caso di mancata indicazione delle «conclusioni». La dottrina che ritiene che il *petitum* immediato sia da intendere ricompreso sotto il n. 4 dell'art. 163, terzo comma, c.p.c. (per cui il relativo vizio comprometterebbe la regolare *editio actionis*), propone l'applicazione estensiva dell'art. 164, quarto comma, c.p.c. (così TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 4^a ed., Milano, 2009, p. 137), oppure invoca il regime di nullità *ex art.* 156, secondo comma, c.p.c., ritenendo la domanda priva delle conclusioni inidonea a raggiungere lo scopo (cfr. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2004, p. 366). Vi è poi chi ha ritenuto che la mancata deduzione delle conclusioni non dia luogo ad un vizio comportante invalidità, ma incida solo sul contenuto della pronuncia, che può essere soltanto di mero accertamento (cfr. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., p. 98). Diversamente, chi esclude

4. *L'individualizzazione della situazione sostanziale dedotta in giudizio con la domanda: la distinzione tra domande autoindividuate ed eteroindividuate*

Esaminata la teoria dell'individuazione dell'azione, e dato per assunto che l'oggetto del processo consiste nella situazione sostanziale ipotetica affermata come esistente dall'attore ⁽⁸⁷⁾, occorre a questo punto comprendere quali siano i criteri deputati ad individualizzare – cioè rendere unica, distinta, individualizzata appunto – la situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio. In particolare, dovremo comprendere se sussistano gli stessi criteri individualizzatori con riferimento a qualsivoglia situazione giuridica sostanziale affermata dall'attore ovvero se la questione sia influenzata dal tipo di diritto (relativo o assoluto) dedotto in giudizio e, quindi, dal tipo di domanda giudiziale proposta (autodeterminata o eterodeterminata).

La nostra indagine dovrà proprio muovere dalla nota distinzione tra domande autodeterminate ed eterodeterminate ⁽⁸⁸⁾, distinzione che sviluppa un principio antichissimo per cui *amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest*; ciò in quanto – come si dirà subito appresso – solo in un caso la *causa petendi* funge da elemento individualizzatore (diritti relativi/domande eterodeterminate), non nell'altro (diritti assoluti/domande autodeterminate).

Spieghiamo meglio quanto appena affermato.

che il *petitum* immediato sia da intendere ricompreso sotto il n. 4 dell'art. 163, terzo comma, c.p.c., non vi ravvisa alcuna lacuna normativa, dovendosi apprezzare la ritualità dell'*editio actionis* esclusivamente alla stregua del precedente n. 3, dovendo diversamente intendersi le conclusioni soltanto come una formulazione, in forma breve e provvisoria, della pretesa vantata (cfr. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., p. 278).

⁸⁷ Sul punto cfr. paragrafo 2 di questo capitolo.

⁸⁸ Su tale distinzione si consenta il rinvio al paragrafo 7 del capitolo II. In argomento v. anche MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum» e di «causa petendi»*, cit., pp. 474-475, il quale osserva che nei diritti eteroindividuatati e quelli autoindividuatati è diverso il modo di atteggiarsi della *causa petendi* in quanto, nei primi, essa si identifica o sembra identificarsi con l'allegazione di un singolo fatto costitutivo; nei secondi, invece, la *causa petendi* si concreta in un fascio di possibili e anche diversi fatti costitutivi.

Nel caso in cui sia dedotto in giudizio un diritto autoindividuato, e cioè un diritto che può sussistere una ed una sola volta tra le stesse parti⁽⁸⁹⁾, la domanda giudiziale è individuata, esclusivamente, dai soggetti, dal contenuto del diritto dedotto in giudizio (per esempio: proprietà, usufrutto, servitù e così via) e dalla *res* su cui cade il diritto (per esempio il fondo Corneliano), senza che sia rilevante, all'uopo, l'allegazione del titolo di acquisto del diritto (*i.e.* contratto, donazione, usucapione, successione *mortis causam*, ecc.)⁽⁹⁰⁾; ciò in quanto – come già si è detto – la situazione sostanziale dedotta in giudizio con la domanda autoindividuata è unica e irripetibile, in un determinato momento storico, tra le stesse parti, sicché il fatto costitutivo non assume valore individualizzatore della fattispecie giuridica.

⁸⁹ Rientrano, in tale categoria, il diritto di proprietà e gli altri diritti reali di godimento (superficie, uso, usufrutto, enfiteusi, abitazione e servitù), gli *status* famigliari, i diritti della personalità, *status civitatis*. Taluni (CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., pp. 80 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 223-224; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., p. 73; D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 80) includono nella categoria dei diritti autodeterminati anche i diritti di credito ad una prestazione specifica (ad es.: rilascio dell'immobile, consegna di un bene mobile, prestazione di *facere*); talaltri includono anche i diritti reali minori di garanzia (MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 214 ss.; D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 80). Per un approfondimento del tema v. sempre paragrafo 7, capitolo II.

⁹⁰ Vi è tuttavia chi, muovendo dalla convinzione per cui la domanda giudiziale è oggettivamente contraddistinta sulla base del fatto costitutivo posto a suo fondamento, ha ritenuto che, anche per i diritti autodeterminati, si hanno tante domande giudiziali (e tanti oggetti del giudizio) quanti sono i fatti costitutivi deducibili a fondamento della situazione sostanziale, con la conseguenza che il rigetto della domanda consentirebbe all'attore soccombente di riproporre la stessa (*rectius* di proporre una nuova domanda avente ad oggetto lo stesso diritto autodeterminato individuato da altro fatto costitutivo), non essendo tale possibilità preclusa dal giudicato (così ATTARDI, *Diritto processuale*, cit. I, pp. 123 ss.; MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, pp. 63 ss., spec. 70 ss.). In senso critico cfr. MENCHINI, voce *Regiudicata*, cit., pp. 428 ss.; MENCHINI(-MOTTO), sub *art. 2909 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., pp. 42-43, per cui siffatta tesi non può essere accolta in quanto la stessa, contrariamente all'orientamento dominante, pone quale oggetto del processo non già la situazione giuridica sostanziale, bensì la questione giuridica (c.d. *Rechtsfrage*); inoltre, da un punto di vista pratico, siffatta teoria comporta che, pur essendo unica la situazione soggettiva, plurime sono le domande e molteplici possono essere i giudizi, con conseguenze negative (e inaccettabili) in termini di economia processuale e ragionevole durata del processo, oltre che di lesione del principio di parità delle armi e del diritto di difesa. Per ulteriori critiche cfr. LUISO, *Principio di eventualità e principio di trattazione orale*, in *Scritti in onore di Fazzalari*, Milano, 1993, II, pp. 212 ss.; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., pp. 70 ss.

Al contrario, nel caso di diritti eterodeterminati, vale a dire quei diritti che possono sussistere più volte tra le medesime parti, con il medesimo contenuto e nello stesso momento storico ⁽⁹¹⁾, la domanda è individuata non solo dai soggetti e dal diritto dedotto (per esempio il diritto di credito a una prestazione pecuniaria), ma anche dal fatto costitutivo di tale diritto ⁽⁹²⁾.

Il criterio di individualizzazione della situazione sostanziale dedotta in giudizio è dunque differenziato in base al tipo di diritto preso in esame o, più precisamente, in base alla ripetibilità della medesima situazione tra le stesse parti ⁽⁹³⁾: se, tra gli stessi soggetti, può essere unica la posizione rispetto a un bene, non è necessaria l'indicazione del fatto costitutivo ai fini dell'individualizzazione del diritto ⁽⁹⁴⁾; al contrario, se tra gli stessi soggetti può essere plurima la medesima posizione rispetto allo stesso bene, il fatto costitutivo ha funzione individualizzatrice ⁽⁹⁵⁾.

⁹¹ Trattasi, in particolare, dei diritti di credito ad una prestazione di denaro o di cose generiche. Secondo una parte della dottrina (CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., pp. 178-179; MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum» e di «causa petendi»*, cit., p. 475), fanno parte dei diritti eteroindividuati anche pegno e ipoteca. Per un approfondimento si rinvia al paragrafo 7, capitolo II.

⁹² V. però quanto sostenuto da una parte della dottrina tedesca che – pur non negando che, ai fini dell'identificazione della prestazione di genere sia necessario risalire al fatto costitutivo – ha ritenuto che il fatto costitutivo non abbia un ruolo individualizzatore del diritto: GEORGIADIS, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, Monaco, 1967, p. 163; HESSELBERG, *Die Lehre vom Streitgegenstand*, Colonia-Berlino-Bonn-Monaco, 1970, p. 286, citati da MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 5, nota 115 e p. 20 nota 25, nonché anche pp. 227 ss., testo e note, per una disamina più approfondita della tesi in questione e per le critiche ad essa mosse dall'Autore.

⁹³ Esattamente in questi termini, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 180, spec. 183. Nello stesso senso CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., p. 73, per il quale l'unità o pluralità di diritti dipende dall'unità o pluralità di risultati conseguibili dall'attore con la domanda giudiziale, «sicché se uno solo è il risultato garantito dalla legge parimenti unico è il diritto».

⁹⁴ Cfr., tra i tanti, BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., pp. 175 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 208 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., pp. 161 ss.; PROTO PISANI, *Il giudicato e i suoi limiti oggettivi*, cit., pp. 297 ss. In termini problematici v. però MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc.civ.*, 1993, pp. 63 ss., spec. p. 70; ATTARDI, *Diritto processuale civile. Parte generale*, Padova, 1999, pp. 128 ss.; TAVORMINA, *Unicità del comportamento. Pluralità di doveri ed oggetto del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 51 ss. e 71 ss.

⁹⁵ Come acutamente rilevato da MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum» e di «causa petendi»*, cit., p. 476, nelle domande autoindividuate «il diritto sostanziale affermato si presenta sotto l'angolazione del *petitum*, lasciando nell'ombra la *causa petendi*, nel senso che esponendo

La distinzione della *causa petendi* in base al tipo di azione e di diritto dedotto in giudizio – o, secondo l'impostazione di Cerino Canova, in base all'unicità o pluralità della situazione sostanziale tra le stesse parti – è stata criticata da quegli autori che, al contrario, hanno privilegiato una ricostruzione unitaria di tale elemento oggettivo rispetto a tutti i tipi di diritto presi in esame (⁹⁶).

Inoltre, la dottrina più recente ha rilevato che il diverso atteggiarsi delle domande autodeterminate ed eterodeterminate rispetto alla *causa*

il *petitum* si sottintende e si espone [...] anche la *causa petendi*; viceversa, nelle domande eteroindividuate «esponendo la *causa petendi* si espone [...] fin quasi a sottintenderlo, anche il *petitum*».

⁹⁶ In primo luogo, si è affermato che nelle azioni relative a diritti relativi è consentita l'omessa indicazione del fatto costitutivo e nelle azioni relative a diritti reali l'allegazione del fatto costitutivo svolge comunque una funzione identificativa (ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, cit., pp. 332 ss.). Tale soluzione, però, appare ambigua e costituisce una contraddizione in termini perché, nel tentativo di riportare ad unità il concetto di *causa petendi*, non fornisce un'adeguata spiegazione per cui nei diritti personali la *causa petendi* dovrebbe prescindere dal fatto costitutivo (CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 25 testo e nota 81). In secondo luogo, è stato sostenuto che anche nelle azioni autoindividuate sussiste un momento fattuale, che coincide con l'esistenza della cosa, e dunque anche in tali azioni la *causa petendi* svolge un ruolo individualizzatore (così GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., pp. 81 ss.; ID., *Azioni reali, azioni personali, oggetto del processo e oggetto del giudicato*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, c. 318, secondo cui la *causa petendi* è il diritto stesso, mentre è irrilevante, ai fini dell'identificazione, la *causa petendi* passiva, ossia il titolo di acquisto). Tuttavia anche tale soluzione è stata sottoposta a pregnanti critiche, posto che essa finisce per confondere la *causa petendi* e il *petitum* mediato, il quale ultimo certamente può essere definito come la «cosa» oggetto della domanda (in questi termini v. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., pp. 37-38). Ancora, si è detto che, nelle azioni autoindividuate, il fatto costitutivo è uno solo, e consiste nell'usucapione, mentre «gli altri fatti costitutivi (es. testamento, contratto) si attecchiano a elementi integrativi dell'usucapione, e come tali possono dar luogo a questioni pregiudiziali, se vengono impugnati» (SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, cit., p. 23; ID., voce *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 825). Questa soluzione viene poi sviluppata in una dimensione esclusivamente dogmatica sulla base della considerazione che l'usucapione non è l'unico modo di acquisto dei diritti reali a titolo originario, sicché a ciascun modo di acquisto a titolo originario dovrebbe corrispondere una diversa azione (PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, pp. 113 ss.; ID., *Dell'esercizio dell'azione*, cit., pp. 1064-1065. In senso critico CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 38, anche nota 140, il quale osserva che, aderendo a tale impostazione, si sminuirebbe il noto aforisma *amplius quam semel res mea esse non potest*, il quale rende indifferente qualsivoglia titolo d'acquisto di un diritto reale, sia esso originario o derivativo). Infine, è stato sostenuto che per tutti i diritti (anche autoindividuat) è sempre necessaria l'allegazione del fatto costitutivo a pena di nullità della citazione ex art. 156 c.p.c. per carenza della *causa petendi* (C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, cit., p. 86; ID., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 87, che, dunque, ha ricondotto tutti i diritti ad un unico modello di domanda in cui è sempre necessaria l'indicazione della *causa petendi*, pena la nullità della citazione).

petendi appare in contrasto con la lettera dell'art. 164, quarto comma, c.p.c. riformato con la legge n. 353/1990 che – come già si è detto – punisce con la sanzione della nullità tanto la citazione in cui sia omessa o risulti assolutamente incerta la cosa oggetto della domanda, quanto quella in cui manchi l'indicazione delle ragioni di fatto o di diritto della domanda, senza però distinguere tra le diverse categorie di diritti autoindividuati o eteroindividuati. Secondo un'interpretazione meramente letterale della norma, dunque, anche nel caso in cui sia dedotto in giudizio un diritto autoindividuato, la mancata indicazione del fatto costitutivo – che sarebbe ininfluenza sul piano concettuale, rilevando semmai ai fini della fondatezza della domanda proposta – determinerebbe la nullità della citazione⁽⁹⁷⁾.

Due sono le possibili soluzioni prospettate al fine di risolvere tale incongruenza: o si interpreta restrittivamente la disposizione, in modo tale da riferire la sanzione di nullità per i soli casi in cui il difetto dei requisiti di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 163, terzo comma, c.p.c. impedisca l'individuazione della situazione sostanziale fatta valere, con esclusione dunque delle domande autodeterminate⁽⁹⁸⁾; oppure si applica fedelmente la norma, ritenendo che l'indicazione degli elementi di fatto della pretesa (anche per il caso di domande autodeterminate) sia volta, oltre all'integrazione dell'*editio actionis*, anche ad assicurare la funzione preparatoria della trattazione e dell'istruzione in udienza dell'atto di citazione⁽⁹⁹⁾, tesi quest'ultima che riteniamo maggiormente convincente⁽¹⁰⁰⁾.

⁹⁷ Cfr. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*, Padova, 1991, pp. 61 ss.

⁹⁸ Cfr. CONSOLO-LUISSO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1991, pp. 91 ss.; OLIVIERI, *Gli atti di parte nella fase introduttiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 118 ss.; TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2002, pp. 66 ss.; VERDE-DI NANNI, *Codice di procedura civile. L. 26 novembre 1990, n. 353. L. 21 novembre 1991, n. 374. L. 4 dicembre 1992, n. 477*, Torino, 1993, pp. 77 ss.

⁹⁹ PROTO PISANI, in *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 95, tesi condivisa da CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., p. 105.

¹⁰⁰ Al riguardo basti considerare che l'indicazione della *causa petendi* anche nelle domande autoindividuate appare necessaria al fine di consentire al convenuto di ottemperare all'onere di specifica contestazione di cui all'art. 115, comma secondo, c.p.c. già nella comparsa di costituzione e risposta, nonché al fine di consentire al giudice di svolgere i compiti assegnatigli dalla legge, tra i quali giova rammentare la possibilità di chiedere alle parti, nel contesto della prima

SEZ. II. L'OGGETTO DEL PROCESSO NEI VARI TIPI DI AZIONE DI COGNIZIONE

5. *L'oggetto del processo nelle azioni di mero accertamento e di condanna*

Abbiamo visto che l'oggetto del processo consiste nella situazione sostanziale ipotetica, affermata in giudizio dall'attore con la domanda giudiziale; situazione che la sentenza di merito dichiara come esistente o inesistente all'esito del processo ⁽¹⁰¹⁾. Occorre a questo punto calare la tesi in parola nell'ambito delle diverse forme di tutela giurisdizionale, ciò al fine di valutarne l'attendibilità e la specifica portata. In particolare occorre determinare, rispetto alle varie ipotesi configurabili (pronunce di mero accertamento positivo o negativo, di condanna e statuizioni volte alla costituzione, modificazione o estinzione di rapporti sostanziali), qual è la situazione giuridica soggettiva che diviene autonomo oggetto del processo.

Ai fini della nostra indagine, tratteremo congiuntamente, nel presente paragrafo, l'oggetto del processo di mero accertamento positivo e di condanna ⁽¹⁰²⁾; discorso a parte andrà fatto, invece, con riferimento al processo di mero accertamento negativo e a al processo costitutivo. Come

udienza, chiarimenti sui fatti allegati, di tentare la conciliazione delle stesse o di formulare una proposta di conciliazione *ex art. 185 bis c.p.c.*

¹⁰¹ Cfr. paragrafo 5 di questo capitolo.

¹⁰² Si è scelto di trattare congiuntamente l'oggetto delle azioni di mero accertamento e di condanna, come già fatto da MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 59 ss., il quale osserva che, «nonostante le innegabili differenze strutturali e funzionali», le sentenze di accertamento e di condanna sono, in modo analogo, preordinate alla tutela di situazioni soggettive di natura obbligatoria e reale (p. 60). Nella sua autorevole indagine sui limiti oggettivi del giudicato, l'Autore è giunto alle seguenti conclusioni in relazione al tema dell'oggetto del processo e della sentenza: (i) nel caso in cui sia dedotto in giudizio un rapporto obbligatorio semplice, ossia costituito da una sola coppia diritto-obbligo (ad esempio il risarcimento del danno per responsabilità extracontrattuale), oggetto della sentenza è il rapporto nella sua globalità (p. 60); (ii) nel caso, invece, di rapporto obbligatorio complesso (c.d. *Grundverhältnis*), costituito da una pluralità di coppie diritto-obbligo e poteri di modificazione giuridica (si pensi ai rapporti contrattuali sinallagmatici: compravendita, locazione, comodato ecc. in cui l'attore chiede in giudizio il pagamento del prezzo, la consegna del bene, il rilascio dell'immobile e così via), in cui sia dedotto in giudizio un singolo debito o credito, oggetto della sentenza di accoglimento e del giudicato non è soltanto il singolo effetto dedotto, ma anche l'accertamento dell'esistenza e validità del rapporto giuridico obbligatorio fondamentale dal quale il debito o credito traggono origine (vale a dire, ad esempio, la validità del contratto di compravendita) (pp. 107 ss.); (iii)

avremo modo di vedere, infatti, il tema dell'oggetto del processo in cui sia stata proposta un'azione di accertamento negativo, soprattutto di crediti, è stato oggetto di un vivace dibattito in dottrina, e ancora oggi sono rinvenibili diverse tesi sul punto, che hanno inevitabili riflessi anche in materia di limiti oggettivi del giudicato e di possibilità di riproporre la domanda di accertamento negativo in caso di rigetto della stessa. Altrettanto controversa è la questione relativa all'oggetto del processo costitutivo, stante la peculiarità di questo tipo di sentenza diretta a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici preesistenti.

Procediamo con ordine.

Per quanto concerne la tutela di mero accertamento e quella di condanna, va innanzitutto ricordata una certa corrente di pensiero che, muovendo dalla convinzione secondo cui vi sarebbe una tendenziale corrispondenza tra la forma di tutela richiesta e la situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio, ha sostenuto che l'oggetto del processo di mero accertamento consisterebbe nei diritti assoluti e nei rapporti giuridici complessi, mentre la tutela di condanna riguarderebbe, di regola, i diritti

nel caso in cui sia dedotta in giudizio una situazione semplice costituente il contenuto di un diritto assoluto (si pensi all'azione di rivendicazione del bene illegittimamente posseduto da un terzo), oggetto della sentenza e del giudicato è il riconoscimento dell'esistenza dell'obbligo dedotto in giudizio (ad esempio la condanna alla restituzione), nonché l'accertamento della situazione reale (nel nostro esempio: la proprietà), benché tale situazione sostanziale sia volta alla tutela della signoria sulla *res* sotto un profilo limitato e nei confronti di un determinato soggetto (pp. 115 ss., spec. pp. 121-122).

Con riferimento alle sentenze di rigetto, Menchini ha rilevato che, nell'ipotesi *sub (ii)*, ossia quando oggetto del giudizio è un rapporto giuridico complesso, va distinto (a) il caso in cui il rigetto della domanda sul singolo effetto derivi dall'invalidità o inesistenza del rapporto giuridico fondamentale, sicché la decisione di rigetto negherà, *espressamente*, la sussistenza sia del rapporto, sia del singolo debito-credito dedotto in giudizio, (b) dal caso in cui il rigetto consegua dall'insussistenza del diritto fatto valere come *petitum* (si pensi al rigetto della domanda per intervenuto pagamento), per cui si avrà un accertamento *implicito* della nascita non solo del diritto (poi venuto meno per la sussistenza del fatti estintivo, *i.e.* il pagamento), ma anche del rapporto (vale a dire, nel nostro esempio, il contratto in cui l'obbligazione di pagamento costituiva una prestazione) (pp. 114-115). Nell'ipotesi *sub (iii)*, vale a dire quando oggetto del processo è una pretesa relativa ad una situazione reale, va anche qui distinto (A) il caso in cui il rigetto si fondi sulla declaratoria di insussistenza del diritto reale, sicché è ovviamente negata, con autorità di giudicato, la sussistenza del diritto in questione, (B) dal caso in cui il rigetto della domanda derivi dall'insussistenza di altro fatto costitutivo (ad esempio, in un giudizio di rivendica, non risulta che il convenuto sia in possesso del bene rivendicato), per cui non si avrà nessuna statuizione, nemmeno implicita, in ordine alla sussistenza del diritto, restando impregiudicata la possibilità di agire in un successivo giudizio (p. 123).

di credito ⁽¹⁰³⁾. Questa teoria, che di fatto valorizza esclusivamente il tipo di situazione giuridica vantata in giudizio con la domanda ed esclude qualsivoglia funzione del *petitum* immediato ai fini dell'individuazione dell'oggetto del processo, è stata sottoposta ad alcune critiche, che ne hanno rilevato l'insita contraddittorietà e incongruenza.

In primo luogo, si è osservato che la tesi che valorizza esclusivamente il ruolo della situazione sostanziale dedotta in giudizio a discapito del *petitum* immediato risulta inappagante in quanto non tiene conto del fatto che, in alcuni casi, la medesima situazione giuridica sostanziale può essere dedotta vuoi in via di mero accertamento, vuoi per mezzo di un'azione di condanna, il che può accadere, per esempio, nel caso in cui sia vantato in giudizio un diritto di credito ⁽¹⁰⁴⁾. In tale situazione, seguendo la dottrina in parola, l'oggetto del processo rimarrebbe lo stesso, poiché è stata dedotta in giudizio la medesima situazione giuridica soggettiva.

In secondo luogo, si è sostenuto che, aderendo alla menzionata impostazione, non si attribuirebbe giusto valore, ai fini dell'individuazione dell'oggetto del processo, al ruolo della lesione subita dalla situazione sostanziale e lamentata dall'attore con la domanda giudiziale, ruolo che, invece, è riconosciuto dalla dottrina prevalente ⁽¹⁰⁵⁾.

¹⁰³ Cfr. nella dottrina italiana, VERDE, *Diritto processuale civile*, 1, *Parte generale*, Bologna, 2010, pp. 178 ss.; PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, 2^a ed., Torino, 2010, pp. 14 ss.; BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, 2^a ed., Torino, 2006, pp. 64 ss.; GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, pp. 331 ss. Nella dottrina tedesca, tra gli altri, LENT, *Zuhr Lehre vom Streitgegenstand*, cit., pp. 318-319; NIKISCH, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Tübingen, 1935, pp. 7-8 e pp. 26 ss., citati da MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 387, nota 85, a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁰⁴ È opinione diffusa (cfr., tra gli altri, CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 204-205 e 210; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, III ed., cit., pp. 161-162; COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, 4^a ed., Bologna, 2006, p. 579; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 154) quella per cui i diritti di credito possono essere posti ad oggetto tanto di un'azione di mero accertamento, quanto di un'azione di condanna; sarebbe difficile in tal senso apprezzare la differenza tra le due azioni proposte qualora venisse dedotto il medesimo diritto di credito. Su tale critica cfr. per tutti MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 464 ss., anche per ulteriori riferimenti dottrinali.

¹⁰⁵ Per CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I ed., cit., pp. 328-329, il fatto lesivo, da cui nasce l'interesse ad agire, costituisce un elemento della *causa petendi*. Nella dottrina posteriore cfr. CAVALLINI, *L'oggetto del processo di rivendica*, Napoli, 2002, pp. 186 ss., 221

Infine, si è osservato che la soluzione di svalutare il ruolo assunto dalla forma di tutela processuale richiesta (¹⁰⁶) collide inevitabilmente con l'opinione, largamente condivisa, secondo cui il *petitum* immediato costituisce un elemento di identificazione dell'azione, e quindi dell'oggetto del processo (¹⁰⁷).

In conclusione, dunque, questa dottrina, negando la portata della forma di tutela richiesta e valorizzando unicamente la situazione sostanziale fatta valere, è giunta a ritenere che un giudizio di mero accertamento ed un giudizio di condanna, nei quali sia dedotto il medesimo diritto, abbiano identico oggetto (¹⁰⁸).

All'opposto si pone quella dottrina che, valorizzando il ruolo assunto dalla forma di tutela processuale richiesta con la domanda, ha ritenuto che, pur potendo essere identica la situazione sostanziale dedotta in giudizio con entrambe le azioni (di mero accertamento o di condanna), l'oggetto dei processi non coincide, perché diverso è il provvedimento richiesto al giudice (¹⁰⁹). L'elemento distintivo, dunque, non concernerebbe il tipo di situazione sostanziale dedotta in giudizio, bensì la forma di tutela richiesta; ciò in quanto sia i diritti assoluti, sia i diritti relativi,

ss., 245 nota 30; MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, cit., pp. 20 ss.; FRANCHI, *La litispendenza*, cit., pp. 93 e 97 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 180.

¹⁰⁶ Per NIKISCH, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, cit., pp. 14-15 e 46 ss., la forma di tutela richiesta non rileva ai fini dell'individuazione dell'oggetto del processo, essendo all'uopo sufficiente l'affermazione dell'effetto giuridico sostanziale (*Rechtsbehauptung*). In argomento, anche per riferimenti alla dottrina tedesca che ha affrontato *funditus* la questione, cfr. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 387 ss., testo e nota 88.

¹⁰⁷ Sul punto si rinvia al paragrafo 3.3 di questo capitolo.

¹⁰⁸ Cfr. ancora MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 388 ss.

¹⁰⁹ Ne dà atto MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., p. 199, nota 4, il quale cita, in proposito, BÖTTICHER, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess*, in *Beiträge zum Zivilprozessrecht*, München-Berlin, 1949, pp. 86-87; SCHWAB, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Broschert, 1954, p. 184. Al riguardo giova osservare che, ove sia stata proposta per prima l'azione di condanna, la sentenza emessa all'esito del processo impedisce la proposizione di una successiva domanda di mero accertamento relativo al medesimo diritto dedotto in giudizio nel primo processo; al contrario, nel caso in cui fosse proposta per prima l'azione di mero accertamento, il secondo processo avente ad oggetto la condanna potrebbe essere instaurato, fermo restando il vincolo, derivante dalla prima sentenza (di mero accertamento) circa il diritto accertato con autorità di giudicato. Sul punto cfr. LENT, *Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo*, in *Jus*, 1953, pp. 445-446; FRANCHI, *La litispendenza*, cit., pp. 148-149.

possono essere dedotti tanto in un processo di mero accertamento positivo, quanto in un processo di condanna.

Si è tuttavia sostenuto che anche quest'ultima soluzione non consente di ottenere risultati completamente soddisfacenti. Questa tesi, infatti, valorizzando esclusivamente il ruolo del *petitum* immediato, sminuisce il valore del dato sostanziale, fino al punto che il discrimine tra le due forme di tutela finisce per essere fondato solamente sul piano processuale⁽¹¹⁰⁾.

Mantenendo ferma l'idea della situazione sostanziale alla base delle due forme di tutela, un Autore ha valorizzato il ruolo del «fatto antiggiuridico»⁽¹¹¹⁾ che determina una specifica lesione all'interesse protetto, dal quale dipenderebbe la forma di tutela invocata⁽¹¹²⁾. In particolare, si è sostenuto che a un «fatto antiggiuridico» che provoca uno stato di incertezza soggettiva sull'esistenza o sul modo di essere di un diritto o di un rapporto giuridico corrisponde la richiesta di un provvedimento che dichiari, in modo stabile e incontrovertibile, l'esistenza o il modo di essere del diritto o del rapporto controverso (azione di mero accertamento)⁽¹¹³⁾, mentre a un «fatto antiggiuridico» consistente in un comportamento difforme da quello prescritto come doveroso da una norma di condotta corrisponde la richiesta di un provvedimento che condanni il convenuto a

¹¹⁰ Cfr. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 126.

¹¹¹ Per tale intendendosi «non il concreto fatto storico, spazialmente e temporalmente delimitato, ma il fatto lesivo nella sua configurazione normativa tipica: la fattispecie astratta descrittiva del fatto antiggiuridico e non la fattispecie concreta al suo interno sussumibile» (così MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 391-392, il quale aggiunge che al fatto antiggiuridico corrisponde un pregiudizio dell'interesse protetto, e quindi una lesione della situazione giuridica).

¹¹² MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 391 ss., p. 414, nonché pp. 461 ss., secondo il quale «diversa è la lesione in ragione della quale si agisce in giudizio [...]. A ciò corrisponde la diversità della forma di tutela giuridica richiesta» (p. 461); ID., *Note per uno studio sull'azione di condanna nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 911 ss., spec. 921.

¹¹³ MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 396 ss. L'Autore osserva che il «fatto antiggiuridico» può essere integrato da fatti di contestazione, vanto o da apparenza giuridica; esso è comunque fatto lesivo, in quanto pregiudica l'interesse protetto, impedendo al titolare di trarre dal bene protetto ogni utilità che il diritto sostanziale gli riconosce.

tenere detto comportamento, necessario per il soddisfacimento dell'interesse leso (azione di condanna) ⁽¹¹⁴⁾. Pertanto, pur restando unico e identico il diritto posto a oggetto dei giudizi di accertamento e di condanna, il provvedimento giudiziale enuncia, nei confronti del convenuto, una diversa regola di condotta: rimozione dello stato di incertezza, in un caso, e ordine di una prestazione, nell'altro. Da ciò consegue, secondo questa dottrina, che l'oggetto del processo di mero accertamento è rappresentato dall'attuale esistenza del diritto o del rapporto giuridico nella sua incertezza; l'oggetto del processo di condanna consiste, invece, nel diritto soggettivo in base al quale è doverosa l'assunzione del comportamento ⁽¹¹⁵⁾.

Per tale via si è, quindi, sostenuto che «concorrono ad individuare l'oggetto del processo non solo gli elementi della domanda che consentono di identificare la situazione giuridica sostanziale fatta valere in causa [...], ma altresì quegli elementi che valgono ad identificare il fatto anti-giuridico in ragione del quale si chiede tutela» ⁽¹¹⁶⁾, con la conseguenza che «l'accertamento giurisdizionale riguarda un ulteriore elemento, diverso nelle due ipotesi, che concerne i presupposti per l'emanazione del provvedimento di tutela richiesto» ⁽¹¹⁷⁾. In particolare, se la tutela condannatoria è chiesta per un diritto assoluto, l'attore avrebbe l'onere di allegare e provare i fatti costitutivi rispetto alla facoltà di godimento della *res*, posto che la condanna nei confronti del convenuto potrebbe essere emessa unicamente sul presupposto che spetti solo all'attore il godimento diretto della cosa. Nel giudizio di mero accertamento della proprietà della

¹¹⁴ Sul punto v. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 412 ss.

¹¹⁵ Per la prima affermazione cfr. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 389; per la seconda v. sempre MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 412.

¹¹⁶ MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 445 ss.

¹¹⁷ Cfr. sempre MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 455. L'Autore si sofferma inoltre a verificare «se i presupposti di emanazione del provvedimento di tutela richiesto siano diversi, totalmente o parzialmente, dai presupposti di esistenza della situazione giuridica fatta valere». La risposta fornita a tale quesito dall'Autore è che esistono casi, riferibili alle azioni di condanna aventi ad oggetto il diritto insoddisfatto, in cui la fattispecie normativa detta non solo i presupposti di esistenza del diritto, ma anche gli ulteriori elementi che fondano la pretesa; in altri casi, invece, il provvedimento richiesto necessita di fatti costitutivi ulteriori rispetto a quelli, prescritti dalla norma sostanziale, rilevanti per l'esistenza del diritto: cfr. MOTTO, op. cit., pp. 456-459.

res, l'oggetto del processo non si estenderebbe sino a ricomprendere anche l'accertamento della facoltà di godimento diretto ed esclusivo del bene (¹¹⁸). Nel caso di condanna richiesta per la lesione di un diritto di credito, l'attore avrebbe l'onere di allegare e provare la lesione consistente nella violazione di un dovere o di un obbligo di condotta. A completamento di questa tesi si è affermato che «assume rilievo il *petitum* immediato [...], poiché da tale elemento è possibile desumere il fatto antiggiuridico in ragione del quale si agisce in giudizio».

Questa soluzione è stata sottoposta a due diverse critiche. La prima è che, accogliendo detta tesi, riemergerebbe la necessità della deduzione della fattispecie giuridica costitutiva anche in relazione ai diritti autodeterminati, e ciò al fine di delineare il tipo di lesione denunciata, in aperto contrasto con le caratteristiche proprie dei diritti in questione (¹¹⁹). La seconda critica è che la tesi in esame pone l'accento sulla pretesa processuale invocata (che, come detto, individuerrebbe il «fatto antiggiuridico»), spostando così l'attenzione, in tema di oggetto del processo, dalla situazione giuridica sostanziale azionata al tipo di tutela invocata, mettendo quindi in dubbio il punto fermo a cui è approdata la dottrina, vale a dire il fatto che l'oggetto del processo consiste sempre nella situazione giuridica

¹¹⁸ La questione non è di poco conto. Si consideri il seguente esempio: in un primo giudizio, instaurato da Tizio, che si afferma proprietario del bene Auto, nei confronti di Caio, che vanta stragiudizialmente di essere proprietario dello stesso bene, viene emessa una sentenza che, accogliendo la domanda attorea, accerta con efficacia di giudicato il diritto di proprietà di Tizio su quel bene, ponendo rimedio alla situazione di incertezza così creatasi sul piano sostanziale. Nel secondo processo, Tizio propone domanda di condanna, nei confronti di Caio, avente ad oggetto la restituzione del bene Auto. In tale giudizio di rivendica, Tizio potrebbe opporre la sussistenza di un diritto personale di godimento o di un diritto reale minore di godimento non incompatibile con l'accertamento della piena proprietà in capo all'attore. Ebbene, il diritto vantato in giudizio dall'attore Tizio nei confronti del convenuto Caio è, in entrambi i casi, lo stesso (*i.e.* il diritto di proprietà sul bene Auto). Tale diritto, tuttavia, è dedotto secondo differenti configurazioni, essendo diversa la lesione subita (vanto stragiudiziale – spossessamento *contra ius*).

¹¹⁹ Cfr. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 128, la quale peraltro rileva che vi sono alcune fattispecie – quali quelle di cui agli artt. 953 e 939, comma secondo, c.c. – in cui a tutela del diritto reale è possibile agire solo in mero accertamento, non anche con un'azione di rivendicazione nonostante una perpetrata lesione. Sulla non necessità dell'allegazione del fatto costitutivo ai fini dell'individuazione dei diritti autodeterminati si rinvia al paragrafo 3.2.2 di questo capitolo, nonché al paragrafo 7 del capitolo II.

affermata dall'attore con la domanda giudiziale e l'oggetto muta al variare di questa ⁽¹²⁰⁾.

Alle predette teorie in tema di oggetto del processo di mero accertamento e di condanna se ne è infine aggiunta un'altra, che si fonda sulla premessa che un diritto non è che un complesso di facoltà, ciascuna delle quali conferisce un'utilità al titolare e, nel momento patologico, serve «a reagire a distinte lesioni»: quando il titolare agisce in giudizio per la tutela del diritto non lo deduce nella sua interezza ma fa valere, di volta in volta, quella data facoltà da cui – nella sua prospettazione – deriva un obbligo di comportamento per il convenuto, sicché «all'unicità del diritto sul piano sostanziale può corrispondere, all'interno del processo, una pluralità di oggetti, a seconda del modo nel quale il primo (il diritto sostanziale) entra nel secondo (il processo)» ⁽¹²¹⁾.

Sotto questo profilo, si è quindi sostenuto che l'unico modo per ricondurre a coerenza il sistema della tutela di condanna con l'idea per cui oggetto del processo è sempre la situazione giuridica affermata consiste nel riconoscere che la condanna non è, in realtà, niente di diverso dall'accertamento di un credito esigibile ⁽¹²²⁾, per tale intendendosi un «qualunque diritto ad uno specifico comportamento indifferente fondato su un rapporto obbligatorio ovvero su di un diritto reale» ⁽¹²³⁾. Pertanto, «sia che l'attore agisca a protezione della facoltà di godimento che costituisce una componente del diritto reale di cui si afferma titolare, sia che agisca a tutela di un diritto di credito, è l'esigibilità della pretesa che, se affermata dall'istante al fine di ottenere un obbligo di condotta a carico del

¹²⁰ Cfr. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., pp. 127 ss., spec. pp. 128-129.

¹²¹ FORNACIARI, *La condanna come accertamento del credito esigibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, pp. 597 e ss.; ID., *La sentenza in futuro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, pp. 1315 ss. In senso adesivo D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., pp. 131 ss.

¹²² Cfr. FORNACIARI, *La condanna come accertamento del credito esigibile*, cit., pp. 597 ss., spec. p. 600; D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., pp. 131 ss.

¹²³ FORNACIARI, *La sentenza in futuro*, cit., pp. 1315 ss. Cfr. anche D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 131, la quale osserva che la definizione esposta nel testo può riferirsi sia ai diritti autoindividuati sia a quelli eteroindividuati, nonché alle fattispecie di cui agli artt. 935 e 939, comma secondo, c.c. rispetto alle quali l'Autrice (p. 128) aveva evidenziato difficoltà nell'applicazione della tesi di Motto.

convenuto, fa sì che si verta in presenza di un giudizio condannatorio»⁽¹²⁴⁾; sicché «“credito” e “credito esigibile”, dal punto di vista del processo, si atteggiavano come due differenti situazioni sostanziali idonee a determinare l’emanazione di provvedimenti giurisdizionali aventi distinti contenuti. In un siffatto sistema, la seconda situazione ha nella propria fattispecie costitutiva un *quid pluris* (un fatto costitutivo ulteriore) rispetto alla prima».

5.1. *L’oggetto del processo nell’azione di accertamento negativo*

Nell’alveo delle azioni meramente dichiarative rientrano le azioni di accertamento negativo con le quali viene chiesto al giudice l’accertamento dell’insussistenza di una determinata situazione sostanziale soggettiva⁽¹²⁵⁾. Con l’azione di accertamento negativo «non si domanda – per lo meno non direttamente – “tutela giurisdizionale” per un diritto proprio, quanto semmai tutela giurisdizionale contro un diritto altrui; essa non serve unicamente a reagire ad un’azione di accertamento positivo, bensì pure ad un’azione di condanna o costitutiva, non importa poi se solo annunciata o già concretamente instaurata»⁽¹²⁶⁾. In altri termini, si può dire che, con l’azione di accertamento negativo, il soggetto passivo del diritto controverso chiede che sia giudizialmente dichiarata l’inesistenza

¹²⁴ D’ALESSANDRO, *L’oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 133.

¹²⁵ In argomento si rinvia all’ampia ed esaustiva monografia di A. A. ROMANO, *L’azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, *passim*. Va segnalato che nel nostro ordinamento, a differenza di quanto succede in Germania, non è prevista la disciplina dell’azione di accertamento negativo, né tale azione è ammessa in via generale. Infatti, il legislatore italiano ha stabilito soltanto alcune fattispecie tipiche (es. azione negatoria *ex art. 949*, primo comma, c.c.; opposizione di merito all’esecuzione *ex art. 615 c.p.c.*; contestazione dei crediti in concorso *ex art. 512 c.p.c.*; opposizioni *ex art. 100 l. fall.*; azioni di stato *ex artt. 235, 248 e 263 c.c.*). Nondimeno, come osserva A. A. ROMANO, *L’azione di accertamento negativo*, cit., p. 156, tale lacuna normativa «pare infatti significare che il legislatore, nel disporre in ordine a talune tipiche azioni di accertamento negativo, non ha affatto avvertito il bisogno di dettare regole particolari o derogare incisivamente ai principi del diritto processuale comune: il che, oltre ad essere rilevante sotto il profilo della disciplina, è soprattutto importante perché testimonia come, per la legge, la domanda di accertamento negativo sembri essenzialmente un “fatto normale”».

¹²⁶ A. A. ROMANO, *L’azione di accertamento negativo*, cit., pp. 102-103.

del proprio obbligo giuridico verso colui che, affermandosi titolare, ne pretende l'adempimento (¹²⁷).

Le questioni più discusse in tema di azione di accertamento negativo riguardano l'ammissibilità dell'istituto, la ripartizione degli oneri probatori (¹²⁸) e la configurazione dell'oggetto del processo.

¹²⁷ A. A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., p. 103, il quale, a p. 104, sottolinea: «qualora un'azione di accertamento negativo del diritto fosse effettivamente esercitata dal preteso titolare del diritto stesso, non importa se in veste d'attore o di convenuto, essa sarebbe per certo carente sotto il profilo dell'interesse ad agire o, rispettivamente, a contraddire». È proprio l'interesse ad agire (o a contraddire) che rappresenta il limite alla proposizione della domanda di accertamento negativo di una propria situazione sostanziale; tuttavia, allorché eccezionalmente ricorra un'apprezzabile utilità del preteso titolare a far dichiarare l'inesistenza di una situazione sostanziale, dalla quale derivano vantaggi e pesi (es. uno status personale, una qualità giuridica), l'azione deve ritenersi ammissibile (si pensi, ad es., alla domanda, anche proposta in via incidentale *ex art. 34 c.p.c.*, con cui si chiede il disconoscimento della qualità di erede, oppure il disconoscimento della paternità esercitata dal presunto padre).

¹²⁸ La dottrina tradizionale, privilegiando il ruolo processuale delle parti, ha ritenuto che l'attore in accertamento negativo è onerato non solo della prova dei fatti impeditivi, estintivi e modificativi del diritto dedotto in giudizio (analogamente a quanto avviene nel processo a parti invertite), ma anche della prova dell'inesistenza dei fatti costitutivi del medesimo diritto (v. spec. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, II, Milano, 1923, 603; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 205 ss., il quale giustifica il rigore istruttorio riservato all'attore in accertamento negativo come contrappeso alla generale ammissibilità delle azioni in discorso, e ciò al fine di evitare la reintroduzione dei c.d. giudizi di mera iattanza. In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass., 15 febbraio 2007, n. 3374, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 2; Cass., 11 gennaio 2007, n. 384, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 1; Cass., 30 gennaio 2006, n. 2032, in *DeJure*; Cass., 16 maggio 2005, n. 12963, in *Giust. civ.* 2006, 2, I, 365; Cass., 13 dicembre 2004 n. 23229, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 1; Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 2, con nota di GARAVAGLIA, *Impugnazione di testamento olografo, oneri probatori e azione di accertamento negativo*; su cui v. anche SESTA, *Questioni sulla prova della falsità del testamento olografo*, in *Cont. e impr.*, 2014, 1, 69 ss., in un caso di contestazione del testamento olografo, è stato affermato che l'onere della prova della falsità del testamento incombe sull'attore in accertamento negativo. Nello stesso senso anche Trib. Avellino, 19 aprile 2016, in *www.elegal.it*, 19 luglio 2016, con nota di FARINA, *L'onere della prova nell'impugnazione del testamento olografo*).

Secondo un diverso orientamento che, al contrario, ha privilegiato il ruolo sostanziale delle parti ed ha interpretato letteralmente l'art. 2697 c.c., i fatti costitutivi del diritto debbono essere provati non già da chi agisce in giudizio in accertamento negativo, bensì da colui che "fa valere" quel diritto, sebbene in via stragiudiziale (in tal senso v., oltre a A. A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., 416 ss., CARIGLIA, *La ripartizione dell'onere della prova nella azioni di accertamento negativo*, in *Il giusto proc. civ.*, 2010, 701 ss.; e già MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 387 ss. In giurisprudenza v. *ex multis* Cass., 12 dicembre 2014, n. 26158, in *Giust. civ. Mass.* 2014; Cass., 31 ottobre 2013, n. 24568, in *DeJure*; Cass., 4 ottobre 2012, n. 16917; Cass., 10 novembre 2010, n. 22862, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 10, 1182; Cass., 18 maggio 2010, n. 12108, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 5, 774; Cass., 17 luglio 2008, n. 19762, in

La questione dell'ammissibilità dell'istituto in esame non concerne, ovviamente, le ipotesi c.d. tipiche di azione di accertamento negativo, vale a dire quelle tassativamente previste dal legislatore; in tali casi, infatti, l'ammissibilità di siffatto strumento processuale è indiscussa. Si pensi, per esempio, alla *negatoria servitutis* di cui all'art. 949 c.c., all'opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c. oppure all'azione di accertamento negativo della contraffazione, la cui ammissibilità è stata espressamente riconosciuta dal legislatore con l'entrata in vigore del decreto correttivo del codice della proprietà industriale. A ben vedere, con il decreto correttivo citato, il legislatore industrialistico si è spinto oltre, consacrando l'ammissibilità – per vero già riconosciuta da parte della giurisprudenza di merito delle allora sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale – dell'azione cautelare di accertamento negativo della contraffazione, sulla cui compatibilità con il sistema è lecito interrogarsi (¹²⁹).

Lavoro nella giur., 2008, 1277. La soluzione da ultimo esaminata è stata seguita dalla giurisprudenza in tema di azione negatoria *ex art.* 949 c.c.: v. per tutte Cass., 28 novembre 1991, n. 12762, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 452).

Altra parte della dottrina ha sostenuto una posizione intermedia, secondo cui l'attore in accertamento negativo sarebbe assoggettato ad un onere della prova "limitato", che non riguarda tutti i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio, ma solo quelli specifici posti a fondamento del vanto o della contestazione stragiudiziale da parte del convenuto (in questo senso PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 110, 662).

In generale sul tema cfr. anche MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pp. 386 ss.; A. A. ROMANO, *In tema di onere della prova nell'azione di accertamento negativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 1551 ss.; ID., *Prova della forma solenne ed onere della prova in un singolare giudizio di accertamento negativo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, pp. 533 ss.; BOSSI, *Azioni di accertamento negativo: la ripartizione degli oneri probatori*, in *www.elegal.it*, 28 settembre 2015; MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 4, pp. 1064 ss., spec. pp. 1101 ss.

¹²⁹ A nostro sommo giudizio, infatti, andrebbe negata l'ammissibilità (con riferimento al settore della proprietà industriale, la compatibilità con il sistema) di tale istituto per una semplice ragione: il *proprium* della tutela di mero accertamento (positivo o negativo) è quello di ottenere la certezza circa la sussistenza o insussistenza di una determinata situazione giuridica soggettiva controversa, certezza conseguibile solo con una sentenza definitiva e irretrattabile, vale a dire passata in giudicato. Ebbene, tale certezza non è certamente ottenibile mediante un provvedimento cautelare, senza dubbio provvisorio e in nessun modo idoneo al giudicato. Né valga replicare che la misura cautelare mediante la quale anticipare ipoteticamente gli effetti della sentenza di mero accertamento negativo consiste nel provvedimento d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c., ossia una misura cautelare che, in seguito all'entrata in vigore della riforma del codice di rito del 2005, è certamente a strumentalità attenuata: a maggior ragione va considerato che, in questo caso, la "certezza provvisoria" potrebbe rimanere tale *sine die*, posto che il giudizio di merito

Il problema dell'ammissibilità di siffatto istituto nemmeno si pone con riferimento all'accertamento negativo di un diritto altrui incompatibile con l'esistenza o la pienezza del diritto vantato dall'attore (¹³⁰).

non deve necessariamente essere instaurato affinché la misura cautelare ottenuta mantenga efficacia. Inoltre ciò non toglie che tale provvedimento possa sempre essere caducato da una pronuncia di merito successiva e contraria nonché da eventuali ulteriori rimedi come la revoca, la modifica o il reclamo cautelare. In senso contrario non ci sembra nemmeno rilevi l'obiezione – prospettata da talune pronunce delle sezioni specializzate prima della riforma del c.p.i. del 2010 (Trib. Roma, 4 dicembre 2002, in *Giur. romana*, 2003, p. 418) – secondo cui la certezza giuridica, che costituisce il *petitum* di una domanda di accertamento, ha una connotazione relativa sino al passaggio in giudicato, tanto che – si è sostenuto – nemmeno la sentenza di prime cure è idonea a fornire quel grado di certezza tipico del giudicato. A tale obiezione è facile replicare che la sentenza costituisce comunque un atto idoneo al giudicato una volta trascorsi i termini di impugnazione, o qualora sia stata prestata acquiescenza o, ancora, quando siano stati esperiti tutti i mezzi di impugnazione; al contrario ciò non è previsto, in nessun caso, per il provvedimento d'urgenza. Vi è poi chi (F. FERRARI, *La disciplina cautelare in materia di proprietà industriale ed intellettuale*, in TARZIA-SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, V ed., Vicenza, 2016, pp. 696 ss., spec. pp. 703-704), al fine di trovare una giustificazione teorica all'azione cautelare di accertamento negativo nel diritto della proprietà industriale, ha richiamato la tesi di Liebman sulla produzione immediata degli effetti della sentenza prima del suo passaggio in giudicato formale (si veda in proposito LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, 1935, rist. Milano, 1962, *passim*. Cfr. anche E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, p. 16; ID., *Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza*, in AA.VV., *Enrico Tullio Liebman oggi*, Milano, 2004, pp. 83 ss.): applicando la tesi liebmaniana all'istituto in esame – si è sostenuto – si potrebbe «forse», per tale via, riconoscere un accertamento provvisorio potenzialmente stabile. Va in primo luogo considerato che la teoria liebmaniana è stata pensata proprio in riferimento alla sentenza (e non all'ordinanza cautelare), ossia ad un provvedimento che – come già si è detto – è destinato a divenire immutabile. Inoltre, anche laddove si ritenessero applicabili le conclusioni cui è giunto Liebman all'ordinanza cautelare, non mi sembra che, siccome l'ordinanza potrebbe ipoteticamente produrre taluni effetti giuridici, seppur “attenuati” rispetto all'autorità della sentenza, si possa perciò ritenere ammissibile un rimedio processuale. In altri termini non si può ammettere un istituto giuridico per il solo fatto che questo sia idoneo a produrre *degli* effetti ma non anche *quello specifico* effetto che è suo proprio, vale a dire la certezza giuridica irretrattabile.

Sul tema cfr. anche F. FERRARI, *La disciplina cautelare in materia di proprietà industriale ed intellettuale*, cit., pp. 696 ss.; ID., *Il D. Lgs. n. 131/2010 e le norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, parte I, fasc. 1, 2012, pp. 5 ss.; ID., *La recente riforma delle norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, fasc. 6, pp. 1473 ss.; ID., *Il sequestro dell'anima. Natura e funzione del sequestro in materia di proprietà intellettuale*, Torino, 2016, pp. 35 ss.; P. COMOGLIO, *L'accertamento negativo cautelare*, in GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Quaderni di AIDA n. 23, 2012, pp. 283 ss.; CONTINI, *L'accertamento negativo in via cautelare*, in *Le riforme del codice della proprietà industriale*, in *Le nuove leggi civili*, Milano, 2011, p. 332.

¹³⁰ Osserva MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, II ed., cit., p. 129, che l'azione diretta ad accertare che non esiste il diritto altrui è certamente ammissibile quando il vanto stragiudiziale determina uno stato di incertezza rispetto alla sussistenza o insussistenza del diritto dell'attore. In tal caso, benché formulata in termini negativi, la funzione dell'azione è quella di fornire tutela di un diritto. Cfr. anche MONTESANO, *Accertamento giudiziale*, cit., p. 4; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, pp. 536 ss., spec. pp. 543 e 547. Sul punto

Al contrario, dubbi sussistono con riferimento all'ammissibilità dell'azione di accertamento negativo c.d. in prevenzione, là dove all'inesistenza del diritto altrui non corrisponde la pienezza o l'estensione del diritto vantato in giudizio dall'attore, come nel caso di azione di accertamento negativo dell'altrui diritto di credito o – il che è lo stesso – dell'asserito debito dell'attore che agisce in accertamento negativo. La ragione è la seguente: l'accertamento dell'inesistenza del diritto di credito del convenuto è in questi casi strumentale a un «insieme vuoto», vale a dire è strumentale alla semplice «libertà da un obbligo o da un debito»⁽¹³¹⁾.

Ciò chiarito, per quanto concerne la questione dell'oggetto del processo di mero accertamento, la dottrina ha elaborato diverse e contrapposte tesi.

Secondo un primo orientamento, l'oggetto del processo di accertamento negativo è costituito dal diritto altrui⁽¹³²⁾, del quale viene dedotta la relativa situazione giuridica passiva. Anche in questo caso, quindi, l'oggetto del processo è un diritto sostanziale controverso tra due parti, una

v. anche MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, cit., pp. 1064 ss.

¹³¹ Sul punto v. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, II ed., cit., p. 130-131, secondo il quale siffatta azione è ammissibile solo nel caso in cui essa assuma una configurazione e un contenuto coerenti con la funzione della tutela giurisdizionale dei diritti. Ciò può avvenire – osserva Montesano – attribuendo all'azione di accertamento negativo una funzione riparatoria dei danni: l'azione di accertamento negativo deve essere diretta – secondo la tesi in esame – all'esercizio di un diritto alla riparazione dei danni, non già nella forma dell'equivalente pecuniario, bensì in forma specifica attraverso la rimozione dell'incertezza su una determinata situazione giuridica sostanziale con lo strumento della cosa giudicata. In altri termini l'azione di accertamento negativo è ammissibile quando è utilizzata al fine di rimuovere l'altrui vanto stragiudiziale pregiudizievole per il patrimonio dell'attore. È stato osservato (MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, cit., pp. 1066 ss.) che la tesi di Montesano, seppur compatibile con l'idea per cui la funzione dell'azione civile è quella della tutela giurisdizionale dei diritti, finisce, da un lato, finisce per restringere il campo dell'ammissibilità dell'istituto in esame ai soli casi in cui l'attore possa dimostrare la sussistenza di un pregiudizio patrimoniale e, dall'altro lato, per attribuire all'azione di accertamento negativo una funzione tipicamente inibitoria dell'altrui vanto pregiudizievole – funzione simile a quella di cui all'art. 949, comma secondo, c.c. – quando invece a tale azione deve essere attribuita valenza petitoria. Cfr. anche GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, pp. 37 ss.; LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1969, spec. pp. 92 ss.; ID., *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 1133 ss.; MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, cit., pp. 1064 ss.

¹³² La tesi è seguita da A. A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit.

attiva (l'affermato titolare), l'altra passiva, che può reagire al vanto o contestazione stragiudiziali o proponendo una domanda di accertamento negativo nell'ambito dell'azione principale proposta dall'affermato titolare, oppure proponendo un'azione di accertamento negativo in via principale.

A favore di detta interpretazione depongono sia il dato normativo, sia la constatazione che il soggetto passivo dell'altrui vanto stragiudiziale, mediante il giudizio in forma negativa, mira a conseguire un'utilità pari a quella garantita da una pronuncia di rigetto nel merito nel giudizio instaurato dal soggetto attivo della pretesa ⁽¹³³⁾. Tuttavia, la logica conseguenza dell'accoglimento della tesi in parola è che – poiché il *thema decidendum* è dato dal diritto soggettivo controverso – il rigetto della domanda negativa equivarrebbe all'accertamento positivo del diritto controverso ⁽¹³⁴⁾.

Chi esclude tale equivalenza è portato a mutare completamente prospettiva anche con riguardo all'oggetto del processo di accertamento negativo, il quale non consisterebbe nell'intera situazione sostanziale altrui, ma soltanto in una o più «questioni» ⁽¹³⁵⁾. Secondo questa dottrina,

¹³³ Cfr. A. A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., pp. 265 ss., nonché ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 95; CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e natura del processo*, Napoli, 2003, p. 48; LANFRANCHI, *Mero accertamento negativo di un credito concorsuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, pp. 295 ss.; PROTO PISANI, *La tutela di mero accertamento*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, pp. 101 ss.; RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, cit., p. 26.

¹³⁴ In questo senso A. A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit. *Contra*: TAVORMINA, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia costitutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, pp. 24 ss., spec. p. 25; MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, cit., pp. 1064 ss.

¹³⁵ In questo senso MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, cit., pp. 1064 ss. Per TAVORMINA, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia costitutiva*, cit., pp. 24 ss., l'oggetto del processo di accertamento negativo consiste nei singoli fatti (costitutivi o impeditivi, estintivi, modificativi) e nella loro rilevanza giuridica come *causa petendi* della declaratoria di inesistenza del diritto controverso, per cui la decisione si limita ad una declaratoria di esistenza o inesistenza del singolo fatto. La premessa del percorso argomentativo seguito da Tavormina consiste nella regola, in sé pacifica, per cui per l'accertamento della sussistenza di un diritto è necessario allegare e provare l'esistenza di tutti i fatti costitutivi; per l'accertamento della non esistenza di un diritto, invece, è sufficiente allegare e provare l'insussistenza di un solo fatto costitutivo (p. 22). Così, assimilando il *petitum* dell'azione di accertamento negativo al contenuto tipico della decisione di rigetto, la regola citata consentirebbe una limitazione dell'oggetto del giudizio di accertamento negativo a singoli fatti, rispetto ai quali l'esistenza del diritto rileva solo in via mediata. Va tuttavia rilevato che la ricostruzione di Tavormina deve essere coordinata con il principio per cui la tutela giurisdizionale ha ad oggetto l'accertamento di diritti, e non già semplici questioni o meri fatti (salvo ipotesi tassative come il giudizio di querela di falso o il giudizio di verifica della scrittura privata disconosciuta),

infatti, con l'azione di accertamento negativo sarebbe fatta valere in giudizio una «eccezione», la stessa che potrebbe essere sollevata in funzione di contrasto della domanda esperita dal soggetto attivo del vanto stragiudiziale; «la sostanziazione della *causa petendi* della domanda di accertamento negativo può essere affidata alla deduzione di un singolo elemento della fattispecie (*i.e.* alla deduzione di un singolo motivo di inesistenza)»⁽¹³⁶⁾. Proprio per tale ragione, però, l'eventuale rigetto della domanda non può implicare la dichiarazione di esistenza del diritto controverso, in quanto tale dichiarazione presupporrebbe una valutazione completa dell'intera fattispecie sostanziale, la quale tuttavia è estranea al *thema decidendum* così come introdotto dalla domanda⁽¹³⁷⁾, sempreché, ovviamente, il soggetto attivo del vanto non richieda, costituendosi in giudizio

in ossequio a quanto previsto dagli art. 24 Cost. e 2907 c.c. Inoltre, la tesi di Tavormina sembra confondere il profilo dell'oggetto della cognizione con quello dell'oggetto del giudizio: la regola dell'onere di allegazione impone al giudice di prendere in considerazione, ai fini della decisione, i fatti allegati, ma la decisione investe comunque il diritto in sé ed esplica portata preclusiva rispetto a tutti i fatti (allegati e non). Infatti, all'opposto, nel caso di accertamento positivo, il rigetto della domanda per insussistenza di un fatto costitutivo del diritto dedotto in giudizio determina il giudicato sull'intera vicenda sostanziale, sicché l'attore non potrà far valere nuovamente lo stesso diritto in altro processo. Sulla stessa linea di Tavormina si è mosso anche SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, p. 162, nota 9. Nello stesso senso, seppur con specifico riguardo alle opposizioni all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., cfr. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, Roma, 1991, p. 80, il quale evidenzia come il rigetto dell'opposizione all'esecuzione non possa equipararsi ad una pronuncia di accertamento positivo del diritto del creditore istante, idonea a fare definitivamente stato in favore dell'opponente, per la ragione che, ancorché l'opposizione sia fondata su motivi di merito, il suo oggetto si identifica esclusivamente con il singolo motivo speso, e in proposito parla dunque di eccezione in veste di azione (p. 81) (per spunti in tal senso v. anche ANDRIOLI, *Sentenza di rigetto dell'opposizione di merito e ipoteca giudiziale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1935, II, p. 198). In senso contrario concludono coloro i quali ritengono che oggetto del giudizio di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. sia il diritto di credito, nella sua duplice accezione di diritto sostanziale da eseguirsi o di diritto a procedere esecutivamente, sicché il rigetto dell'opposizione deve equipararsi ad una pronuncia di positivo accertamento del creditore istante (cfr. LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1931, p. 175 e 251; FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, p. 140 e pp. 165 ss.).

¹³⁶ In questi termini MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, cit., p. 1089.

¹³⁷ Riflette in proposito MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, cit., p. 1090: «a voler esigere che, anche nell'eventualità di un rigetto, la pronuncia possa compiutamente definire la lite sul diritto controverso e statuirne l'esistenza, non ci si potrebbe sottrarre ad una scabra alternativa: ammettere che il giudice possa emettere una declaratoria di esistenza praticamente "librata nel vuoto" [...] oppure imporre all'attore di sostanziare sin

e proponendo domanda riconvenzionale, il positivo accertamento del suo diritto.

Anche questo secondo indirizzo interpretativo è andato incontro a due importanti obiezioni: in primo luogo, si è affermato che se, di regola, oggetto del processo è una situazione sostanziale soggettiva, e soltanto eccezionalmente – dunque tassativamente per legge – una realtà giuridica più semplice (un fatto, oppure una questione), allora «ogni restrizione della *res in iudicium deducta* a singoli elementi della fattispecie, in luogo dell'intera situazione soggettiva, esige una previsione espressa: previsione della quale, però, non v'è traccia alcuna nella legge». In secondo luogo, si è osservato che la considerazione che «nel mentre s'ammette la limitazione della domanda al singolo fatto giuridico, solo nella misura in cui questo rilevi ai fini della decisione sopra un diritto, già si riconosce in quest'ultimo l'autentica materia del contendere; [...] nel mentre si crede di consentire all'attore la sottoposizione al giudice di alcuni soltanto tra i segmenti della fattispecie giuridica, lo si onera in realtà della contestazione [...] della fattispecie intera»⁽¹³⁸⁾ ⁽¹³⁹⁾.

dall'inizio la *causa petendi* in termini più estesi di quelli che sarebbero imposti dalla correlazione funzionale con il *petitum* della sua domanda (e così allora imponendogli non solo di individuare il diritto negato ma altresì di allegare, contestandogli o riconoscendogli, tutti i fatti che compongono la fattispecie costitutiva del diritto alla controparte)».

¹³⁸ Così A. A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., pp. 280 ss.

¹³⁹ Tra le azioni di accertamento negativo devono essere annoverate le azioni di nullità del contratto, con la quale l'attore chiede al giudice di accertare l'inesistenza del rapporto contrattuale fondamentale, intendendo con tale locuzione il rapporto giuridico "di cornice" rispetto al quale i singoli diritti alle prestazioni da esso nascenti, declinati nelle rispettive situazioni di debito-credito, rappresentano un *posterius* che non abbisogna di essere ulteriormente e specificamente accertato. La giurisprudenza di legittimità maggioritaria, almeno fino al 2014, ha ritenuto che il giudice non potesse dichiarare la nullità del negozio sulla base della rilevazione di una causa diversa da quella dedotta dall'attore, adducendo come motivazione di siffatta scelta sia l'intenzione di preservare la terzietà del giudice rispetto all'oggetto del contendere, sia l'idea che la dichiarazione di nullità per causa diversa da quella allegata costituisse, a tutti gli effetti, un'inammissibile sostituzione (d'ufficio) della domanda di parte (si veda in proposito, tra le altre, Cass., 15 settembre 2008, n. 23674, in *NGCC*, 2009, I, pp. 197 ss., con nota di NARDI, *Risoluzione di contratto nullo e rilevanza d'ufficio della nullità*; Cass., 8 gennaio 2007, n. 89, in *DeJure*). Benché la giurisprudenza non giungeva esplicitamente a definire la domanda di nullità dei negozi come eterodeterminata, di fatto ne applicava le conseguenze sul piano processuale. In questo contesto sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione con le note sentenze "gemelle" n. 26242 e n. 26243 del 12 dicembre 2014 (su cui ampiamente *infra*), con cui la Suprema Corte ha affermato alcuni rilevanti principi di diritto: (i) l'oggetto delle azioni di impugnativa negoziale è sempre il rapporto contrattuale fondamentale, nella sua interezza; (ii)

6. *L'oggetto del processo nell'azione costitutiva e nelle impugnative negoziali. La tesi che riconduce l'oggetto di dette azioni al diritto potestativo*

Occorre ora stabilire quale sia l'oggetto nei processi di modificazione giuridica, vale a dire quei processi instaurati dall'attore con una domanda volta alla costituzione, modificazione o estinzione di una preesistente situazione giuridica ⁽¹⁴⁰⁾.

quando al giudice è sottoposta una questione relativa alla (o che presuppone la) validità ed efficacia del contratto, il giudice può e deve rilevare d'ufficio tutte le possibili ragioni di nullità, non soltanto quelle eventualmente indicate dalle parti; (iii) il giudice può rilevare d'ufficio le cause di nullità di ogni tipo, ivi comprese quelle "di protezione"; (iv) la questione relativa all'invalidità del contratto è unica rispetto ai diversi possibili vizi che affliggono il negozio: pertanto la domanda di accertamento della nullità negoziale ha natura autodeterminata; (v) la decisione fa stato in relazione alla nullità o alla non nullità del negozio in via definitiva, a prescindere dall'apposita domanda formulata dalle parti, fatti salvi i casi di nullità speciale e "di protezione" nonché quelli in cui il giudice decide sulla base della "ragione più liquida"; (vi) se la nullità non è rilevata nel corso del primo grado di giudizio, il giudice ha sempre la facoltà di rilevarla in ogni stato e grado del processo. Se dunque si assume – così come fatto dalle Sezioni Unite – che in un'azione di accertamento negativo il *petitum* resti invariato anche qualora venisse modificata la causa di nullità del negozio (es. difetto di forma, causa illecita, ecc.), ne discende, da un lato, la natura *autodeterminata* della domanda giudiziale, tale per cui l'eventuale deduzione in corso di causa da parte dell'attore di ulteriori profili di nullità del medesimo negozio non muta la domanda, ed inoltre ciò consente al giudice di rilevare *ex officio* titoli di nullità diversi da quelli dedotti e di porli a fondamento della sua decisione; dall'altro lato, che l'eventuale giudicato di rigetto accerta in via definitiva la non nullità (dunque, l'esistenza) del rapporto contrattuale, precludendo di conseguenza la proposizione di successive domande anche sotto diversi profili.

¹⁴⁰ La tutela costitutiva può consistere nella creazione di una situazione giuridica sostanziale in capo all'attore in seguito al passaggio in giudicato della sentenza che siffatto effetto giuridico crea (si pensi alla sentenza che tiene luogo del contratto non concluso *ex art. 2932 c.c.* o la sentenza costitutiva di una servitù coattiva *ex art. 1302 c.c.*), nella modificazione (è il caso della divisione giudiziale delle cose comuni ai sensi dell'art. 1113 c.c.) o nell'estinzione di una situazione giuridica sostanziale già esistente (si pensi, ad esempio, all'annullamento, risoluzione o rescissione del contratto). Per una ricca casistica cfr. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 347 ss. In argomento cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 138 ss.; CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, I, pp. 246 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 60 ss.; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, cit., pp. 12 ss.; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, 1998, pp. 2 ss. e 175 ss.; ID., *Sentenza costitutiva (dir. proc. civ.)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, XIV, Milano, 2007, pp. 283 ss.; ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale, decadenza*, Padova, 2003, pp. 2 ss.; SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., pp. 117 ss. e 151 ss.; FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, pp. 2 ss.; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 277 ss.; CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, pp. 120 ss.

Prima di procedere nell'analisi dell'oggetto del processo costitutivo si impongono alcune precisazioni.

Innanzitutto, giova osservare che il potere di vantaggio in capo al titolare, vale a dire il diritto o potere potestativo (¹⁴¹), può essere esercitato stragiudizialmente oppure giudizialmente (¹⁴²): in quest'ultimo caso, siffatto potere è esercitato in giudizio per mezzo dell'azione costitutiva.

¹⁴¹ Secondo alcuni, tale potere ha natura sostanziale e si caratterizza per essere esercitato nel processo mediante la domanda giudiziale (CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., I, p. 13 e pp. 138 ss.; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, cit., p. 39 e pp. 212 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela costitutiva*, cit., pp. 62 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 168 ss., il quale ha ripensato la propria opinione di recente: «l'opinione in precedenza espressa da chi scrive [...] sembra che, oggi, debba essere ripensata; infatti, il potere ha per contenuto non la facoltà di produrre effetti nella sfera giuridica altrui, bensì di chiedere al giudice l'emissione di un provvedimento giurisdizionale, che disponga l'effetto, ed il suo esercizio, che avviene non mediante un atto sostanziale ma con un atto processuale, produce non un mutamento della situazione sostanziale, ma un effetto processuale, consistente nella costituzione del dovere del giudice di emettere la sentenza di modificazione giuridica, sempre che la domanda risulti essere fondata. Ciò detto, resta fermo che siffatto potere, ancorché descrivibile come azione concreta, non costituisce l'oggetto del processo e del vincolo del giudicato» (MENCHINI(-MOTTO), sub art. 2909 c.c., in *Commentario al codice civile*, cit., p. 82, nota 162); per altri ha natura processuale e deve essere identificato con il potere di azione (concreta) costitutiva (CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, cit., pp. 251; ID., voce *Domanda giudiziale*, cit., pp. 82 ss.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, I ed., Torino, 1985, pp. 144-145; ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., 531 ss.; FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., pp. 108 ss.). In generale, sulla nozione di diritto potestativo cfr. per tutti AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, pp. 557 ss.; FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., pp. 1 ss., ove ulteriori riferimenti della dottrina italiana e tedesca; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 10 ss.; ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale, decadenza*, cit., pp. 1 ss.

¹⁴² La normativa sostanziale disciplina sia casi in cui la modificazione dei rapporti giuridici può avvenire per via stragiudiziale attraverso una mera dichiarazione di volontà dell'interessato (es. recesso dal contratto di lavoro subordinato da parte del datore di lavoro ex art. 18 St. lav.; riscatto della cosa venduta con riserva di riaverne la proprietà, ai sensi dell'art. 1500 c.c.; recesso dal contratto sociale da parte del socio ex artt. 2285, 2307, ultimo comma, 2437 e 2494 c.c.), sia casi in cui è invece necessario un provvedimento giurisdizionale, previa verifica da parte del giudice della sussistenza dei presupposti di legge per l'attuazione del mutamento (es. separazione giudiziale dei coniugi ex art. 150 c.c.; divisione giudiziale della cosa comune ai sensi dell'art. 1111 c.c.). In argomento cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 140-141; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela costitutiva*, cit., pp. 60 ss. Nella presente trattazione si farà riferimento esclusivamente alle azioni costitutive c.d. necessarie, in quanto sono queste le situazioni che suscitano problemi in ordine all'individuazione dell'oggetto del giudizio.

L'azione costitutiva, le cui ipotesi sono tassativamente previste dalla legge ai sensi dell'art. 2908 c.c. ⁽¹⁴³⁾, consiste nel potere mediante il cui esercizio il titolare, unilateralmente e a prescindere dalla cooperazione posta in essere dalla controparte, può provocare una modificazione della realtà sostanziale ⁽¹⁴⁴⁾; siffatta azione dà luogo a un processo all'esito del quale il giudice emette la sentenza di merito che, con il suo passaggio in giudicato, determina il mutamento della realtà sostanziale, di regola *ex nunc* ma, in alcuni casi, anche *ex tunc* ⁽¹⁴⁵⁾.

¹⁴³ L'art. 2908 c.c. dispone che «nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare od estinguere rapporti giuridici, con effetti tra le parti, i loro eredi o aventi causa». Per una casistica cfr. per tutti C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, cit., pp. 191 ss.

¹⁴⁴ Occorre chiedersi se il mutamento giuridico derivi dall'atto di esercizio del potere di modificazione, vale a dire dalla domanda giudiziale, ovvero dalla sentenza. Nel primo senso v., nella dottrina tedesca, KOHLER, *Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung*, in ZZP, XXIX (1901), p. 8; KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre*, Leipzig, 1903, pp. 86 ss. (citati da MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 159, nota 42). Nella dottrina italiana cfr. A. ROCCO, *La sentenza civile*, rist. ed. 1906, Milano, 1962, pp. 129 ss.; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., pp. 105 ss., seppur limitatamente alle azioni relative alle impugnazioni negoziali; PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, II, pp. 196 ss. e pp. 213 ss. Per un'esplicita critica a questo orientamento dottrinale cfr. C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, cit., pp. 58 ss. e 103 ss.; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 150-152, il quale peraltro osserva che la concezione per cui l'effetto costitutivo si produce con l'introduzione della domanda giudiziale comporta la logica conseguenza che la sentenza non fa altro che accertare l'avvenuta modificazione giuridica, e, dunque, ha un mero valore accertativo; ma, osserva l'Autore, l'efficacia della domanda dipende dalla prosecuzione del processo e dall'esito del giudizio. Per Cerino Canova, dunque, soltanto la sentenza è idonea ad accertare il mutamento giuridico e ad imporlo nella realtà sostanziale extraprocessuale: «l'efficacia modificativa non preesiste alla sentenza e, dopo questa, non prescinde dal contenuto della sentenza». Per le stesse ragioni l'Autore mette in discussione la tesi che vuole che l'effetto costitutivo si produca per combinazione della domanda e della sentenza: evidenzia, in proposito, il superamento della tesi da parte della stessa dottrina che l'aveva affermata, sulla base della considerazione per cui, qualora il diritto potestativo sia in concreto carente, la domanda sarebbe inefficace.

Nel secondo senso cfr. per tutti MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 158 ss., spec. pp. 160 ss., che attentamente osserva: «anche nei casi in cui gli effetti della pronuncia, per previsione normativa espressa, risalgono al tempo della proposizione della domanda, non è quest'ultima che crea la nuova situazione, ma è ancora una volta la sentenza, sia pure con spostamento dell'efficacia ad un momento anteriore alla sua emanazione. [...] non soltanto l'effetto non preesiste alla pronuncia, ma, una volta concluso il processo, la pronuncia si presenta come l'unica causa del mutamento». Sul tema v. anche *infra* nel testo.

¹⁴⁵ Sulla produzione degli effetti costitutivi, modificativi ed estintivi solo in seguito al passaggio in giudicato cfr. C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, cit., p. 196, secondo il quale «in mancanza (di previsione espressa) ed ove non soccorra l'interpretazione analogica, non si può che ricollegare il mutamento in cui operano gli effetti della sentenza alla formazione del giudicato». Sulle ragioni dell'efficacia *ex nunc* cfr. anche CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, pp. 185-186, che fa leva sulla natura di questi provvedimenti. I casi di efficacia *ex*

Ciò chiarito, va da subito rilevato che il dibattito in tema di identificazione dell'oggetto del processo costitutivo (e del giudicato) è stato da sempre vivace. In proposito, sono state elaborate dalla dottrina diverse tesi: secondo la dottrina tradizionale, l'oggetto del processo costitutivo consiste nel diritto potestativo esercitato dal titolare (¹⁴⁶); secondo altri l'oggetto è dato dall'effetto giuridico realizzato con la sentenza oppure dal rapporto giuridico sul quale ha inciso (o avrebbe dovuto incidere) il potere (o diritto) potestativo (¹⁴⁷); altri ancora indicano l'oggetto della tutela costitutiva nella "azione concreta" diretta nei confronti del giudice-Stato (¹⁴⁸).

Come anticipato, la dottrina tradizionale ha individuato l'oggetto del processo costitutivo nel diritto potestativo a iniziativa giudiziale (¹⁴⁹),

tunc della sentenza costitutiva sono rari (es. l'annullamento del contratto). In argomento si consenta il rinvio a BOSSI, *La provvisoria esecutività delle pronunce costitutive e di mero accertamento: un obiettivo o un mito da sfatare?*, in *NGCC*, 2015, 6, pp. 552 ss., anche per ulteriori richiami di dottrina e giurisprudenza in merito alla (in)applicabilità della provvisoria esecutività *ex art.* 282 c.p.c. alle sentenze costitutive (e a quelle di mero accertamento).

¹⁴⁶ Su questa tesi v. *infra* in questo paragrafo.

¹⁴⁷ Cfr. paragrafo 6.1 di questo capitolo.

¹⁴⁸ Cfr. paragrafo 6.2 di questo capitolo.

¹⁴⁹ Si veda la dottrina sviluppatasi a partire dall'insegnamento di HELLWIG, *Anspruch und Klagerrecht*, Jena, 1900, pp. 443 ss.; *Lehrbuch*, cit., I, pp. 47 e ss., 232 ss., e III, pp. 19 e ss.; *System des deutschen Zivilprozessrecht*, Leipzig, 1912, I, pp. 41 ss., citato da MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 147, nota 19, a cui si rinvia per una disamina approfondita del pensiero dell'Autore (spec. pp. 148 ss., testo e note), nonché per riferimenti alla dottrina tedesca che ha seguito siffatta impostazione (spec. p. 149, nota 24). Appare comunque interessante rilevare alcuni capi saldi del pensiero di Hellwig: l'oggetto della pronuncia costitutiva consiste nel diritto dell'attore alla modificazione del rapporto (*System des deutschen Zivilprozessrecht*, I, cit., p. 795); la sentenza di accoglimento contiene l'accertamento della sussistenza del diritto alla modificazione giuridica e si pone come atto di esecuzione del diritto medesimo, di talché il giudice compie attività non solo dichiarative, ma anche esecutive; solo il contenuto di accertamento della pronuncia del giudice passa in giudicato, e questo non investe anche il mutamento della realtà giuridica rispetto al quale la sentenza vale solo come atto statale di modificazione giuridica (*Anspruch und Klagerrecht*, cit., p. 480); il rigetto della domanda si risolve in una pronuncia di accertamento negativo della sussistenza del diritto potestativo, ma non è idonea a formare il giudicato sul rapporto giuridico (*Lehrbuch*, cit., I, p. 47).

Nel panorama italiano, si vedano, tra gli altri: CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., pp. 40-41, 180-181 e 188, secondo il quale i poteri di modificazione giuridica sono «creati e concessi dalla legge, e poiché si presentano come un bene, non v'ha ragione di non comprenderli tra i diritti»; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., pp. 168 ss.; ID., *L'azione nel sistema dei diritti*, p. 97, nota 118; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 596; CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione ed amministrazione della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, I, Firenze, 1965, pp. 65 ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, III ed., cit., p. 244

definibile come un diritto sostanziale al mutamento giuridico diretto nei confronti del soggetto che subisce gli effetti del mutamento (il convenuto), il quale, per questa ragione, si trova in una posizione di “soggezione”, che gli impone di subire il mutamento giuridico richiesto dall’attore mediante la domanda giudiziale ⁽¹⁵⁰⁾.

Ai fini del mutamento giuridico è necessaria tanto la dichiarazione di volontà del titolare della situazione sostanziale contenuta nella domanda introduttiva, quanto una pronuncia giudiziale ⁽¹⁵¹⁾, la quale – inserita nella fattispecie produttiva dell’effetto giuridico modificativo – con il suo passaggio in giudicato integra l’effetto giuridico, provocando l’estinzione, per avvenuta attuazione, del diritto del privato.

Nel contesto della dottrina che ha individuato l’oggetto del processo costitutivo nel diritto potestativo, si rinvengono alcune differenze di vedute in ordine alla concreta individuazione del diritto in questione e al contenuto della sentenza, avuto particolare riguardo alle modalità con le quali si attua l’effetto giuridico invocato ⁽¹⁵²⁾.

Con riguardo alla questione se il diritto potestativo sia individuato in relazione soltanto all’effetto sostanziale invocato (es. dolo, errore, violenza nell’annullamento del contratto) ovvero anche ai fatti costitutivi allegati dall’attore, si rileva che l’orientamento maggioritario propende per

170; MANDRIOLI, *L’azione esecutiva*, Milano, 1955, pp. 567 ss. Anziché esprimersi in termini di “diritto”, preferiscono l’espressione “potere sostanziale al mutamento giuridico”: ALLORIO, *L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giudiziale*, cit., pp. 103 ss.; ID., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1992 (rist.), pp. 266 ss.; C. FERRI, *Profili dell’accertamento costitutivo*, cit., pp. 26 ss., 219-220, 234; PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., pp. 125 ss.; ATTARDI, *L’interesse ad agire*, Padova, 1955, pp. 153 ss. e 259 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 85 e 548; GRASSO, *La pronuncia d’ufficio*, cit., p. 303; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, II ed., cit., pp. 144 ss. e p. 153; ID., *La tutela dei diritti nel sistema delle funzioni giurisdizionali*, in *Trattato di diritto civile italiano fondato da Filippo Vassalli*, XIV, 1, Torino, 1985, pp. 123 ss.; ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, cit., pp. 1 ss. e 13 ss. Per un approfondimento del tema si rinvia all’ampia analisi di MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 139 ss. e pp. 147 ss.; ID., *Il giudicato civile*, cit., pp. 140 ss.

¹⁵⁰ In argomento cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 148.

¹⁵¹ Sul punto v. per tutti MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 158 ss.

¹⁵² Per un’accurata disamina degli orientamenti dottrinali al riguardo si veda MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., pp. 107 ss.

individuare tanti diritti quanti sono i fatti giuridici che li originano ⁽¹⁵³⁾. Si è, infatti, sostenuto che «il bene da identificare consiste non nel semplice effetto giuridico a cui si tende, che è l'oggetto (risoluzione, annullamento e simili), ma in questo effetto ricollegato al fatto di cui è rimedio o sanzione (inadempimento, lesione, errore, dolo). [...] Diremo, quindi, che la causa dell'azione è il fatto costitutivo del diritto al mutamento giuridico» ⁽¹⁵⁴⁾. Secondo l'impostazione tradizionale, dunque, la domanda che introduce le azioni costitutive è eteroindividuata ⁽¹⁵⁵⁾: tale concezione, sul piano pratico, comporta una limitata deducibilità di fatti nuovi, perché ogni ulteriore narrazione integrerebbe una nuova domanda.

¹⁵³ In questo senso è orientata la giurisprudenza: Cass., 22 marzo 1949, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, pp. 12 ss.; Cass., 10 agosto 1960, n. 2488, in *Mass. Giur. it.*, 1960; Cass., 25 maggio 1962, n. 1230, in *Mass. Giur. it.*, 1962; Cass., 23 dicembre 1963, n. 3210, in *Foro it., Rep.*, 1963, voce "Cosa giudicata civile", n. 30; Cass., 7 luglio 1984, n. 4439, in *Foro it., Rep.*, 1981, voce "Locazioni", n. 578; Cass., 24 febbraio 1986, n. 1157, in *Giust. civ.*, 1987, I, pp. 179 ss.

¹⁵⁴ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., I, p. 332. In senso conforme, tra gli altri: BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 179; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, cit., pp. 84-85; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, III ed., cit. p. 174; ID., *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, pp. 55 ss., spec. 61 (già in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1935, pp. 633 ss.; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II ed., Torino, 1978, I, pp. 148 ss.

¹⁵⁵ ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., pp. 534-535; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., I, p. 332; HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., pp. 195 ss.; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, cit., pp. 84 ss. e 98 ss.; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., pp. 326-327; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., p. 84).

La giurisprudenza prevalente fino al 2014 ha indicato un limite alla regola per cui ciascun fatto costitutivo introduce un'autonoma domanda: è stato precisato che occorre considerare la fattispecie legale tipica dedotta (es. il dolo, l'errore, la violenza, l'incapacità), che rappresenta il titolo dell'azione, e non i singoli fatti che ne rappresentano l'integrazione in concreto. Ciò comporta che nel corso del processo, finché è consentita la deduzione di fatti non individuati, l'attore potrà introdurre nuove circostanze idonee a fondare la fattispecie individuata nell'atto di citazione (ad esempio, potrà introdurre ulteriori fatti di raggio negoziale che sostengono il dolo lamentato), senza con ciò determinare una mutazione della domanda. Ciò determina, inoltre, che finché è possibile agire in giudizio (ovverosia, fintantoché non sia spirato il termine prescrizione), possono essere proposte tante domande quanti sono i titoli non ancora dedotti in giudizio (es. supponendo che in un primo giudizio sia stato fatto valere il titolo di dolo, nelle successive azioni può essere fatto valere il titolo di violenza, errore, incapacità, ecc.).

Va comunque osservato che taluni hanno considerato i diritti (o poteri) potestativi come diritti autoindividuati, con la conseguenza che il mutamento del titolo della domanda non identifica una nuova azione. In questo senso cfr. BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 1393; LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., pp. 66-67.

Con riferimento, invece, alle modalità con le quali si integra l'effetto giuridico, la dottrina si è divisa tra due scuole di pensiero.

Da un lato, vi è chi ha considerato che la sentenza costitutiva contenga un atto di accertamento/esercizio della funzione giurisdizionale e un atto di esecuzione/esercizio della funzione amministrativa, per mezzo del quale il giudice attua il diritto accertato⁽¹⁵⁶⁾. Secondo questa impostazione, la sentenza di accoglimento, da un lato, contiene l'accertamento che il diritto giurisdizionalmente esercitato dall'attore esiste e, dall'altro lato, si pone come atto di esecuzione dello stesso, in quanto ne provoca il suo soddisfacimento mediante la creazione della nuova relazione tra le parti. Il rigetto della domanda costitutiva, invece, si risolve in una mera pronuncia di accertamento negativo della sussistenza del diritto potestativo dedotto in giudizio e non contiene un accertamento idoneo al passaggio in giudicato sostanziale della sussistenza o insussistenza del rapporto giuridico⁽¹⁵⁷⁾.

Dall'altro lato, vi è chi ha sostenuto che il mutamento giuridico si realizza come «fatto materiale» che accompagna l'accertamento della sussistenza del diritto potestativo contenuto nella sentenza, pur restando esterno ad essa (e, per tale motivo, non può essere assistito dall'autorità della cosa giudicata)⁽¹⁵⁸⁾.

Entrambe le predette soluzioni presentano i medesimi inconvenienti: poiché espungono «dal contenuto tipico dell'atto giurisdizionale il mutamento giuridico», non soddisfano le esigenze pratiche, in quanto non sono in grado di spiegare né le modalità con le quali l'effetto giuridico si realizza nella realtà sostanziale, né come il mutamento possa diventare stabile al di fuori del processo⁽¹⁵⁹⁾.

¹⁵⁶ Cfr. HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, cit., p. 480, citato MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 148, nota 22; CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione ed amministrazione*, cit., pp. 75 ss.

¹⁵⁷ HELLWIG, *Lehrbuch*, cit., I, p. 47, menzionato da MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 149, nota 23.

¹⁵⁸ Cfr., su tutti, CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 182; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 596; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., pp. 145 ss.

¹⁵⁹ Sul punto MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 173.

La teoria classica dell'oggetto del processo costitutivo è stata sottoposta alle seguenti critiche di carattere teorico-sistematico. Si è sostenuto che essa non convince in quanto: (i) sopravvaluta il momento strutturale dell'azione, sottostimando quello funzionale: l'azione costitutiva, anche se strutturalmente diversa dalle altre azioni di cognizione, condivide con esse la funzione di attribuire protezione ai rapporti giuridici, assegnando il bene della vita alle parti; il potere potestativo è il mezzo, non il fine, che l'ordinamento appresta a favore della parte, esercitato il quale il giudice applica la sanzione prevista dalla norma quale reazione al fatto lesivo. «L'obiettivo perseguito con la domanda è non che venga dichiarata l'esistenza del potere di modificazione, ma che, in conseguenza della sua riconosciuta sussistenza, l'attore ottenga il bene della vita»; (ii) l'atto di esercizio del potere (*i.e.* la domanda) rappresenta un elemento della complessa fattispecie procedimentale, al cui perfezionamento la legge riconduce il mutamento giuridico; «si tratta, quindi, di una situazione strumentale [...]»; è un elemento della fattispecie e, al pari degli altri fatti rilevanti, non può costituire l'oggetto del giudicato»; (iii) essendo oggetto del potere l'effetto giuridico, ogniqualvolta quest'ultimo cambia varia anche il primo, di guisa che differente è il diritto alla risoluzione del contratto rispetto a quello del suo annullamento, con la conseguenza che la sentenza di rigetto non impedisce l'istaurazione di un nuovo giudizio; (iv) con riferimento all'individuazione del titolo, la dottrina classica finisce per individuare molteplici tesi, con la conseguenza che in relazione allo stesso rapporto giuridico e ad un unico bene della vita, possono sorgere una moltitudine di processi in caso di rigetto della domanda ⁽¹⁶⁰⁾.

È stata quindi prospettata una soluzione "intermedia" ⁽¹⁶¹⁾, per cui la sentenza conterrebbe una doppia statuizione giurisdizionale: una accertativa, avente a oggetto l'esistenza o l'inesistenza del diritto potestativo, e una costitutiva, avente a oggetto il mutamento giuridico. Se è pur vero che tale soluzione presenta il pregio di ricondurre l'effetto costitutivo

¹⁶⁰ V. il recente contributo di MENCHINI(-MOTTO), sub *art. 2909 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Gabrielli, cit., pp. 82 ss., nonché la dottrina ivi citata.

¹⁶¹ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1962, p. 21.

all'interno della sentenza, coprendolo con l'autorità di cosa giudicata, ciononostante non è in grado di evitare la reiterazione delle azioni (perché fondate su motivi diversi), né di offrire al vincitore la stabilità del mutamento giuridico (nonostante l'immutabilità garantita dal giudicato) qualora il soccombente disponga di un altrettanto potere di modificazione sull'altrui sfera giuridica ⁽¹⁶²⁾.

Ad ogni modo, qualora si accolga la tesi per cui il diritto potestativo rappresenta l'oggetto della pronuncia costitutiva, ne discende che al variare del mutamento giuridico invocato muta l'azione proposta, perciò deve essere esclusa l'efficacia preclusiva della precedente sentenza rigetto ⁽¹⁶³⁾.

6.1. *Segue: le soluzioni alternative: l'oggetto del giudizio costitutivo si rinviene (i) nell'effetto giuridico perseguito dall'attore o (ii) nel rapporto giuridico su cui incide la modificazione giuridica richiesta*

All'orientamento tradizionale appena accennato – che, come visto, pone al centro del processo costitutivo il diritto potestativo – hanno fatto seguito alcune teorie alternative, che tendono a individuare l'oggetto del

¹⁶² MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 185-187, commentando la tesi di Liebman, ne evidenzia un ulteriore limite: poiché l'accertamento del diritto potestativo contenuto nella sentenza è coperto dall'autorità del giudicato, si determina per il futuro una reviviscenza della situazione sostanziale (il potere di modificazione giuridica) che invece, come tradizionalmente si insegna (cfr. HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, cit., p. 479), dovrebbe “consumarsi”, esaurire la propria funzione, con l'emanazione del provvedimento. Altrettanto critico nei confronti di Liebman è CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 154, per il quale il limite fondamentale della tesi in commento è che «presuppone una scissione dell'unica norma di produzione giuridica in due distinti precetti, ciascuno dei quali forma oggetto di autonoma statuizione; ossia implica una scomposizione tra due entità inseparabili, quali sono la fattispecie e l'effetto di un predicato normativo».

¹⁶³ Sul punto v. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., I, p. 332; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, III ed., cit., p. 174.

giudizio nell'effetto giuridico perseguito dall'attore (¹⁶⁴) oppure nel rapporto giuridico su cui incide la modificazione giuridica richiesta con la domanda (¹⁶⁵).

Per una parte della dottrina, efficacemente rappresentata dal pensiero di Cerino Canova, l'indagine sul contenuto delle azioni costitutive non può che prendere spunto da «ciò che vi è di caratteristico», ossia la decisione, o, per essere più precisi, il relativo effetto giuridico (¹⁶⁶). In proposito l'Autore rileva che «l'accertamento si combina con l'effetto costitutivo, poiché la norma che è oggetto del primo è anche la fonte del secondo e soprattutto perché le due entità si pongono su due piani diversi, rispettivamente formano il contenuto e l'efficacia della sentenza. [...] la sentenza applica nel caso concreto – e rende così certa – una norma di mutamento giuridico ed in conformità a tale contenuto produce il mutamento stesso» (¹⁶⁷). Su tale base l'attore può quindi individuare l'oggetto del processo costitutivo nell'effetto richiesto, il quale, segnatamente, può consistere nella costituzione di nuovi diritti (in tal caso l'oggetto della domanda coincide con il diritto che la parte vuole giudizialmente formato), nella trasformazione del diritto preesistente in un diritto di differente contenuto (per cui vale la medesima considerazione) ovvero nell'eliminazione giuridica di un rapporto preesistente, tra le quali si annoverano

¹⁶⁴ Cfr. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 166 ss.; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., p. 148.

¹⁶⁵ Questa tesi è sostenuta da MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 185 ss.; ID., *Regiudicata*, cit., p. 439, secondo il quale l'oggetto del processo è «il rapporto giuridico che la pronuncia del giudice produce (o, in ipotesi, di reiezione dell'istanza, non produce)»; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., pp. 110-111, seppur con specifico riferimento alle azioni di impugnativa negoziale; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela costitutiva*, cit., pp. 82 ss. e p. 85. Più recentemente v. MENCHINI(-MOTTO), sub *art. 2909 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Gabrielli, cit., pp. 81 ss.; MOTTO, *Azione costitutiva (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur.-Diritto online*, 2015, pp. 1 ss., spec. 11 ss.; GAMBA, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, cit., pp. 259 ss.; SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., pp. 229 ss. In giurisprudenza cfr. per tutte Cass., sez. un., 14 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit.

¹⁶⁶ Così CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 158.

¹⁶⁷ Cfr. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 164-165.

le azioni di impugnativa negoziale, caratterizzate ciascuna da un determinato effetto: annullamento, rescissione, risoluzione, a ciascuno dei quali corrisponde altrettanta azione (¹⁶⁸).

Un ulteriore orientamento, anch'esso alternativo alla tesi tradizionale che riconduce l'oggetto del giudizio costitutivo al diritto potestativo, è adeguatamente spiegato dal pensiero di Menchini. Esso si sviluppa a partire dalla considerazione per cui «il giudicato sul diritto potestativo non solo non è di alcuna utilità per le parti, ma è anche *incapace* di garantire al vincitore tutela definitiva, ossia di imporre l'incontestabilità della situazione finale, scaturita dalla pronuncia del giudice». Pertanto è necessario abbandonare l'indagine sulla tutela costitutiva impostata sul diritto potestativo – che «rappresenta non *ciò su cui si deve decidere*, ma soltanto *ciò che si deve conoscere*» – per abbracciare l'idea che l'oggetto del processo sia dato dalla «disciplina del rapporto giuridico sul quale essa è destinata a produrre effetti» (¹⁶⁹).

In linea con questa corrente di pensiero, si è affermato un orientamento giurisprudenziale che ha ricevuto di recente un importante riconoscimento nelle sentenze “gemelle” delle Sezioni Unite del dicembre 2014,

¹⁶⁸ Cfr. CERINO CANOVA, op. cit., pp. 166 ss. In merito alla tesi espressa da Cerino Canova, cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 192, nota 124, il quale, «pur riconoscendo a questa teoria il merito di superare molte delle difficoltà applicative riscontrate dalla dottrina classica, soprattutto in caso di rigetto della domanda», osserva che: «1) la ricostruzione del contenuto della pronuncia è incentrata su un suo effetto (quello costitutivo), piuttosto che sull'oggetto (la realtà materiale) sul quale esso è destinato ad incidere, per cui dubbio è il mantenimento del necessario collegamento tra azione e situazioni soggettive sostanziali; l'effetto costitutivo non ha, infatti, struttura di situazione soggettiva autonoma, né coincide col suo oggetto, ossia con il rapporto giuridico, che da esso scaturisce. [...] 2) [...] l'effetto di annullamento investe [...] esclusivamente l'atto impugnato, non potendo riguardare un atto successivo al suo prodursi, per cui nessun valore ha, nel secondo processo, in cui sia discussa la validità dell'atto rinnovato, la precedente sentenza, 3) la reiterazione dei giudizi d'impugnativa dello stesso negozio è ridotta, rispetto a quanto sostenuto dalla dottrina classica, ma non eliminata, giacché è ostacolata dal giudicato un'azione avente uguale *petitum* di quella respinta, sia pure basata su un fatto diverso [...], ma non anche una domanda con *petitum* diverso [...]».

¹⁶⁹ In questi termini MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 183, nonché pp. 320 ss. Nello stesso senso MENCHINI(-MOTTO), sub art. 2909 c.c., in *Commentario al codice civile*, a cura di Gabrielli, cit., pp. 81 ss. In proposito osserva BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, cit., pp. 1387 ss., che la logica conseguenza dell'accoglimento di quest'ultima tesi è che «afferzata l'esistenza del rapporto contrattuale, non sono ipotizzabili futuri processi su vizi genetici del contratto, che comporterebbero la nullità, l'annullamento o la rescissione del contratto».

seppur con specifico riferimento all'ambito delle impugnative negoziali (¹⁷⁰). In particolare, la Corte di Cassazione ha affermato che «appare decisiva l'obiezione di chi [Menchini, *ndr*] ha sostenuto che ricondurre l'oggetto del processo alla fattispecie del diritto potestativo (sostanziale *tout court*, ovvero “a necessario esercizio giudiziale”) risulta viziata da un eccesso di concettualismo, destinato, anziché aiutare a spiegare la realtà, *i.e.* a identificare quale sia il bene della vita oggetto della disputa tra le parti, ad offuscarla inutilmente, volta che il diritto potestativo civilistico inteso quale autonoma situazione soggettiva potrebbe al più costituire oggetto del processo prima del suo esercizio, e mai dopo: una volta esercitato, in via giudiziale o stragiudiziale, il diritto potestativo è destinato a estinguersi per consumazione, mentre, a seguito del suo esercizio, la contesa delle parti nel processo non è più sull'esistenza o meno del diritto potestativo, bensì sull'esistenza o meno dei fatti modificativi-impeditivi-estintivi ai quali l'esercizio di quel diritto ha preteso di dare rilevanza, ossia le situazioni soggettive sostanziali. Mutando la visione prospettica, dunque, l'oggetto del processo andrebbe così a identificarsi con la situazione soggettiva sostanziale e con il suo effetto giuridico, mai con fatti o con norme. [...] Poste tali premesse, appare inevitabile l'opzione strutturale verso una decisione tendenzialmente volta al definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio. Una decisione tendenzialmente caratterizzata da stabilità, certezza, affidabilità temporale, coniugate con valori di sistema della celerità e giustizia» (¹⁷¹).

Secondo l'interpretazione fornita dal Supremo Collegio, dunque, oggetto del processo di impugnazione del contratto è il rapporto giuridico sostanziale obbligatorio che scaturisce dal contratto impugnato, con la conseguenza che, una volta proposta la domanda di impugnativa del ne-

¹⁷⁰ Del fatto che la Suprema Corte sembra aver subito l'influenza dell'insegnamento di Menchini ne danno atto anche BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità*, cit., p. 1393 nota 12, PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, p. 78, spec. nota 31. L'Autrice da ultimo citata trae inoltre, dalla pronuncia delle SS.UU., una conferma alla propria convinzione per cui le azioni di impugnativa negoziale apparterebbero alla categoria delle azioni dichiarative anziché costitutive, tesi già formulata diversi anni addietro in *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, cit., *passim*).

¹⁷¹ Così Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, punto 4.2.1.

gozio giuridico, ferme restando le regole processuali in materia di preclusioni e di contraddittorio, le parti potranno introdurre ulteriori e diversi profili di invalidità o inefficacia del contratto, concernenti la medesima azione o altra azione di impugnativa, senza con ciò violare il divieto di mutamento della domanda giudiziale; del pari, il giudice potrà sollevare d'ufficio la nullità del negozio giuridico. Da ciò consegue che la sentenza di accoglimento, che determina la produzione dell'effetto giuridico invocato, attribuisce il bene della vita al vincitore, dichiarando l'inesistenza del rapporto giuridico. Successive domande aventi ad oggetto il medesimo negozio sono precluse dal precedente giudicato che ha dichiarato l'inesistenza degli effetti del contratto (nullità, annullamento o simulazione), in quanto incompatibili con la *regola iuris* dettata dal giudice con la sentenza ⁽¹⁷²⁾. Pertanto, se è stata accolta la domanda di risoluzione, saranno precluse, per incompatibilità, le domande di nullità o annullamento del contratto, posto che il loro accoglimento determinerebbe l'inefficacia del negozio sin dall'inizio, e ciò sarebbe in contraddizione con il precedente giudicato sulla risoluzione per inadempimento, che presuppone il fatto che il contratto, valido, sia entrato in crisi a causa di un mancato o di un inesatto adempimento. Il rigetto di una domanda di impugnativa negoziale comporta invece il riconoscimento dell'esistenza del rapporto giuridico e, salvo fatti sopravvenuti, sono precluse diverse azioni che hanno un diverso *petitum* (per esempio, la risoluzione del contratto in luogo dell'annullamento dello stesso) o, pur avendo medesimo *petitum*, sono fondate su motivi differenti rispetto a quelli spesi nel giudizio conclusosi con la sentenza di rigetto passata in giudicato (per esempio, l'annullamento del dolo in luogo dell'annullamento per errore) ⁽¹⁷³⁾.

Quale che sia la tesi alternativa accolta, fondata in ogni caso sul presupposto che il diritto potestativo *non* rappresenta l'oggetto del giudizio costitutivo, la dottrina finisce per arrivare – seppure ciascuno sulla

¹⁷² Rileva PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., p. 400: «è pacifico (ancorché diverse possono essere le spiegazioni) che il giudicato il quale pronuncia la nullità, l'annullamento, la rescissione del contratto a seguito dell'accertamento di uno dei fatti impeditivi ed estintivi preclude la proposizione di una successiva impugnativa negoziale fondata su di un altro fatto non dedotto nel primo giudizio».

¹⁷³ Cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 311 ss.

base di presupposti logico-giuridici differenti – alla conclusione che il fatto costitutivo è irrilevante ai fini dell’identificazione dell’azione, dando così luogo a domande autodeterminate. Per Cerino Canova ⁽¹⁷⁴⁾, il quale muove dalla concezione per cui l’oggetto del giudizio si identifica con l’effetto costitutivo, «all’interno di ciascun tipo di vizio possono realizzarsi più fattispecie storiche e correlativamente concretarsi più diritti, eppure un unico processo li ricomprende tutti». Secondo Menchini ⁽¹⁷⁵⁾, invece, poiché «il bene della vita controverso è [...] la sussistenza o meno del rapporto giuridico del quale è chiesta, a seconda dei casi, la costituzione o la rimozione», è inammissibile una nuova domanda che «avendo di mira l’attuazione di una situazione giuridica contraria a quella accertata dalla precedente pronuncia, rimette in discussione il bene della vita attribuito dal giudicato al vincitore», fatta eccezione per l’esercizio di «quei poteri di modificazione dei quali l’interessato ignorava l’esistenza [...] al momento del primo processo del fatto costitutivo», in relazione ai quali non opera la preclusione derivante dal precedente giudicato tra le parti.

6.2. Segue: l’oggetto del giudizio costitutivo si rinviene nell’azione in senso concreto rivolta nei confronti del giudice-Stato affinché venga prodotta una modificazione della preesistente realtà giuridica

Un ulteriore approccio dottrinale abbandona del tutto l’idea dell’esistenza di un potere sostanziale di modificazione giuridica esercitabile e ritiene che a fondamento del processo costitutivo debba essere posta l’azione in senso concreto, rivolta direttamente nei confronti dello Stato-giudice e avente ad oggetto la pronuncia di una decisione costitutiva che produca l’effetto del mutamento giuridico invocato ⁽¹⁷⁶⁾. In tal modo,

¹⁷⁴ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 166.

¹⁷⁵ MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., pp. 320 ss.

¹⁷⁶ Cfr. nella dottrina italiana: ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 350; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, IV ed., Bari, 2015, p. 50, limitatamente alle azioni costitutive c.d. necessarie; BOVE, *L’esecuzione forzata ingiusta*, Torino, 1996, p. 84, nota 34; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., pp. 44 ss. e 83-84; ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, cit., pp. 214 ss., spec. pp. 246 ss., al quale si rinvia per l’ulteriore bibliografia;

si configura un potere giudiziario (ma non meramente processuale) ⁽¹⁷⁷⁾, che pone al centro dell'attenzione l'invocazione dell'efficacia modificativa della decisione che il giudice è chiamato a pronunciare, alla stregua di una "prestazione". L'effetto costitutivo, che si "sprigiona" con l'avvio del processo e si sostanzia nella pronuncia, concerne una relazione di interessi con una controparte ⁽¹⁷⁸⁾, di cui si postula la mancata collaborazione ⁽¹⁷⁹⁾, alla cui modificazione giuridica l'attore è interessato. È proprio su questo potere di provocare la modificazione giuridica che cade il giudicato, in modo del tutto simile alle concezioni "civilistiche-sostanziali" ⁽¹⁸⁰⁾.

FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, pp. 86-87; FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, pp. 163-166; ID., *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. tri. dir. proc. civ.*, 1956, pp. 1304 ss., spec. 1311-1312; FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., pp. 109 ss.; HEINITZ, *Limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., pp. 103 ss.; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, cit., pp. 61 ss.; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, pp. 41 ss., spec. 47 ss. e 66; VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, Milano, 1963, p. 95. In senso critico MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 156 ss.

¹⁷⁷ Osserva D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 158, che anche la tesi che ricostruisce l'azione costitutiva come potere processuale «a ben vedere, non fa a meno del diritto sostanziale», essendo pur sempre attribuito al diritto sostanziale il compito di individuare i casi in cui è possibile ottenere dallo Stato-giudice la modifica della preesistente realtà sostanziale (ad esempio i casi in cui è possibile ottenere l'annullamento del contratto o è possibile costituire una servitù di passaggio e così via).

¹⁷⁸ Si suole dire, in questi casi, che il convenuto si trova in uno stato di "soggezione" non nei riguardi dell'attore (o almeno, non in modo immediato), ma nei riguardi del potere giurisdizionale dello Stato-giudice.

¹⁷⁹ Come rileva CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, cit., pp. 259-260, una delle possibili obiezioni che possono essere mosse alla tesi in esame sta nel fatto che essa è più aderente alle ipotesi di tutela costitutiva necessaria rispetto a quelle in cui le parti sono munite del potere di produrre l'effetto modificativo di comune accordo, secondo gli schemi di autonomia privata. Tuttavia, osserva l'Autore, «il comune riconoscimento che nell'ordine di ipotesi da ultimo evocato [...] sia latente e riscontrabile una «crisi di cooperazione» sul piano sostanziale, cui il processo costitutivo appresta rimedio se non propriamente una sanzione, non crediamo, dunque, che codesta fondata percezione basti a rivalutare neppure in quest'ambito di casi la concezione tradizionale [...], e così a differenziare la struttura e l'oggetto della domanda e del processo costitutivo in due modelli contrapposti. Vi sarà talora una situazione in effetti antigiuridica da reprimere su impulso di un certo soggetto attraverso il processo, la quale non permarrebbe in vita se fosse assicurata la cooperazione di un altro soggetto: ma tale cooperazione per regola non diremmo costituisca il contenuto già di alcun obbligo civilistico ad attivarsi sul piano dell'autonomia negoziale riparatrice dell'antigiuridicità in cui si è incorsi, né vi sarà allora un diritto civilistico di credito [...] inadempito in capo al legittimato all'azione costitutiva».

¹⁸⁰ CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., pp. 83-84; ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, cit., pp. 253 ss.; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., pp. 52-53.

Secondo i fautori della teoria in parola, essa presenterebbe due pregi: da un lato, poiché è definitivamente respinto il concetto del diritto potestativo, ciò consente di addivenire a un accertamento del rapporto giuridico che è «impermeabile» rispetto all'eventuale esercizio di ulteriori poteri costitutivi (con particolare riguardo «all'effetto di fatti preesistenti al giudicato contemplati da norme di modificazione») ⁽¹⁸¹⁾; dall'altro lato, essa mantiene intatta la possibilità di esperire una nuova azione a tutela dei diritti potestativi anche in seguito al primo giudicato, cosicché si possa avere una ripetizione di vicende giurisdizionali sullo stesso rapporto giuridico sostanziale che nel loro complesso rimediano a diverse patologie iniziali, fermo restando comunque che «dovrà sempre preservarsi l'intangibilità dello specifico effetto giuridico (non del rapporto fondamentale che non esprime di per sé alcun bene della vita) ivi dichiarato» ⁽¹⁸²⁾.

Chi avversa la predetta tesi ne contesta, in particolare, la contraddizione di fondo: abbandonata l'esistenza di una situazione soggettiva sostanziale, da accertarsi in concreto, si finisce per affermare l'esistenza di una situazione soggettiva processuale, determinatasi per effetto della norma di modificazione giuridica, che altro non è che una variante terminologica del diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale; cosicché il riferimento al diritto di azione è, oltreché inutile sul piano pratico, ormai ampiamente concettualmente superato dalla dottrina dominante ⁽¹⁸³⁾. Si è sostenuto, inoltre, che il limite concettuale di tale ricostruzione dottrinale sarebbe rappresentato dal fatto che non vi è identità «tra diritto di agire e potere di provocare (chiedendolo) il mutamento: quest'ultimo ha, infatti, elementi costitutivi diversi rispetto al primo – le circostanze previste dalla legge [...] piuttosto che la titolarità (afferzata) del rapporto giuridico, sul quale deve incidere la sentenza – e, soprattutto, fatti estintivi autonomi»

¹⁸¹ CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, cit., pp. 280-283.

¹⁸² Cfr. sempre CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, cit., pp. 286-289.

¹⁸³ In questi termini MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 156-157 e nota 39, il quale, muovendo dalla convinzione che, anche nella tutela costitutiva, l'azione deve essere intesa come diritto ad un provvedimento di merito (e non come l'aspettativa ad una pronuncia favorevole all'attore), rileva che «risulta evidente la non identità tra diritto di agire e potere di provocare (chiedendolo) il mutamento»; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., nota 39.

(¹⁸⁴). «L'azione è potere, come sempre, astratto: il suo esercizio, mediante la domanda giudiziale, in bene o in male (oserei dire), ossia riconoscendo o escludendo l'esistenza del diritto al mutamento, e solo nel primo caso procedendo al mutamento» (¹⁸⁵).

¹⁸⁴ V. ancora MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, pp. 156-157.

¹⁸⁵ ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., p. 104.

CAPITOLO IV

MUTATIO ED EMENDATIO LIBELLI

SOMMARIO: 1. Premessa. – SEZ. I. LA MODIFICA AMMISSIBILE E IL MUTAMENTO VIETATO DELLA DOMANDA GIUDIZIALE NELL'EVOLUZIONE NORMATIVA, DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE. – 2. La disciplina della modifica della domanda giudiziale alla luce delle riforme del codice di rito. – 3. L'attuale disciplina normativa delle modifiche della domanda giudiziale: l'art. 183 c.p.c. individua i casi in cui l'attore può proporre nuove ed ulteriori domande rispetto a quelle iniziali (che siano, però, conseguenza delle difese della controparte) e i casi in cui le parti possono «precisare» o «modificare» le domande proposte. – 4. La precisazione della domanda consiste in un *quid minus* rispetto alla modifica della stessa; essa si sostanzia nel chiarimento, nella specificazione, circostanziazione o puntualizzazione delle difese già formulate. – 5. *Emendatio* e *mutatio libelli* nella ricostruzione della dottrina e della giurisprudenza antecedente alla sentenza delle Sezioni Unite n. 12310 del 15 giugno 2015. Il *discrimen* tra i due istituti consiste nella variazione quantitativa degli elementi oggettivi di individualizzazione della situazione sostanziale dedotta in giudizio. – 6. La sentenza delle Sezioni Unite n. 12310/2015 e i nuovi confini tra *emendatio* e *mutatio libelli*. L'abbandono dei criteri giurisprudenziali rigidi e la valorizzazione dell'identità della «vicenda sostanziale ed esistenziale». La modifica della domanda è ammissibile quando (i) la domanda modificata si sostituisce (e non si aggiunge) a quella *ab origine* proposta; (ii) vi è identità della «vicenda sostanziale ed esistenziale» dedotta in giudizio; (iii) sono rispettati i principi del giusto processo, del contraddittorio e il diritto di difesa della controparte. – 6.1. Le domande modificate ammissibilmente non si aggiungono a quelle inizialmente proposte ma le sostituiscono e si pongono, rispetto a queste, in rapporto di alternatività. Inoltre, esse devono riguardare la «medesima vicenda sostanziale ed esistenziale» dedotta in giudizio con l'atto introduttivo o comunque essere a questa collegata. – 6.2. La domanda modificata ammissibilmente secondo quanto previsto dalle Sezioni Unite è pur sempre la stessa domanda iniziale, emendata anche sensibilmente, oppure è una domanda nuova, diversa da quella originaria, ciononostante ammessa perché alternativa/sostitutiva e attinente alla medesima vicenda sostanziale ed esistenziale? – 7. Le deroghe al divieto di *mutatio libelli* previste dalla disciplina processuale: lo *ius variandi* di cui all'art. 183, comma quinto, c.p.c. – 8. *Segue*: ... dalla legge sostanziale. In particolare il passaggio dalla domanda di adempimento del contratto a quella di risoluzione *ex art. 1453, comma secondo, c.c.* Con la sentenza n. 8519/2014 le Sezioni Unite hanno ritenuto ammissibile la proposizione della nuova domanda di risarcimento del danno contestualmente alla modifica della domanda di adempimento in quella di inadempimento. – SEZ. II. *MUTATIO ED EMENDATIO LIBELLI AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA*. – 9. Premessa. – 10. Il passaggio dalla domanda di risarcimento del danno *ex art. 1218 c.c.* a quella di risarcimento del danno *art. 2043 c.c.* – 11. ... dalla domanda di risarcimento del danno patrimoniale a quella di risarcimento del danno non patrimoniale e la richiesta di ulteriori voci di danno. – 12. ... dalla domanda di adempimento del contratto a quella di ingiustificato arricchimento. – 13. Le modifiche della domanda nei giudizi costitutivi. In particolare: la modifica del motivo di impugnazione del contratto e il passaggio da un'azione di impugnativa negoziale ad altra. – 14. Il passaggio da una domanda costitutiva a una domanda di mero accertamento (o viceversa). Ancora sulla modifica della domanda di esecuzione specifica del contratto *ex art. 2932 c.c.* a quella di accertamento del diritto di proprietà su un bene.

1. Premessa

Nel capitolo precedente ci siamo occupati dell'oggetto del processo civile di cognizione, rilevando come lo stesso coincida con la situazione sostanziale ipotetica affermata in giudizio dall'attore come esistente ⁽¹⁾. Sulla base di questo assunto abbiamo esaminato i criteri volti a individualizzare siffatta situazione giuridica sostanziale ⁽²⁾, muovendo dall'analisi dei noti elementi di individuazione dell'azione, che sono le *personae* (legittimato attivo e legittimato passivo rispetto alla pretesa azionata), il *petitum* mediato (il bene della vita richiesto in giudizio dall'attore nei confronti del convenuto), il *petitum* immediato (il provvedimento giurisdizionale richiesto dall'attore al giudice) e la *causa petendi* (le ragioni poste a fondamento della domanda), ponendo così le basi per lo studio dell'oggetto del processo con riferimento a ogni singola azione di cognizione (di mero accertamento, di condanna e costitutiva) ⁽³⁾.

Abbiamo altresì visto che la questione dell'individualizzazione della situazione sostanziale dedotta in giudizio con la domanda giudiziale è rilevante ai fini dell'applicazione di molteplici istituti processuali, tra i quali giova ricordare la modifica (ammissibile o inammissibile) della domanda giudiziale. Abbiamo, dunque, posto le premesse per affrontare, nel contesto del presente capitolo, il tema della *mutatio* e della *emendatio libelli* nel processo civile di cognizione di primo grado.

Al riguardo, la nostra indagine dovrà necessariamente muovere dallo studio del dato normativo e, in particolare, di quelle norme contenute nel codice di rito che consentono alle parti di intervenire, modificandola, sulla domanda giudiziale una volta proposta.

Dopo aver delineato la disciplina legislativa applicabile, dovremo distinguere le ipotesi in cui la modifica della domanda è ammissibile (e i confini temporali di tale ammissibilità) da quelle in cui la stessa è inam-

¹ Cfr. paragrafo 2 del capitolo III.

² Cfr. sezione I del capitolo III.

³ Cfr. sezione II del capitolo III.

missibile; per fare ciò, sarà indispensabile definire i concetti, in parte controversi ma espressamente previsti dal legislatore e applicati dalla giurisprudenza, di «precisazione», «modifica», «mutamento» e «sostituzione» della domanda.

Come avremo modo di vedere, sarà inevitabile scontrarci con gli istituti esaminati nel capitolo secondo di questo lavoro, vale a dire la situazione giuridica sostanziale affermata dall'attore e gli elementi oggettivi di identificazione della domanda, ma anche con quelli trattati nel primo capitolo. Ci riferiamo, in particolare, all'allegazione, nonché ai tipi di fatto conosciuti dal nostro ordinamento.

Nella seconda sezione di questo capitolo applicheremo concretamente i principi esaminati nella prima parte, al fine di verificare i rapporti tra *mutatio* ed *emendatio libelli* nelle varie vicende controverse sottoposte all'attenzione dei giudici di legittimità, tra le quali, giova ricordare, oltre alla *vexata questio* del passaggio dalla domanda costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. a quella di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo della proprietà su un bene in forza di un contratto definitivo, i rapporti tra domanda di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e, in quest'ultimo ambito, la possibilità di passare dalla domanda di responsabilità aquiliana *ex* art. 2043 c.c. ad altre fattispecie speciali di responsabilità per fatto illecito, il passaggio dalla domanda di responsabilità contrattuale *ex* art. 1218 c.c. a quella di arricchimento senza causa o di pagamento dell'indebito, la possibilità di proporre una domanda di risarcimento del danno contestualmente alla modifica della domanda di adempimento del contratto con quella di inadempimento dello stesso *ex* art. 1453 c.c., la possibilità di modificare, in corso di causa, le voci di danno o di passare dalla richiesta di danno patrimoniale a quella di danno non patrimoniale e così via.

SEZ. I. LA MODIFICA AMMISSIBILE E IL MUTAMENTO VIETATO DELLA DOMANDA GIUDIZIALE NELL'EVOLUZIONE NORMATIVA, DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE

2. La disciplina della modifica della domanda giudiziale alla luce delle riforme del codice di rito

La disciplina della modifica della domanda giudiziale nel processo di primo grado si rinviene principalmente nell'art. 183 c.p.c., norma che, essendo stata ripetutamente modificata dal legislatore, è stata definita da un Autore come una delle disposizioni «più tribolate» ⁽⁴⁾ del codice di rito.

In particolare, gli artt. 183 e 184 c.p.c., nella loro originaria formulazione ⁽⁵⁾, prevedevano la possibilità per le parti di precisare o modificare le domande, eccezioni e conclusioni nella prima udienza, o quella successiva che il giudice avesse ritenuto di fissare. In tale sede, era riconosciuta la possibilità di proporre nuove eccezioni, chiedere nuovi mezzi di prova e produrre nuovi documenti sempreché il giudice istruttore ne avesse riconosciuto la rispondenza «ai fini di giustizia». Nell'ulteriore corso del giudizio, la proposizione, richiesta e produzione di eccezioni, prove e documenti nuovi erano subordinati all'autorizzazione del giudice, da concedersi solo per «gravi motivi» ⁽⁶⁾.

Il codice di procedura civile del 1942, apertamente ispirato a motivi ed esigenze di natura pubblicistica, ha previsto delle preclusioni molto rigide rispetto all'introduzione di nuove domande ed eccezioni, nonché di

⁴ Così L.P. COMOGLIO, *Modificazione della domanda, tutela effettiva ed economia dei giudizi (nuovi poteri per il giudice?)*, in *NGCC*, 2016, 4, p. 653, nota 6.

⁵ Per un approfondimento in merito alla disciplina della modificazione della domanda nel codice di rito del 1940 cfr. C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, pp. 79 ss. Sull'ampiezza del mutamento della domanda anteriormente all'entrata in vigore del codice del 1940 v., tra gli altri, SEGNI, voce *Procedimento civile*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. X, 1939, pp. 539 ss. e 555.

⁶ La formulazione dell'art. 183 c.p.c. accolta dal legislatore è risultata più ampia rispetto a quella inserita nei due progetti Solmi (cfr. art. 162 del progetto preliminare e art. 172 del progetto definitivo, con commento di ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, vol. I, I ed., Napoli, 1941, p. 420): in questi ultimi era infatti concessa alla parte solo la possibilità di precisare la domanda.

nuove produzioni e nuovi mezzi di prova; tali preclusioni, tuttavia, sono state in parte mitigate dalla giurisprudenza dell'epoca che, sulla base di un'interpretazione *a contrario* del dettato normativo, ha finito per consentire alle parti la possibilità di modificare la domanda anche oltre il limite temporale della prima udienza (7).

Preso atto dell'orientamento giurisprudenziale diretto a superare il rigido regime preclusivo previsto dal codice di rito, con la legge 14 luglio 1950, n. 581, il legislatore ha eliminato le preclusioni previste dai dagli artt. 183 e 184 c.p.c., consentendo alle parti di precisare e modificare le domande e le eccezioni formulate negli atti introduttivi durante tutto il corso del giudizio di prime cure, sino alla rimessione della causa per la decisione al collegio (8).

L'art. 183 c.p.c. è stato poi sostituito, con efficacia dal 30 aprile 1995, dall'art. 17 della legge n. 353/1990, e i commi quarto e quinto dell'art. 183 c.p.c. sono stati a loro volta modificati, nello stesso anno, ad opera del d.l. n. 238/1995, convertito dalla legge n. 534/1995. Per quanto qui ci interessa, con la riforma degli anni Novanta è stata abolita la possibilità per le parti di modificare liberamente la domanda giudiziale durante tutto il corso del processo di primo grado e sono state (re)introdotte dal legislatore rigide preclusioni sia per l'attività assertiva sia per quella probatoria. In particolare, a seguito dell'entrata in vigore della riforma da ultimo citata, la modifica delle domande ed eccezioni già formulate dalle parti negli scritti introduttivi era ammessa solo nella prima udienza di trattazione di cui al riformato art. 183 c.p.c. o comunque, al più tardi, nella

⁷ Cfr. sul punto C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., pp. 83 ss., il quale rileva che le disposizioni di cui agli artt. 183 e 184 c.p.c., nella loro formulazione originaria, furono applicate dalla giurisprudenza non già secondo l'intendimento del legislatore, volto ad impedire la proposizione di domande nuove oltre la prima udienza, bensì nel senso opposto, diretto ad evitare rigide preclusioni iniziali. Questo orientamento giurisprudenziale – aggiunge l'Autore – si manifestò (i) facendo leva sulla discrezionalità del giudice e trasformando in regola le eccezioni previste dalla norma; (ii) limitando l'applicazione delle disposizioni citate al solo procedimento di cognizione avanti al tribunale, e non anche dinanzi al pretore; (iii) ammettendo il mutamento dell'oggetto della lite nel corso del processo, purché venisse osservato il contraddittorio e quindi purché la controparte avesse accettato di difendersi nel merito.

⁸ Sulla disciplina della modificazione della domanda in seguito all'entrata in vigore della novella del 1950 cfr. C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., pp. 85 ss.

prima memoria scritta. Unica attività strettamente innovativa che le parti potevano ancora compiere nella prima udienza era quella relativa alle nuove domande ed eccezioni proponibili dall'attore che siano conseguenza delle difese svolte dalla controparte nella comparsa di costituzione e risposta.

Dieci anni dopo, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla legge n. 80 del 14 maggio 2005, l'art. 183 c.p.c. ha subito un'ulteriore (a oggi l'ultima) modifica. L'attuale formulazione della disposizione normativa verrà esaminata nel paragrafo che segue.

3. L'attuale disciplina normativa delle modifiche della domanda giudiziale: l'art. 183 c.p.c. individua i casi in cui l'attore può proporre nuove ed ulteriori domande rispetto a quelle iniziali (che siano, però, conseguenza delle difese della controparte) e i casi in cui le parti possono «precisare» o «modificare» le domande proposte

L'art. 183 c.p.c., sotto la rubrica «prima comparizione delle parti e trattazione della causa», disciplina lo svolgimento della prima udienza nel processo civile ordinario di cognizione. In particolare, la disposizione citata regola, da un lato, i poteri e le facoltà del giudice istruttore nell'ambito della prima udienza ⁹⁾ e, dall'altro lato, le facoltà concesse all'attore e al convenuto di modificare, in modo più o meno ampio, le difese originariamente proposte negli atti introduttivi.

Sotto quest'ultimo profilo, l'art. 183, comma quinto, prima parte, c.p.c. riconosce all'attore la facoltà di ampliare, nella prima, l'oggetto del

⁹⁾ I primi due commi dell'art. 183 c.p.c. disciplinano l'attività del giudice relativamente alle questioni di rito. In particolare, ai sensi del primo comma, alla prima udienza il giudice verifica la regolarità del contraddittorio e provvede a dare le disposizioni idonee per l'integrazione dello stesso nei casi in cui un litisconsorte sia stato pretermesso (art. 102 c.p.c.), per la sanatoria delle nullità della citazione ai sensi dell'art. 164 c.p.c. o della domanda riconvenzionale *ex* art. 167 c.p.c., dei difetti di capacità o rappresentanza *ex* art. 182 c.p.c. o, ancora, dei vizi della notificazione della citazione ai sensi dell'art. 291 c.p.c. Disposta la sanatoria il giudice fissa una nuova prima udienza (art. 183, comma secondo, c.p.c.): se in tale udienza il vizio è sanato, il processo potrà proseguire, altrimenti dovrà essere chiuso con una sentenza di rito.

contendere mediante la proposizione di nuove domande e di nuove eccezioni rispetto a quelle originarie (c.d. *ius variandi*), salvi però alcuni specifici limiti. Precisamente, la norma sancisce che «l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto» nella comparsa di costituzione e risposta, ovvero può chiedere di essere autorizzato alla chiamata in causa del terzo, sempre che tale esigenza sia sorta dalla difese avversarie¹⁰). Trattasi – come ben si comprende dal dettato normativo – di attività difensive che traggono origine dall'attuazione del contraddittorio e che quindi costituiscono la replica alle difese della controparte all'esercizio dei poteri officiosi riconosciuti al giudice dall'art. 101, comma secondo, c.p.c. (11).

¹⁰ Cfr. Trib. Roma, 15 novembre 1996, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 197; Trib. Reggio Emilia, 2 agosto 1996, in *Giur. it.*, 1998, p. 494; Trib. Milano, 28 febbraio 2003, in *Giur. mer.*, 2003, 7-8, I, pp. 1412 ss.

¹¹ Il quarto comma dell'art. 183 c.p.c. stabilisce che il giudice istruttore «richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio alle quali ritiene opportuna la trattazione». Da tali attività potrebbe quindi sorgere l'interesse dell'attore a mutare la domanda iniziale. Si pensi al caso in cui l'attore propone domanda di risoluzione del contratto di compravendita per il mancato pagamento del prezzo da parte del convenuto. Nella prima udienza, il giudice rileva *ex officio* la nullità del contratto. In tale udienza, l'attore può, ai sensi dell'art. 183, comma quinto, prima parte, c.p.c., mutare la domanda (di risoluzione) originaria, proponendo una nuova domanda di nullità del medesimo contratto. In questo senso anche D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, Torino, 2016, p. 206, la quale sostiene che l'attore potrebbe mutare la domanda anche nella prima memoria *ex art.* 183, comma sesto, c.p.c.; CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, pp. 941 ss.; CAVALLINI, *Rilievo d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, pp. 689 ss. In giurisprudenza v. per tutti le sentenze “gemelle” delle Sezioni Unite della Cassazione del 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in *Foro it.*, 2015, I, cc. 862 ss., con commenti di ADORNO, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: il nuovo intervento delle sezioni unite*; PALMERI-PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*; DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 cod. civ. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*; PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: quid iuris?*; MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*; PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*. Cfr. anche RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, in *NGCC*, 2015, I, pp. 299 ss.; PAGLIANTINI, *«Parigi val bene una messa»? Le sezioni unite su rilievo d'ufficio delle nullità e c.d. giudicato implicito*, in *Giusto proc.*, 2015, pp. 137 ss.; CARBONE, *«Porte aperte» delle sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 88 ss.; GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 1560 ss.

La seconda parte del quinto comma dell'art. 183 c.p.c. stabilisce che entrambe le parti (e quindi non solo l'attore come invece previsto dalla prima parte) possono, sempre nella prima udienza, «precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate» negli atti introduttivi, vale a dire nell'atto di citazione e nella comparsa di costituzione e risposta ⁽¹²⁾. Si tratta del c.d. *ius poenitendi*, che non incide in alcun modo sull'oggetto del processo così come delineato *ab origine* dalle parti.

Anche il sesto comma dell'art. 183 c.p.c. riconosce alle parti la possibilità di precisare o modificare le domande e le eccezioni già proposte (o già precisate e modificate nella prima udienza); tale attività può essere compiuta entro e non oltre il primo termine di trenta giorni per il deposito della prima memoria.

Prima di procedere alla ricognizione della struttura e della portata precettiva dell'art. 183 c.p.c. e allo studio dell'ampiezza delle modifiche della domanda giudiziale ivi previste, è indispensabile fornire una ricostruzione delle nozioni di «precisazione» e «modifica» della domanda giudiziale, in quest'ultimo caso distinguendo le ipotesi di *mutatio libelli* da quelle di *emendatio libelli* alla luce delle tesi prospettate dalla dottrina e, soprattutto, degli orientamenti giurisprudenziali anche recenti.

4. *La precisazione della domanda consiste in un quid minus rispetto alla modifica della stessa; essa si sostanzia nel chiarimento, nella specificazione, nella circostanziazione o puntualizzazione delle difese già formulate*

Come anticipato, nell'ambito della prima udienza o, se richiesta, nella memoria *ex art. 183, comma sesto, n. 1) c.p.c.*, le parti possono pre-

¹² Tale facoltà non è riconosciuta nel rito del lavoro ove la possibilità di precisare o modificare le domande originariamente proposte è subordinata all'autorizzazione del giudice e alla sussistenza di gravi motivi. Si veda, in proposito, l'art. 420, comma primo, ultima parte, c.p.c., secondo cui «le parti possono, se ricorrono gravi motivi, modificare le domande, eccezioni e conclusioni già formulate, previa autorizzazione del giudice».

cisare le domande, eccezioni e conclusioni formulate negli atti introduttivi, a prescindere dal fatto che tale esigenza sia sorta dallo svolgersi del contraddittorio e, in particolare, dalle attività difensive poste in essere dalla controparte o da eventuali questioni rilevate dal giudice. Invero, la precisazione delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni inizialmente formulate negli atti introduttivi ovvero precisate nel corso della prima memoria *ex art. 183, comma sesto, n. 1) c.p.c.* è attività che può essere espletata dalle parti durante tutto il corso del processo, sino all'udienza di precisazione delle conclusioni ⁽¹³⁾.

La precisazione della domanda consiste in un *quid minus* rispetto alla modifica della stessa; per “precisazione” deve infatti intendersi un chiarimento, una specificazione, una circoscrizione o puntualizzazione delle difese già proposte nei precedenti scritti difensivi. Tale attività può risultare necessaria al fine di rimediare, per esempio, a un errore commesso dall'attore o dal convenuto al momento della proposizione della domanda o dell'eccezione, o nel momento della formulazione delle conclusioni.

Se certamente con la precisazione della domanda non è consentita l'allegazione in giudizio di nuovi fatti principali ⁽¹⁴⁾, si è discusso se sia invece possibile introdurre, mediante l'attività di precisazione, nuovi fatti secondari. La recente giurisprudenza di merito ⁽¹⁵⁾, riprendendo le considerazioni formulate da una parte della dottrina ⁽¹⁶⁾, ha risposto al quesito in senso affermativo, specificando proprio che l'attività di precisazione di cui all'art. 183, comma sesto, c.p.c. si configura nell'esplicitazione del

¹³ In argomento v. per tutti BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. it.*, 1996, I, pp. 265 ss., spec. p. 281.

¹⁴ La recente giurisprudenza ha chiarito che non può mai aversi precisazione della domanda quando, per effetto di essa, si sottopongano al giudice nuovi temi di indagine (Cass., 10 maggio 2016, n. 9377, in *Guida al dir.*, 2016, 43, 64).

¹⁵ Trib. Modena, 24 febbraio 2016, n. 410, in *www.lanuovaproceduracivile.it*.

¹⁶ Cfr. ATTARDI, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 387; LUISO, *Diritto processuale civile*, II, VIII ed., Milano, 2016, pp. 38 ss.; FORNACIARI, *La definizione del thema decidendum e probandum nel processo civile di rito ordinario (art. 183, commi 3, 4, 5 cod. proc. civ.)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 298, nota 2; ORIANI, *Eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, cc. 5 ss., spec. c. 27; PALAZZETTI, *Ammissibilità dei nova ex art. 183, 5° comma*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2103.

contenuto delle precedenti difese, e consiste essenzialmente nell'allegazione di fatti secondari. È una mera precisazione della domanda, per esempio, l'indicazione delle circostanze di fatto relative al possesso ininterrotto e protratto di un bene per venti anni nel caso di domanda avente a oggetto l'accertamento del diritto di proprietà su di un immobile per usucapione. Ancora, in un processo avente a oggetto la responsabilità dell'automobilista per un incidente stradale e il conseguente risarcimento dei danni subiti dal danneggiato, costituisce mera precisazione della domanda originaria l'allegazione delle circostanze di tempo e luogo relative allo svolgimento dell'incidente ⁽¹⁷⁾.

Va comunque rilevato che una parte della dottrina ha, al contrario, ritenuto che la precisazione della domanda non potrebbe mai riguardare i fatti allegati in giudizio, nemmeno quelli secondari, potendo invece consistere solamente in una fissazione del *quantum* richiesto con la domanda giudiziale ovvero nella modifica dello stesso nel caso di obbligazioni pecuniarie ⁽¹⁸⁾. È facile replicare a quest'ultima impostazione che la modifica in aumento ⁽¹⁹⁾ o diminuzione del *quantum debeatur* può essere richiesta da colui che propone la domanda non solo nella prima udienza o nella prima memoria, bensì durante tutto il corso del giudizio sino all'udienza di precisazione delle conclusioni ⁽²⁰⁾; parimenti, tale precisazione quantitativa potrebbe essere effettuata d'ufficio anche dal giudice,

¹⁷ Per questi ed ulteriori esempi cfr. LUISSO, *Diritto processuale civile*, vol. II, cit., p. 38.

¹⁸ BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, cit., pp. 265 ss., spec. 282; CHIARLONI, sub art. 183, in *Le riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 1992, p. 192.

¹⁹ V. però Trib. Milano, 25 giugno 1998, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1999, II, p. 709, per cui costituisce *mutatio libelli* la richiesta di condanna di pagamento di una somma maggiore rispetto a quella indicata in citazione.

²⁰ D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., pp. 223 ss pp. 239-240, secondo la quale si è di fronte ad una mera precisazione della domanda anche nel caso in cui la nuova qualificazione sia compiuta ai sensi della legge straniera a fronte di un'originaria qualificazione effettuata in base alla legge italiana ovvero ai sensi di un'ulteriore e diversa legge straniera rispetto a quella (straniera) presa in esame inizialmente da parte dell'attore, sempre che la modifica della domanda non comporti la necessità di allegare in giudizio nuovi fatti principali, potendosi allegare solo fatti secondari. Se, infatti, a seguito della riqualificazione sorge la necessità di allegare nuovi fatti costitutivi a fondamento della domanda eterodeterminata, si avrà *mutatio libelli*. In giurisprudenza cfr. Cass., 12 giugno 2013, n. 14763, in *Foro it. Rep.*, 2013, voce *Espropriazione per pubblico interesse*, n. 90; Cass., 8 maggio 2013, n. 10718, in *Foro it. Rep.*, 2013, voce *Separazione dei coniugi*, n. 106; Cass., 18 aprile 2013, n. 9453, in *Foro it.*, 2014, I, c. 913; Cass., 10 novembre 2003, in *Giur it.*, 2004, pp. 274 ss.; Cass., 9 aprile 2003, n.

senza ledere il principio della domanda o di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato ⁽²¹⁾.

Vi è, inoltre, chi ha ritenuto che l'attività di precisazione possa sostanziarsi nella variazione dei nessi di subordinazione tra le domande proposte ⁽²²⁾ ovvero nell'attribuzione di una diversa qualificazione giuridica dei fatti allegati, senza allegarne di nuovi ⁽²³⁾, sempre che tale riqualificazione non determini una modifica della situazione sostanziale dedotta in giudizio ⁽²⁴⁾.

Infine, per coloro i quali ritengono che il tipo di tutela processuale non contribuisca a identificare la situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio, costituisce una mera precisazione della domanda giudiziale il passaggio dalla richiesta di tutela di condanna a quella di mero accerta-

5570, in *Foro it. Rep.*, 2003, voce *Espropriazione per pubblico interesse*, n. 201; Cass., 29 novembre 1993, n. 11791 in *Foro it. Rep.*, 1993, voce *Espropriazione per pubblico interesse*, n. 259.

²¹ In questi termini anche D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 223, nota 27, la quale rileva che, in base alla lettura fatta propria da Chiarloni e Balena, «l'inciso di cui all'art. 183, 5° comma, ultima parte, cod. proc. civ., non avrebbe valenza preclusiva».

²² CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. prov., sez. civ.*, IV ed., VII, Torino, 1991, pp. 45 ss., spec. p. 93.

²³ Nel caso in cui la diversa qualificazione della fattispecie giuridica sia accompagnata dall'allegazione di nuovi fatti costitutivi si avrà modifica della domanda giudiziale. In argomento cfr. Cass., 19 giugno 2015, n. 5200, in *DeJure*; Cass., 27 luglio 2009, n. 17457, in *Foro it. Rep.*, 2009, voce *Procedimento civile*, n. 191; Cass., 8 ottobre 2007, n. 21017, in *Foro it. Rep.*, 2007, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 80. In dottrina v. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., pp. 226 ss., spec. nota 34; GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958, pp. 69-70.

²⁴ Va osservato che si tratta di attività che può essere compiuta anche dal giudice, in forza del noto principio *jura novit curia*: ORIANI, *Eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, cit., c. 27; BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, cit., p. 282; CHIARLONI, sub art. 183, cit., p. 192; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., pp. 88-89; GAMBÀ, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, 2008, p. 70; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, Milano, 1987, pp. 243 ss.; D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, pp. 239 ss., spec. nota 50, la quale tuttavia osserva che, in taluni casi, né il giudice né le parti possono modificare la qualificazione giuridica attribuita alla richiesta di tutela con l'atto introduttivo; ciò accade quando le norme sulla giurisdizione o sulla competenza o sul rito applicabile limitano il potere di sussunzione del giudice. Con riferimento ai problemi connessi al c.d. rito Fornero v. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, in *Riv. ital. dir. lav.*, 2013, pp. 251 ss.; PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella L. 28 giugno 2012, n. 92: brevi note sul nuovo rito in materia di licenziamenti*, in *Riv. ital. dir. lav.*, 2013, I, pp. 339 ss.

mento, sempre che resti invariata la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio; ciò in quanto si tratterebbe di una riduzione quantitativa del tipo di tutela processuale richiesta passando dal *quid plus* (la domanda di condanna che in sé presuppone la richiesta di accertamento del diritto vantato in giudizio) al *quid minus* (la domanda di mero accertamento) ⁽²⁵⁾.

Da ultimo, si rileva che vi è un'unanimità di consensi circa il fatto che l'atto o il verbale da quale risulta che la parte abbia precisato la domanda giudiziale non deve essere notificato al contumace ai sensi dell'art. 292 c.p.c. ⁽²⁶⁾.

²⁵ In questo senso cfr. SASSANI, sub art. 189 c.p.c., in CONSOLO-LUISSO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, pp. 208 ss., spec. 2010; BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, p. 280; GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, cit., pp. 134 e 221. Per un approfondimento del tema cfr. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., pp. 227 ss., testo e nota 35, anche per riferimenti alla dottrina e giurisprudenza tedesca, la quale, muovendo dalla concezione per cui l'oggetto del processo di condanna consiste in un credito esigibile, ha ritenuto una mera precisazione della domanda giudiziale l'ipotesi in cui l'attore affermi di essere titolare di un credito esigibile domandandone il mero accertamento e poi alla prima udienza muti la sua richiesta in condanna (p. 229); GIORGETTI, *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*, Torino, 2008, pp. 119 ss. In giurisprudenza v., tra le tante, Cass., 20 febbraio 2013, n. 4184, in *Foro it., Rep.*, 2014, voce *Procedimento civile*, n. 113. Sul fatto che il passaggio dalla tutela costitutiva a quella di mero accertamento o di condanna (o viceversa) costituisca un'ipotesi di *emendatio libelli*, e mai una mera precisazione, vi è consenso unanime. Sul punto v. per tutti GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, cit., pp. 135 ss.; D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., pp. 228 ss., la quale rileva che il passaggio dall'una all'altra azione costituisce *emendatio libelli* in quanto determina sempre l'allegazione di nuovi fatti costitutivi.

Al contrario, per coloro i quali il *petitum* immediato contribuisce a identificare il diritto dedotto in giudizio, differenziando così la tutela di mero accertamento da quella condannatoria, il passaggio dall'una all'altra non costituisce una precisazione della domanda, bensì di una sua modifica (c.d. *emendatio libelli*). Sugli orientamenti dottrinali in materia di oggetto del processo di mero accertamento e di condanna, e sul valore del *petitum* immediato cfr. paragrafo 5 del capitolo III.

²⁶ Cfr. per tutti Cass., 23 ottobre 1995, n. 10998, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 10, secondo cui «al contumace devono essere notificate le domande nuove e non anche quelle che costituiscono la semplice precisazione e modificazione consentite ex art. 183 c.p.c. delle domande originariamente proposte e debitamente notificate».

5. *Emendatio e mutatio libelli nella ricostruzione della dottrina e della giurisprudenza antecedente alla sentenza delle Sezioni Unite n. 12310 del 15 giugno 2015. Il discrimen tra i due istituti consiste nella variazione quantitativa degli elementi oggettivi di individualizzazione della situazione sostanziale dedotta in giudizio*

È principio ormai consolidato – sul quale non è possibile indugiare in questa sede – quello in forza del quale è ammessa l’*emendatio libelli* nei limiti temporali previsti dalla legge mentre è di regola considerata vietata la *mutatio libelli*, salvo i casi in cui, vuoi per il diritto sostanziale ⁽²⁷⁾, vuoi per il diritto processuale ⁽²⁸⁾, è espressamente riconosciuto dal legislatore lo *ius variandi* ⁽²⁹⁾.

Non è, invece, sempre chiaro quando si è in presenza di una fattispecie di modifica ammissibile della domanda ovvero di mutamento vietato della stessa ⁽³⁰⁾, e tale difficoltà è acuita dall’assenza di criteri distin-

²⁷ Per un approfondimento si rinvia al paragrafo 8 di questo capitolo.

²⁸ Il riferimento è all’art. 183, comma quinto, prima parte, c.p.c. che – come già si è detto – riconosce all’attore la possibilità di proporre, alla prima udienza, la c.d. *reconventio reconventionis*. Per un approfondimento cfr. paragrafo 7 di questo capitolo.

²⁹ Si è soliti affermare che le parti non hanno facoltà di proporre domande che potevano essere esperite con l’atto di citazione o con la comparsa di risposta (salvo quanto eccezionalmente previsto dall’art. 183, comma quinto, c.p.c.) mentre ad esse è consentito precisare e modificare le domande, eccezioni e difese: Cass., 28 gennaio 2015, n. 1585, in *Foro it., Rep.*, 2015, voce *Appalto*, n. 3; Cass., 20 luglio 2012, n. 12621, in *Foro it., Rep.*, 2012, voce *Procedimento civile*, n. 197; Cass., 27 luglio 2009, n. 17457, cit.; Cass., 25 giugno 2008, n. 17300, in *Foro it., Rep.* 2008, voce *Lavoro e previdenza* (controversie), n. 95; Cass., 2 settembre 2005, n. 17699, in *Foro it., Rep.*, 2006, voce *Procedimento civile*, n. 214; Cass., 18 marzo 2003, n. 3991, in *Foro it., Rep.*, 2003, voce *Procedimento civile*, n. 233. In dottrina v. per tutti VULLO, *Sull’ammissibilità di domande nuove nel corso del processo ordinario di cognizione di primo grado*, in *Studium Iuris*, 2002, pp. 317 ss.

³⁰ Osserva ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III ed., Napoli, 1960, p. 80, che secondo la logica e il lessico comune non vi è differenza tra «modificazione» e «mutamento». In questi termini anche Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310 (su cui v. ampiamente *infra*), secondo cui «non ha alcuna consistenza ontologica paranormativa la pretesa differenza linguistica tra “mutamento” e “modifica” da alcuni sostenuta sulla falsariga del binomio *emendatio-mutatio libelli*, posto che nella lingua italiana i verbi modificare e mutare (come anche, ad esempio, cambiare), utilizzati con riferimento ad una cosa, risultano sinonimi se intesi nel significato di “trasformare”, e lo sono sostanzialmente anche se intesi nel significato di “sostituire”, se non per la sfumatura che, nel caso di modifica, potrebbe trattarsi solo di una “sostituzione – mediante – trasformazione”, nel senso in cui si può dire, ad esempio, che la domanda (come modificata)

tivi unanimemente condivisi, nonché dall'incertezza derivante dalle pronunce giurisprudenziali eterogenee⁽³¹⁾. Inoltre, come già si è avuto modo di osservare nel capitolo precedente, l'ambiguità insita nella nozione di *causa petendi* e in quella di fatto costitutivo non è di ausilio ai fini dell'individuazione del *discrimen* tra modifica e mutamento della domanda giudiziale⁽³²⁾.

In tale contesto, la giurisprudenza – seguita da una parte della dottrina⁽³³⁾ – ha storicamente ricostruito i confini tra *emendatio* e *mutatio*

sostituisce la precedente oggetto di modifica». Tale concezione è coerente con la ricostruzione operata dalla S.C. nella menzionata sentenza secondo cui si ha modifica ammissibile della domanda nel caso in cui la domanda nuova si sostituisca a quella originaria, mentre si ha mutamento vietato allorché la nuova e diversa domanda si aggiunge a quella inizialmente proposta. Su questi temi si rinvia al paragrafo 6 che segue.

³¹ Così GARBARRINI, *Osservazioni in tema di modifica della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, pp. 1255 ss., la quale ha rilevato che le difficoltà interpretative in tema della modifica della domanda deriverebbero, in gran parte, dall'assenza di opinioni consolidate in tema di oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato. Cfr. anche GAMBA, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, cit., pp. 91 ss., la quale rileva che la giurisprudenza fa talvolta utilizzo di ampie formule di stile, difficilmente interpretabili, quali quella di «tema di indagine completamente nuovo» la cui introduzione in giudizio con una nuova domanda determina *mutatio libelli* (tra le pronunce in cui si parla di «tema di indagine» v., tra le tante, Cass., 28 gennaio 2015, n. 1585, cit.; Cass., 15 novembre 2013, n. 25764, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, in un caso in cui alla domanda di risarcimento del danno da colpa medica per errore nell'esecuzione di un intervento chirurgico l'attore ha aggiunto quella di risarcimento del danno derivato dall'inadempimento del medico al dovere di informazione, necessario per ottenere un consenso informato; Cass., 5 giugno 2012, n. 8989, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 6, 730; Cass., 27 luglio 2009, n. 17457, cit.; Cass., 8 ottobre 2007, n. 21017, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 10). In argomento v. anche S. RICCI, *I nuovi confini del binomio mutatio-emendatio libelli come ridisegnati dalla Corte di cassazione a sezioni unite del 2015*, in *www.judicium.it*, p. 5.

³² Cfr. il paragrafo 3.2.2 del capitolo III, nonché il paragrafo 7 del capitolo II. Di tali difficoltà sembra essersi accorta la Corte di cassazione nella nota sentenza n. 12310/2015 (su cui v. ampiamente il paragrafo 6 che segue), laddove si legge che l'utilizzo di formule brevi e icastiche (come quelle di *mutatio libelli*, *emendatio libelli*, *petitum*, *causa petendi*) «può servire a semplificare la comunicazione ed a favorire il richiamo convenzionale di concetti»; tuttavia deve trattarsi di formule che abbiano «un indiscusso retroterra concettuale, essendosene previamente stabilito in modo convenzionale ed inequivoco il significato, mentre il richiamo a termini il cui significato oscuro serve solo ad aumentare la confusione ed a favorire l'ambiguità concettuale nonché la pigrizia esegetica, inducendo a cedere alla tentazione sbrigativa e autoritaria della “formuletta” che, ripetuta acriticamente ed in rapporto a situazioni eterogenee, finirebbe in ogni caso [...] per usurarsi. È questo certamente il caso della nota coppia retorica emendatio/mutatio libelli».

³³ In dottrina, riconducono la *mutatio libelli* all'alterazione sostanziale dei fatti posti a fondamento della domanda: CARRATTA, *Art. 112*, in CARRATTA-TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile a cura di Sergio Chiarloni*, Bologna, 2011, pp. 92

libelli in base all'alterazione degli elementi identificativi dell'azione o, più precisamente, all'alterazione quantitativa dei fatti storici dedotti in giudizio con la domanda e posti a fondamento della decisione. È infatti massima costante quella in forza della quale «si realizza la *mutatio libelli* quando si avanzi una pretesa oggettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un *petitum* diverso e più ampio oppure una *causa petendi* fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima e particolarmente su un fatto costitutivo radicalmente differente, di modo che si ponga un nuovo tema di indagine e si spostino i termini della controversia, con l'effetto di disorientare la difesa della controparte ed alterare, in tal modo, il regolare svolgimento del processo; si ha, invece, semplice *emendatio* quando non si incida sulla *causa petendi*, sicché risulti modificata soltanto l'interpretazione o qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto, oppure sul *petitum* nel senso di ampliarlo o limitarlo per renderlo più idoneo al concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa fatta valere»⁽³⁴⁾.

È noto che l'alterazione della *causa petendi* comporta un mutamento della domanda solo allorquando sia dedotto in giudizio un diritto c.d. eteroindividuato. Siccome, in siffatte ipotesi, la fattispecie costitutiva ha valore individualizzante, la variazione/introduzione, da parte dell'attore, di diversi fatti costitutivi comporta un mutamento della situazione

e 111 ss.; MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, XXIII ed., vol. II, Torino, 2014, pp. 87 ss.

³⁴ Questo orientamento giurisprudenziale è seguito – mutuando le espressioni della Corte di cassazione nella sentenza n. 12310/2015 – dalla giurisprudenza «univoca e tetragona» o anche «granitica». Cfr., tra le tante: Cass., 24 aprile 2015, n. 8394, in *Guida dir.*, 2015, 32, 77; Cass., 28 gennaio 2015, n. 1585, cit.; Cass., 30 ottobre 2013, n. 24486, in *Foro it., Rep.*, 2013, voce *Procedimento civile*, n. 200; Cass., 30 agosto 2013, n. 19958, in *Foro it.*, 2014, I, c. 884; Cass., 29 maggio 2013, n. 13446, in *Foro it., Rep.*, voce *Procedimento civile*, n. 126; Cass., 26 luglio 2012, n. 13269, in *Foro it., Rep.*, 2012, voce *Procedimento civile*, n. 196; Cass., 20 luglio 2012, n. 12621; Cass., 19 aprile 2010, n. 9266, in *Foro it.*, 2010, cc. 3406; Cass., 28 marzo 2007, n. 7579, in *Foro it., Rep.*, 2007, voce *Procedimento civile*, n. 215; Cass., 28 giugno 2006, n. 14961, in *Foro it., Rep.*, 2006, voce *Appello civile*, n. 5; Cass., 12 aprile 2005, n. 7524, in *Foro it., Rep.*, 2005, voce *Procedimento civile*, n. 206; Cass., 28 luglio 2005, n. 15885, in *Giust. civ.*, 2006, I, cc. 1551 ss.; Cass., 11 marzo 2004, n. 5006, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce *Appello civile*, n. 57. In questi termini v. anche Cass., 30 agosto 2013, n. 19958, in *Foro it.*, 2014, I, c. 884; Cass., 20 luglio 2012, n. 12621, cit.; Cass., 19 aprile 2010, n. 9266, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3406; Cass., 27 luglio 2009, n. 17457, cit.

sostanziale oggetto del processo e, quindi, un'inammissibile *mutatio libelli* ⁽³⁵⁾.

Al contrario, nel caso di domanda autodeterminata, non essendo la fattispecie costitutiva elemento individualizzante del diritto dedotto in giudizio, la modifica della *causa petendi* non determina un mutamento vietato della domanda originaria ⁽³⁶⁾. Del pari, anche il giudice potrà rile-

³⁵ Salvo che non si tratti di un caso di mutamento della domanda giudiziale ammessa perché avente ad oggetto un diritto sì diverso ma incompatibile o concorrente con quello dedotto in giudizio originariamente, come recentemente statuito da Cass., sez. un., nella sentenza n. 12310/2015 (su cui v. ampiamente *infra*). In giurisprudenza cfr. anche Cass., 23 aprile 2004, n. 7766, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, in relazione ad una domanda di responsabilità verso l'amministratore di una società, originariamente fondata su fatti colposi per *mala gestio* e successivamente modificata deducendo l'appropriazione di fondi societari da parte dell'amministratore; Trib. Milano, 28 febbraio 2002, in *Giur. it.*, 2004, 1, p. 87, in ordine ad una domanda di risarcimento dei danni per diffamazione a mezzo stampa con allegazione in corso di causa di due ulteriori episodi di responsabilità; Trib. Napoli, 9 aprile 2004, in *Giur. mer.*, 2004, 10, I, 1994, nel caso di modificazione della domanda di rendiconto inizialmente basata sul mandato e successivamente sulla *negotiorum gestio*.

³⁶ In dottrina v., tra i tanti: FERRONI, «Mutatio» ed «emendatio libelli» nel processo civile di rito ordinario, in *Giust. civ.*, 1986, II, pp. 89 ss.; MONTESANO, *Innovazione per la prima volta in appello dell'usucapione a fondamento di un'azione di rivendica. Osservazioni in tema di «ius novorum» e di mutamento della «causa petendi»*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, II, pp. 112 ss. In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310 (su cui v. ampiamente *infra*); Cass., 21 gennaio 2013, n. 1370, in *Giur. it.*, 2013, pp. 2600 ss., nonché in *NGCC*, 2013, pp. 475 ss., con nota di RUSSO, *Sui rapporti tra diritti autodeterminati e divieto di res nova in appello*; Cass., 19 dicembre 2011, n. 27251; Cass., 24 novembre 2010, n. 23851, in *Foro it., Rep.*, 2010, voce *Procedimento civile*, n. 255; Cass., 5 novembre 2010, n. 22598; Cass., 16 maggio 2007, n. 11293, che ha ammesso il mutamento nel corso del giudizio dell'usucapione ordinaria in usucapione abbreviata a fondamento del diritto di proprietà; Cass., 21 novembre 2006, n. 24702, in *Foro it., Rep.*, 2006, voce *Procedimento civile*, n. 231; Cass., 7 dicembre 2005, n. 26973, ove, in una causa in materia di accertamento del diritto di servitù di passaggio, è stata consentita l'allegazione del titolo "destinazione del padre di famiglia" in luogo del contratto; Cass., 10 dicembre 2004, n. 23086, secondo cui costituisce modifica ammissibile il passaggio dalla domanda di rivendica a quella di restituzione perché, pur avendo *petita* e *causae petendi* differenti, sono dirette al medesimo risultato pratico; Cass., 4 marzo 2003, n. 3192, in *Arch. Civ.*, 2004, pp. 83 ss.; Cass., 30 dicembre 2002, n. 18370, per cui l'allegazione, nel corso del giudizio di rivendicazione, di un diverso titolo (nella specie usucapione in luogo del contratto), costituisce un'integrazione delle difese sul piano probatorio, e non una *mutatio libelli*. Nella giurisprudenza di merito cfr. App. Milano, 2 luglio 2014; Trib. Mantova, 25 giugno 2012, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza, 12 settembre 1998, in *Giur. mer.*, 1998, p. 755.

Contra, in dottrina: DELLA PIETRA, *La patologia della domanda giudiziale*, Roma, 2012, pp. 80 ss., secondo il quale l'attore deve indicare tutti i possibili fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio con la domanda giudiziale, salvo poi precisare che l'omissione non è sanzionata con la nullità della citazione ex art. 164 c.p.c.; SASSANI, *Di modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, pp. 883 ss., per il quale non è possibile passare da un titolo costitutivo ad un altro se ciò comporti

vare i fatti costitutivi del diritto *de quo agitur* diversi rispetto a quelli allegati dall'attore con la domanda giudiziale, senza con ciò violare il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato *ex art. 112 c.p.c.*, sempreché tali fatti risultino dagli atti di causa e non siano, invece, acquisiti dal giudice *aliunde* facendo uso della sua scienza privata ⁽³⁷⁾.

Una parte della dottrina ha osservato come il criterio giurisprudenziale sopra descritto, per cui si ha una domanda nuova (inammissibile) ogniqualvolta l'attore modifichi, in corso di causa, gli elementi di identificazione dell'azione, sia «scarsamente affidabile all'atto pratico» e «non è corretto sul piano dogmatico» in quanto gli elementi di individuazione della domanda hanno valore strumentale per l'individuazione della situazione sostanziale dedotta in giudizio, e la variazione degli stessi comporta una diversità della domanda solo se contestualmente alla modifica di tali entità si realizza anche un mutamento della situazione sostanziale oggetto del giudizio, e con essa del bene della vita rivendicato dalla parte ⁽³⁸⁾. Se il bene contestato non muta, allora la domanda è identica. Se, al contrario, per effetto dell'attività emendativa, la parte introduce in giudizio un diritto sostanziale diverso da quello azionato con la domanda originaria e rivendichi un bene giuridico diverso rispetto a quello cui si indirizzava l'atto introduttivo, allora si ha *mutatio libelli* ⁽³⁹⁾.

La necessità di superare questo criterio rigido di distinzione tra le ipotesi di *mutatio libelli* e quelle di mera *emendatio libelli* ha indotto la

una lesione del principio del contraddittorio o di quello di parità delle armi; CARRATTA, *Art. 112*, in CARRATTA-TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile a cura di Sergio Chiarloni*, cit., pp. 117 ss., il quale, muovendo dalla convinzione per cui tutte le domande devono contenere il riferimento ai fatti costitutivi per consentire l'espletamento del diritto di difesa da parte del convenuto, osserva che tale finalità sarebbe frustrata se si consentisse all'attore di modificare questi fatti in corso di causa, indicando alla base della domanda un titolo completamente diverso da quello originariamente indicato.

³⁷ Sul punto cfr. anche paragrafo 7 del capitolo II.

³⁸ MOTTO, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, cit., pp. 1040-1041, il quale aggiunge che «le variazioni che possano interessare, in diverse quantità e misure, gli elementi della domanda giudiziale non rilevano in sé, bensì nella misura in cui ad esse corrisponda, nel senso indicato, un mutamento dell'oggetto del processo».

³⁹ Cfr. sempre MOTTO, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, cit., pp. 1040-1041.

giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione a un ripensamento della materia e, in particolare, dei confini tra i due istituti, come meglio di vedrà nel prossimo paragrafo.

6. La sentenza delle Sezioni Unite n. 12310/2015 e i nuovi confini tra emendatio e mutatio libelli. L'abbandono dei criteri giurisprudenziali rigidi e la valorizzazione dell'identità della «vicenda sostanziale ed esistenziale». La modifica della domanda è ammissibile quando (i) la domanda modificata si sostituisce (e non si aggiunge) a quella ab origine proposta; (ii) vi è identità della «vicenda sostanziale ed esistenziale» dedotta in giudizio; (iii) sono rispettati i principi del giusto processo, del contraddittorio e il diritto di difesa della controparte

Al fine di tracciare la linea di demarcazione tra gli istituti della *mutatio* ed *emendatio libelli* in una vicenda relativa alla modifica dell'originaria domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare *ex art. 2932 c.c.* in quella di accertamento dell'intervenuto trasferimento della proprietà del bene ⁽⁴⁰⁾, nella sentenza n. 12310 del 15 giugno 2015 ⁽⁴¹⁾ le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno proposto un'interpretazione innovativa dell'art. 183, comma quinto, c.p.c.

⁴⁰ Più precisamente la vicenda sottoposta all'esame della Suprema Corte è la seguente. Nel giudizio di primo grado instaurato dinanzi al Pretore di Bologna gli attori hanno proposto domanda costitutiva *ex art. 2932 c.c.*, assumendo di aver concluso con il convenuto un contratto preliminare di compravendita di un appezzamento di terreno; accordo rimasto inadempito in quanto il convenuto non si è presentato dinanzi al notaio per la conclusione del definitivo. Nella prima memoria *ex art. 183 c.p.c.*, gli attori hanno "modificato" la domanda originaria, chiedendo di dichiararsi l'avvenuto trasferimento della proprietà del medesimo bene sulla base del contratto (ri)qualificato come definitivo. Il Tribunale di Forlì ha accolto la domanda così come riformulata nella prima memoria e, in secondo grado, la Corte d'Appello di Bologna ha confermato la pronuncia del giudice di prime cure sostenendo che la domanda modificata costituisse una semplice specificazione della pretesa originaria, posto che il *thema decidendum* è rimasto circoscritto all'accertamento di uno strumento giuridico idoneo al trasferimento della proprietà, con sostanziale identità del bene richiesto e della *causa petendi*. Il soccombente ha quindi proposto ricorso per cassazione lamentando, *inter alia*, una violazione e falsa applicazione degli artt. 102, 112, 163 c.p.c. e 2932 e 1350 c.c. perché i giudici di appello avrebbero erroneamente – secondo l'interpretazione fornita dal ricorrente – ritenuto ammissibile la domanda dichiarativa come riformulata nella prima memoria benché diversa rispetto a quella introduttiva del giudizio.

⁴¹ Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Corr. Giur.*, 2015, pp. 961 ss., con nota adesiva di CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché*

(chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno; in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 807 ss., con nota adesiva di MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*; in *Foro it.*, 2015, I, cc. 3190 ss., con nota parzialmente adesiva di MOTTO, *Le Sezioni Unite sulla modificazione della domanda giudiziale* (dello stesso Autore v. anche *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*); in *Foro it.*, 2016, I, cc. 255 ss., con nota di CEA, *Tra "mutatio" ed "emendatio libelli": per una diversa interpretazione dell'art. 183 c.p.c.*; in *Giur. it.*, 2015, pp. 2101 ss., con nota di PALAZZETTI, *Ammissibilità dei nova ex art. 183, 5° comma*; in *www.judicium.it*, con nota adesiva di S. RICCI, *I nuovi confini del binomio mutatio-emendatio libelli come ridisegnati dalla Corte di cassazione a sezioni unite del 2015*, la quale osserva che la portata rivoluzionaria della sentenza delle S.U. è destinata a investire i margini di inammissibilità dei nova ex art. 345 c.p.c. Ha inoltre condiviso quanto statuito dalle Sezioni Unite nel 2015 anche D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., pp. 209 ss. e 264 ss. Sul tema v. anche L.P. COMOGLIO, *Modificazione della domanda, tutela effettiva ed economia dei giudizi (nuovi poteri per il giudice?)*, cit., pp. 653 ss.

Nella giurisprudenza successiva, hanno aderito al *dictum* delle Sezioni Unite del 2015: Cass., 12 gennaio 2017, n. 659, in *DeJure*, secondo cui la domanda ex art. 2932 c.c. proposta in appello non può ritenersi «nuova» ai sensi dell'art. 345 c.p.c. rispetto a quella di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo svolta in primo grado, «essendo comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in lite con la citazione»; in fattispecie diverse da quelle relative al passaggio dalla domanda ex art. 2932 c.c. a quella di accertamento dell'intervenuto effetto traslativo si vedano: Cass., 1 marzo 2016, n. 4051, in *Giur. it.*, 2016, 10, pp. 2150 ss., con nota adesiva di CARIGLIA, *La Corte di cassazione conferma il nuovo orientamento in tema di ammissibilità della domanda nuova*, ove si è affermato che, in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, il creditore può emendare la domanda di condanna al pagamento di una somma di denaro proposta in via monitoria, basata su un contratto di fornitura, con domanda di pagamento della medesima somma in forza di un contratto transattivo successivo al contratto di fornitura originario, sempreché la domanda modificata sia connessa alla vicenda sostanziale oggetto di causa (va precisato che, nella specie, non era stato allegato un nuovo fatto costitutivo, posto che l'accordo transattivo era stato prodotto già in sede monitoria ed ivi quindi era stato allegato il fatto della conclusione di tale contratto); Cass., 9 maggio 2016, n. 9333, in *Giur. it.*, 2016, 7, p. 1067 (s.m.), con nota critica di BOVE, *Individuazione dell'oggetto del processo e mutatio libelli*, in cui la S.C. ha negato la sussistenza di un'inammissibile *mutatio libelli* in appello per aver qualificato come prestazione contrattuale ciò che in primo grado era stata qualificata come ripetizione di spese a titolo di indebitato. Il particolare la Corte ha stabilito che, a parità di *petitum* mediato, la sostituzione del titolo giuridico postovi a fondamento (nel caso di specie, l'alternativa era tra corrispettivo e rimborso spese) non determina un mutamento della domanda, perché non si altera l'onere probatorio: ferma la *causa petendi* fatta valere dall'attore e il *petitum* immediato, cioè un provvedimento di condanna, nonché l'importo richiesto, è sempre onere del convenuto provare l'insussistenza di un inadempimento ex art. 1218 c.c. per causa a sé non imputabile.

In senso contrario v. però Cass., sez. lav., 10 maggio 2016, n. 9471, in *Giur. it.*, 2016, 7, p. 1607 (s.m.), con nota critica di BOVE, *Individuazione dell'oggetto del processo e mutatio libelli*, in cui la Cassazione ha affermato che nel rito del lavoro è possibile solo un'*emendatio libelli* (cfr. anche Cass., 1 luglio 2014, n. 14950, in *Il lavoro nella giur.*, 2014, 11, pp. 1022 ss. (s.m.), con nota di GUARNIERI). *Contra*: D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 209, nota, 7, la quale osserva che, aderendo alla tesi prospettata da Cass., n. 9471/2016, si otterrebbe un risultato «poco soddisfacente, in quanto si finisce per far dipendere i contorni della *mutatio* ed *emendatio* [...] non già da considerazioni di tipo sistematico ma, viceversa, da considerazioni di carattere empirico ossia dal rito che disciplina lo svolgimento del processo»

In tale sentenza, la Suprema Corte non si è limitata a rispondere ai quesiti formulati dal giudice remittente con l'ordinanza n. 2096 del 30 gennaio 2014 ⁽⁴²⁾, bensì ha ridisegnato i confini tra *ius variandi* e *ius ponitendi*, valorizzando l'ampia nozione di «identità della vicenda sostanziale ed esistenziale» ⁽⁴³⁾, in luogo del criterio, in precedenza adottato dalla giurisprudenza di legittimità, per cui la variazione quantitativa degli elementi oggettivi di individuazione della situazione sostanziale dedotta in giudizio avrebbe sempre comportato, di per sé, la diversità della domanda (*i.e.* il mutamento inammissibile della stessa).

Le Sezioni Unite hanno desunto l'effettiva portata della modificazione ammissibile e del mutamento inammissibile della domanda giudiziale *a contrario* dal riconoscimento espresso contenuto nell'art. 183, comma quinto, c.p.c. della possibilità per l'attore di proporre domande

⁴² Cass., ord., 30 gennaio 2014, n. 2096, in *Foro it., Rep.*, 2014, voce *Contratto in genere*, n. 386; in *Resp. civ. e prev.*, 2014, pp. 515 ss., con nota di MURONI, *A margine di due recenti ordinanze interlocutorie della Cassazione in tema di «mutatio libelli»* (quest'ultimo commento prende in esame anche Cass., ord., 9 agosto 2013, n. 19148, in *Foro it., Rep.*, 2014, voce *Contratto in genere*, n. 43, che ha rimesso alle Sezioni Unite il caso in cui l'attore, nel giudizio per adempimento contrattuale, abbia mutato la domanda originaria in quella di risoluzione *ex art.* 1453 c.c., chiedendo contestualmente il risarcimento dei danni per l'inadempimento).

⁴³ Hanno condiviso il nuovo orientamento della Corte di Cassazione anche D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 209 e 212, la quale afferma che «una siffatta ricostruzione, sebbene mostri qualche distrazione a livello argomentativo, ha l'indubbio pregio di valorizzare la vicenda sostanziale dedotta in giudizio a scapito del dato fattuale, *i.e.* la variazione quantitativa dei fatti giuridicamente rilevanti dedotti in giudizio, perseguendo così un significativo risultato sul piano dell'economia processuale». La «distrazione» cui l'Autrice fa riferimento consiste nel mancato coordinamento della nuova interpretazione della *emendatio libelli* con il disposto dell'art. 306 c.p.c. ai sensi del quale la rinuncia agli atti deve essere accettata da tutte le parti (p. 213): tale «distrazione», rileva l'Autrice, può essere risolta nel senso che, a differenza delle fattispecie di cui all'art. 306 c.p.c., nel caso di sostituzione della domanda originaria non si ha chiusura del processo, ma una sua prosecuzione sempre con riferimento alla medesima vicenda sostanziale (p. 215). Nello stesso senso anche S. RICCI, *I nuovi confini del binomio mutatio-emendatio libelli come ridisegnati dalla Corte di cassazione a sezioni unite del 2015*, cit., pp. 7 ss., spec. p. 8, in critica a MOTTO, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, in *Foro it.*, 2015, 10, pp. 3190 ss., per il quale un ulteriore motivo che dovrebbe indurre l'interprete a ritenere che il passaggio dalla domanda *ex art.* 2932 c.c. a quella di mero accertamento della proprietà vada inserito nel solco dell'*emendatio libelli* consiste proprio nel fatto che non è richiesta la rinuncia alla domanda originaria, la quale rimane appunto la stessa. In argomento v. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999, pp. 40-43, il quale rileva che la rinuncia a una delle azioni concorrenti esercitate cumulativamente non è assoggettata alla disciplina di cui all'art. 306 c.p.c. allorché la pronuncia resa sulla domanda non rinunciata sia idonea a precludere la riproposizione della domanda rinunciata.

nuove che siano conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni sollevate dal convenuto. Per tale via, si è sostenuto che sarebbero vietate tutte quelle domande nuove che si aggiungono a quella originaria, la cui proposizione, a differenza della *reconventio reconventionis* ex art. 183, quinto comma, c.p.c., non deriva dall'esigenza di replicare alle difese svolte dal convenuto nella comparsa di costituzione e risposta.

In altri termini, secondo le Sezioni Unite si ha un mutamento inammissibile della domanda allorquando la nuova domanda giudiziale va ad *aggiungersi* a quella originariamente proposta e con essa “convive”, dando vita a un processo oggettivamente cumulato⁽⁴⁴⁾; al contrario, si ha modifica ammissibile della domanda nel caso in cui, pur essendo variati gli elementi oggettivi di identificazione della situazione sostanziale dedotta in giudizio⁽⁴⁵⁾, la nuova domanda si *sostituisce* a quella iniziale, in quanto avente a oggetto un diritto incompatibile o in rapporto di alternatività con quello originariamente dedotto in giudizio, cosicché è impossibile l'accoglimento di entrambe⁽⁴⁶⁾. In tale ultimo caso – secondo la Corte

⁴⁴ Si avrà *mutatio libelli* nel caso in cui la nuova domanda si vada ad affiancare a quella originaria, come riconosciuto recentemente da Cass., 4 marzo 2016, n. 4305, in *Guida al dir.*, 2016, 20, 73. Si tratta di domande che vanno ad ampliare l'oggetto della cognizione del giudice ad un rapporto pregiudiziale o ad un diritto dipendente ed accessorio. Le domande destinate a cumularsi a quelle già proposte con l'atto introduttivo sono le domande: (i) di accertamento incidentale; (ii) riconvenzionali ad una domanda o eccezione altrui; (iii) accessorie o dipendenti (ad esempio, la domanda di interessi rispetto al capitale nelle obbligazioni di valuta, la domanda al risarcimento del danno ex art. 1224 c.c., la domanda di alimenti rispetto a quella di accertamento del rapporto di filiazione e così via). Non rientrano in questa categoria le c.d. domande consequenziali in senso stretto (la terminologia è mutuata da Cass., 11 novembre 1971, n. 3231, in *Foro it.*, 1972, I, c. 2580), le quali sono considerate un'esplicazione di ciò che è già virtualmente dedotto, difettano di autonomia rispetto alle domande principali e non estendono l'oggetto del giudicato (ad esempio, la domanda di restituzione del *praestatum* ai sensi dell'art. 1455 c.c. nel caso di risoluzione del contratto per inadempimento).

⁴⁵ Sotto questo profilo la sentenza delle Sezioni Unite è chiara: anche nelle domande modificate ammissibilmente è possibile che le modifiche incidano sugli elementi identificativi, vale a dire su *petitum* e/o *causa petendi*, senza che per ciò solo si abbia un mutamento vietato della domanda iniziale come invece ritenuto dalla giurisprudenza assolutamente dominante prima dell'arresto del 2015.

⁴⁶ V. però MOTTO, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, cit., cc. 3195 ss., il quale, pur condividendo la conclusione cui è giunta la S.C. nella sentenza n. 12310/2015, vale a dire il riconoscere come ammissibile il passaggio dalla domanda ex art. 2932 c.c. a quella di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo del diritto di proprietà (o viceversa), ne critica

– la «vicenda sostanziale ed esistenziale» dedotta in giudizio rimane la stessa, o comunque è a questa collegata, *i.e.* connessa, e le differenti fattispecie legali poste a fondamento delle due domande sono tra loro in rapporto di esclusione, di modo che una sola di esse può trovare applicazione⁽⁴⁷⁾.

La Corte di cassazione ha quindi chiarito che la differenza tra domande “nuove” e “modificate” non deve rinvenirsi nella mera alterazione quantitativa degli elementi di individuazione dell’azione, posto che «la modificazione della domanda ammessa *ex art.* 183 cod. proc. civ. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (“*petitum*” e “*causa petendi*”), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta»⁽⁴⁸⁾. Al contrario, il

la parte ricostruttiva, laddove la Corte sembra aver ricondotto il passaggio dall’una all’altra domanda nel solco della *mutatio libelli*, ciononostante ammissibile. L’Autore, infatti, predilige una qualificazione della fattispecie in termini di mera *emendatio*.

⁴⁷ CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande “complanari”: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, cit., pp. 968 ss., spec. p. 969, il quale, in realtà, aveva già proposto la soluzione fatta propria dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 12310/2015 in alcuni precedenti scritti: CONSOLO, *Preclusioni nel processo civile e preclusioni alla definizione del processo legislativo di riforma*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, pp. 765 ss., spec. p. 771, ove si legge che «occorre, finalmente, ammettere che anche domande nuove siano ammissibili dopo gli atti introduttivi, purché in prima udienza e, beninteso, a date condizioni: ovvero, eccezionalmente, perché la stessa legge civile (art. 1453 c.c.) o processuale (art. 345, 1° comma) le ammette a scelta dell’attore, oppure, nell’ambito della fisiologica capacità chiarificatrice della prima udienza, perché il giudice ne autorizza la proposizione accanto o al posto della domanda originaria in quanto valuta la innovazione frutto della dialettica processuale; ID., *La trattazione della fase introduttiva del processo: un primo bilancio nel (semi-)decennale*, in *Giur. it.*, 2001, pp. 1069 ss., spec. p. 1075, secondo il quale all’udienza *ex art.* 183 c.p.c. «credo che si possa consentire anche la proposizione di domande nuove», diverse dalla *reconventio reconventionis*, quali «domande che sono tecnicamente nuove per *causa petendi* e *petitum*, epperò attengono sostanzialmente allo stesso episodio socio-economico litigioso. Intendo riferirmi in linea di massima alle domande concorrenti che dovrebbero poter essere introdotte dall’attore alla prima udienza di trattazione anche quando non si tratti evidentemente di una mera precisazione o modificazione, ma tecnicamente di una *mutatio libelli* [...] nei casi in cui la legge civile o processuale le ammette a scelta dell’attore, o in quelli in cui la domanda nuova risulti il frutto della dialettica processuale».

⁴⁸ In questi termini si era già espressa una parte della dottrina secondo la quale «variazioni, anche significative, degli elementi oggettivi della domanda giudiziale non consentono, di per sé, di concludere per la ricorrenza di un’inammissibile *mutatio*», aggiungendo che il mutamento inammissibile della domanda ricorre solo nel caso in cui «per effetto delle attività compiute, sia sottoposta ad accertamento giurisdizionale una situazione giuridica diversa da quella dedotta con la domanda originaria» (MOTTO, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell’obbligo a*

discrimen tra i due istituti consiste nel fatto che le «domande modificate non possono essere considerate “nuove” nel senso di “ulteriori” o “aggiuntive”, trattandosi pur sempre delle stesse domande iniziali modificate – eventualmente anche in alcuni elementi fondamentali –, o se si vuole, di domande diverse che però non si aggiungono a quelle iniziali ma le sostituiscono e si pongono, pertanto, rispetto a queste, in rapporto di alternatività»⁽⁴⁹⁾.

La ricostruzione innovativa dei giudici di legittimità poggia su diversi argomenti di carattere testuale, logico-deduttivo e sistematico.

Il primo dato letterale – rilevano i giudici di legittimità – consiste nel fatto che l’art. 183, comma quinto, c.p.c., a differenza dell’omologa disposizione in materia di *nova* nel giudizio di appello, vale a dire l’art. 345 c.p.c.⁽⁵⁰⁾, non sancisce un espresso divieto di proporre nuove domande, e «solo una tecnica di decodificazione del *silentium legis* assai

contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell’avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?, cit., p. 1051).

⁴⁹ Osserva MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., p. 820, che la costruzione della modifica ammessa prospettata dalle Sezioni Unite «ne comprometterebbe assai la pratica utilità» nei casi in cui la scelta tra l’una domanda (quella originaria) e l’altra domanda (quella successivamente proponibile purché nei limiti di cui all’art. 183 c.p.c. e in sostituzione della prima) si è resa incerta a causa di oggettive equivocità del testo negoziale. In tali casi – aggiunge l’Autrice – costringere la parte ad effettuare una scelta secca, alla prima udienza (o anche – si ritiene – nella prima memoria), consistente nel sostituire la domanda originaria «è poco ragionevole»; «l’incertezza non può che tradursi invece proprio nello «aggiungere» la «variazione», affidando la coerenza dell’impianto difensivo alla articolazione strettamente alternativa o subordinata delle due domande». Si aggiunge che, proprio con riferimento alla difficoltà di interpretare e qualificare il negozio giuridico come contratto preliminare di vendita ovvero come definitivo, si è formata una copiosa giurisprudenza che ha cercato di elaborare criteri-guida. Si è sostenuto che «l’elemento distintivo tra contratto definitivo e contratto preliminare di vendita è dato dalla volontà delle parti, che nel contratto definitivo è rivolta direttamente al trasferimento della proprietà o di altro diritto, mentre nel contratto preliminare fa dipendere tale trasferimento da una futura manifestazione di consenso che gli stessi contraenti si obbligano a prestare» (cfr., tra le tante, Cass., 18 aprile 2002, n. 5635, in *Cont.*, 2002, pp. 1096 ss., con nota di PISCITELLI; Cass., 7 luglio 1994, n. 6402, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 929).

⁵⁰ Il primo comma, prima parte, dell’art. 345 c.p.c. dispone che «nel giudizio di appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d’ufficio», con la precisazione che «possono tuttavia domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori, maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa». In argomento cfr. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d’ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 2, pp. 299 ss.; CAVALLINI, *L’eccezione «nuova» rilevabile d’ufficio nel giudizio d’appello riformato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 588 ss.

rozza consentirebbe di trarre conseguenze dalla mera assenza di un esplicito divieto» (⁵¹). L'art. 183, comma quinto, prima parte, c.p.c. – come già si è visto – si limita a individuare le attività di *ius variandi* consentite all'attore che sono reazione alle opzioni difensive del convenuto, ma non esclude l'ammissibilità di altre attività non specificamente indicate dalla norma. In altri termini, non è desumibile *a contrario* dall'art. 183 c.p.c. un divieto assoluto di proporre nuove domande che non siano diretta conseguenza delle difese avversarie.

Il secondo elemento letterale posto dagli ermellini a fondamento del proprio *revirement* consiste nel fatto che l'art. 189 c.p.c., nel consentire alle parti di «precisare» le conclusioni che intendono sottoporre al collegio prima che la causa sia rimessa in decisione, prevede esplicitamente che le conclusioni oggetto di attività di precisazione non sono solo quelle inizialmente formulate negli atti introduttivi, bensì anche quelle formulate ai sensi dell'art. 183 c.p.c. Da ciò consegue – secondo la Corte – che alla prima udienza di comparizione delle parti e di trattazione della causa, nonché nella prima memoria laddove abbia luogo l'appendice scritta, è possibile modificare le domande originariamente svolte, anche in maniera sensibilmente apprezzabile e quindi non limitata a mere qualificazioni giuridiche o a precisazioni di dettaglio.

Quanto agli argomenti logico-deduttivi e sistematici, i giudici di legittimità – muovendo dal presupposto secondo cui la distinzione tra precisazione della domanda, *mutatio* ed *emendatio libelli* non è sempre chiara e, anzi, talvolta si utilizzano termini stranieri e formule di stile in modo non del tutto appropriato (⁵²) – hanno ritenuto necessario fornire un'interpretazione dei suddetti concetti tale per cui non venisse svuotato il loro significato (⁵³). Rileva infatti la Suprema Corte che, se la precisazione della domanda, ammessa sino all'udienza di cui all'art. 189 c.p.c.,

⁵¹ In questi termini, Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, cit.

⁵² Si legge nella sentenza che occorre «“resettare” le pre-cognizioni in materia e sgombrare il campo di analisi da preconcetti e suggestioni – linguistiche prima ancora che giuridiche – soprattutto con riguardo ad espressioni sfuggenti ed abusate che hanno finito per divenire dei “mantra” ripetuti all'infinito senza una preventiva ricognizione e condivisione di significato».

⁵³ Che la modifica della domanda sia qualcosa di diverso rispetto al mutamento della stessa non vi sono dubbi. Sul punto riportiamo una perspicace osservazione di Carnelutti, formulata dall'Il-

consiste in una mera puntualizzazione e circoscrizione dei fatti allegati, senza che siano in alcun modo modificati gli elementi oggettivi e se, al contrario, la *mutatio libelli* impone necessariamente un'alterazione del *petitum* e/o della *causa petendi* della domanda originaria, la mera *emendatio* non può anch'essa risolversi, come invece ritenuto da una parte della giurisprudenza, in un'attività che non incide sul profilo oggettivo della domanda. Tale ricostruzione trova peraltro conferma nell'art. 183, comma sesto, n. 1) c.p.c. laddove prevede che la prima memoria è dedicata alla precisazione o modificazione delle difese svolte dalle parti nell'atto di citazione e nella comparsa di costituzione e risposta, con ciò facendo intendere che i due concetti sono distinti.

Inoltre, un ulteriore argomento logico-deduttivo è stato rinvenuto nel fatto che il processo civile ordinario di cognizione prevede che le parti possano chiedere, e il giudice concedere, le tre memorie di cui all'art. 183, sesto comma, c.p.c., la prima delle quali è dedicata – come noto – alla precisazione e modifica delle domande ed eccezioni formulate negli atti introduttivi. Ebbene, se tale atto fosse dedicato esclusivamente alla precisazione della domanda – attività che, lo si ribadisce, potrebbe essere compiuta anche successivamente, sino all'udienza di precisazione delle conclusioni – non si comprenderebbe per quale ragione il legislatore ha concesso a tal fine alle parti un termine così ampio (di addirittura trenta giorni) ⁽⁵⁴⁾.

lustre Autore nel lontano 1939, in un momento storico in cui la nozione di modifica della domanda non era ancora codificata nel codice postunitario del 1865, ma era elaborata dalla prassi giurisprudenziale. Scriveva Carnelutti: «la modificazione è un *tertium* tra la diversità e l'identità: la cosa modificata è e non è diversa dalla cosa come era prima della modificazione: è diversa perché è mutato alcuno dei suoi elementi; non è diversa perché è la cosa di prima che, scomparendo per modificarsi, si è trasformata in essa: direi che tra i due elementi della diversità e della identità, si insinua quello della continuità e li congiunge» (CARNELUTTI, *Modificazione e successione nella lite*, in *Foro it.*, 1939, IV, c. 193).

⁵⁴ Cfr. Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, cit., secondo cui, se la modifica ammissibile della domanda si risolvesse in una mera riqualificazione del fatto giuridico costitutivo inizialmente dedotto ovvero in modificazioni marginali, non sarebbe giustificata la previsione di un termine di trenta giorni per il deposito della prima memoria dedicata a precisazioni e modificazioni delle domande, eccezioni e conclusioni già formulate, nonché un ulteriore termine di trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dall'altra parte, per proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime. Osserva anche S. RICCI, *I nuovi confini del binomio mutatio-emendatio libelli come ridisegnati*

Ulteriore argomento, di carattere sistematico, su cui poggia la decisione del giugno 2015 attiene all'esigenza – particolarmente sentita dalla Suprema Corte – di interpretare l'art. 183, comma quinto, c.p.c. in ossequio ai principi costituzionali della ragionevole durata del processo, dell'economia processuale, dell'effettività della tutela giurisdizionale e della stabilità delle decisioni giudiziarie. L'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite risulta certamente rispettosa dei valori costituzionali succitati, posto che pare idonea a determinare un'incidenza positiva sui tempi generali della giustizia, in quanto astrattamente capace di favorire una soluzione della complessiva vicenda sostanziale ed esistenziale dedotta in giudizio in un unico processo, evitando così la proliferazione delle controversie sullo stesso tema ⁽⁵⁵⁾. Inoltre, tale ricostruzione esegetica non

dalla Corte di cassazione a sezioni unite del 2015, cit., p. 6, che le parti devono avere la possibilità di modificare, anche profondamente, le domande ed eccezioni nel contesto della prima memoria, «altrimenti lo scambio di memorie che si articola nel segmento di appendice scritta si ridurrebbe ad un “ping pong” sostanzialmente privo di senso». Aggiunge l'Autrice che «è più ragionevole pensare che un così considerevole lasso di tempo sia funzionale a permettere all'attore di porre in essere un' incisiva correzione del tiro, al fine di rendere il processo più rispondente ai suoi interessi». Va peraltro osservato che il sistema dell'appendice scritta all'udienza così come delineato dal legislatore nell'art. 183, comma sesto, c.p.c. induce talvolta il convenuto a non depositare la prima memoria ovvero a riscrivere in essa le conclusioni già contenute nella comparsa di costituzione, risolvendosi così in un atto ridondante e inutile.

⁵⁵ In dottrina, già in questo senso, MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1910, pp. 238 ss. Più recentemente: GAMBA, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, cit., pp. 155 ss., spec. pp. 172-173 e 244 ss.; GIORGETTI, *Il principio di variabilità dell'oggetto del giudizio*, cit., pp. 2, 85 e 89; MURONI, *Prima comparizione delle parti e trattazione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI e VACCARELLA, Torino, 2012, vol. III, t. I, pp. 284 ss., spec. pp. 310 ss. Per CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande “complanari”: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, cit., p. 973, l'ammissibilità della domanda complanare consente una riduzione globale dei tempi della giustizia, in quanto il giudice non dovrà perdere tempo a decidere una domanda ritenuta superata e, così, si eviteranno nuovi processi aventi ad oggetto la domanda alternativa. In generale, sull'esigenza di realizzare un equilibrio tra interessi coinvolti nella singola vicenda processuale e protezione degli interessi collettivi cfr. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 2, pp. 389 ss., il quale rileva che i fattori necessari per rendere il processo efficiente sono quello civile, quello delle risorse e, infine, quello culturale; ID., *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2008, pp. 1519 ss. Cfr. anche S. RICCI, *I nuovi confini del binomio mutatio-emendatio libelli come ridisegnati dalla Corte di cassazione a sezioni unite del 2015*, cit., p. 14, la quale afferma efficacemente che «occorre “spremere” il più possibile le risorse del processo già in moto, evitando un inutile dispendio di energie con la reiterazione dei giudizi relativi alla medesima lite».

incide, in senso negativo, nemmeno sulla durata complessiva del singolo procedimento, posto che la modifica della domanda giudiziale rimane comunque confinata entro il limite massimo della prima memoria *ex art. 183 c.p.c.*, quindi in una fase preliminare del giudizio. In ogni caso, va osservato che l'esigenza di concentrare, in un'unica controversia e dinanzi allo stesso giudice, tutte le questioni scaturenti da una medesima vicenda sostanziale ed esistenziale, oltre ad essere contemplata nelle disposizioni del codice di rito in materia di connessione e riunione dei procedimenti, è in linea con altre pronunce, pure recenti, delle Sezioni Unite in materia di ammissibilità della domanda risarcitoria contestualmente alla modifica dell'originaria domanda di adempimento del contratto in quella di risoluzione⁽⁵⁶⁾, di rilievo officioso della nullità del contratto nei giudizi di risoluzione del contratto⁽⁵⁷⁾ e di divieto del frazionamento del credito⁽⁵⁸⁾.

⁵⁶ Il riferimento è a Cass., sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510, in *Giur. it.*, 2014, pp. 1623 ss., con nota di D'ALESSANDRO, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla portata dell'art. 1453, 2° comma, c.c.* e con successiva nota di BRUGNOLI, *Ius variandi e risarcimento dei danni: la tutela unitaria del contraente fedele*; in *NGCC*, 2014, pp. 991 ss., con nota di FRANDA, *Cassazione torna sui suoi passi (ma fino ad un certo punto): l'ammissibilità della domanda risarcitoria e il limite dei fatti sopravvenuti*; in *Cont.*, con nota di DELLACASA, *Ius variandi e risarcimento del danno tra disciplina legislativa e regole giurisprudenziali*; in *NGCC*, 2014, I, pp. 991 ss., con nota parzialmente di FRENDA, *La Cassazione torna sui suoi passi (ma fino ad un certo punto): l'ammissibilità della domanda risarcitoria e il limite dei fatti sopravvenuti*.

⁵⁷ Cass., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Cont.*, 2012, pp. 874 ss., con nota di PAGLIANTINI, *La rilevanza officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "eppur si muove"*; Cass., 7 febbraio 2011, n. 2956; Cass., 15 aprile 2010, n. 9052; Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, in *Corr. giur.*, 2005, pp. 957 ss., con nota di MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c.: è vera svolta?*. Con riferimento a tutti i giudizi di impugnativa negoziale cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.

⁵⁸ Cfr. Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, cc. 1519 ss., con nota di CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, che ha ribaltato l'orientamento fatto proprio da Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, in *Giur. it.*, 2001, pp. 1143, con nota di CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale*, secondo cui è ammissibile la parcellizzazione dell'unico credito pecuniario in più domande proposte dinanzi ad un giudice diverso, e inferiore rispetto a quello competente per l'intero credito, purché il creditore si riservi espressamente, nel primo giudizio, di agire per il residuo. Posteriormente alla sentenza delle Sezioni Unite del 2007, il principio per cui la parcellizzazione dell'unitario credito configura un abuso del processo è stato ribadito da Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 26961, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 12, 1734; Cass., 22 dicembre 2011, n. 28286, in *Foro it.*, 2012, 10, I, c. 2813; Cass., 9 aprile 2013, n. 8576, in *Foro it.*, 2014, 3, I, c. 916, che stabilisce il divieto di frazionamento del credito anche in via esecutiva; Cass., 30 luglio 2014, n. 17420, in *DeJure*. In dottrina cfr. ASPRELLA, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari, 2005, pp. 19 ss.; BRUNIALTI, *Abuso del processo e credito solo parzial-*

Inoltre, la condivisibile soluzione prospettata dai giudici di legittimità non si pone nemmeno in contrasto con il diritto di difesa della controparte di colui che ha posto in essere l'attività emendativa per le stesse ragioni appena menzionate: l'attività di *ius poenitendi* deve essere compiuta, al più tardi, nell'ambito della prima memoria *ex art. 183*, comma sesto, c.p.c., sicché è sempre possibile per la controparte dedurre e formulare istanze istruttorie nei successivi termini dedicati al deposito della seconda e terza memoria (⁵⁹).

6.1. Le domande modificate ammissibilmente non si aggiungono a quelle inizialmente proposte, ma le sostituiscono, e si pongono rispetto a queste in rapporto di alternatività. Inoltre, esse devono riguardare la «medesima vicenda sostanziale ed esistenziale» dedotta in giudizio con l'atto introduttivo o comunque essere a questa collegata

Il principio di diritto espresso dalla Suprema Corte nella sentenza n. 12310/2015 è chiaro e giova ribadirlo: si ha una modifica ammissibile della domanda nel caso in cui (i) la domanda modificata si sostituisca a quella precedente, essendo alternativa ad essa; (ii) la situazione sostanziale ed esistenziale dedotta originariamente in giudizio rimanga la medesima o sia collegata a quella inizialmente dedotta in giudizio; (iii) siano

mente certo e liquido, in *Giusto proc. civ.*, 2013, pp. 173 ss.; BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010, pp. 100 ss.; VERDE, *Sulla «minima unità strutturale» azionabile nel processo (a proposito di giudicato e dottrine emergenti)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, pp. 573 ss.; RONCO, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del petitum di condanna fondato su un'unica causa petendi del nucleo comune, ammissibilità di domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. it.*, 1998, pp. 890 ss.; ATTARDI, *Frazionamento della domanda di danni ed estensione del giudicato*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, pp. 537 ss.; DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 335 ss.; CAPONI, *Ammissibilità della domanda giudiziale «frazionata» in più processi*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 1143 ss. In argomento cfr. anche GHIRGA, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, pp. 445 ss., spec. pp. 453 ss.; ID., *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso della domanda giudiziale*, Milano, 2004, spec. pp. 181 ss.; ID., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, p. 7, testo e nota 6.

⁵⁹ Nello stesso senso v. anche Trib. Palermo, 22 agosto 2016, in www.lanuovaproceduracivile.it.

rispettati i principi del giusto processo, il contraddittorio e sia garantito il diritto di difesa del convenuto.

Occorre a questo punto comprendere in cosa consista la «vicenda sostanziale ed esistenziale» la quale, se mantenuta «identica» o comunque «collegata» a quella inizialmente dedotta in giudizio, legittima la modifica della domanda giudiziale nei termini di cui all'art. 183 c.p.c. nonché in cosa consista il rapporto di alternatività tra domande a cui la Suprema Corte si riferisce per fondare il proprio assunto.

Quanto al concetto di «vicenda sostanziale ed esistenziale», va innanzitutto precisato che in dottrina si è anche parlato di «episodio socio-economico di fondo» ovvero di «episodio litigioso»⁽⁶⁰⁾. Il concetto di «vicenda sostanziale ed esistenziale» è sicuramente diverso, e più ampio, rispetto a quello di situazione sostanziale dedotta in giudizio dedotta in giudizio con la domanda giudiziale⁽⁶¹⁾ la quale – lo si ricorderà – costituisce l'oggetto del processo civile di cognizione.

Si ha certamente la medesima «vicenda sostanziale ed esistenziale» quando il diritto dedotto in giudizio non muta a seguito dell'attività emendativa. Ciò accade, per esempio, quando l'attore modifica la domanda semplicemente cambiando la qualificazione giuridica della situazione sostanziale dedotta in giudizio, cosicché quest'ultima non viene alterata e nemmeno l'oggetto del processo subisce una modifica. Si tratta, in questo caso, di una mera precisazione della domanda giudiziale originaria o, secondo la giurisprudenza e una parte della dottrina antecedenti alla sentenza delle Sezioni Unite n. 12310/2015, di una mera *emendatio libelli*.

Più complesso, invece, è individuare quando, a seguito all'attività emendativa, la situazione sostanziale ed esistenziale venga mutata nei

⁶⁰ CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, cit., p. 672, testo e nota 6, e p. 973.

⁶¹ Così PALAZZETTI, *Ammissibilità dei nova ex art. 183, 5° comma*, cit., p. 2105, la quale osserva che la «vicenda sostanziale ed esistenziale» cui si riferisce la S.C. è concetto diverso rispetto al *petitum* mediato o rispetto a quello immediato. L'Autrice prosegue poi affermando che, nel caso di specie affrontato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 12310 del 2015, «non è chiaro, però, se tale "medesima vicenda" consista nel trasferimento di proprietà o nel rapporto sinallagmatico tra le parti ovvero nel semplice diritto di proprietà su quel determinato immobile».

suoi elementi oggettivi di individualizzazione ma, ciononostante, sia «collegata» alla «vicenda sostanziale ed esistenziale» già oggetto di causa. La Corte di cassazione, con la più volte menzionata sentenza n. 12310/2015, al fine di individuare i caratteri di questo «collegamento», ha richiamato, da un lato, la nozione codicistica di connessione, evocando la fattispecie di connessione oggettiva per titolo *ex art. 33 c.p.c.* ⁽⁶²⁾, e, dall'altro lato, la nozione di “connessione per alternatività” ⁽⁶³⁾.

Quanto alla connessione per titolo, si afferma in dottrina che essa ricorre quando le due cause hanno in comune tra di loro la *causa petendi*, ovvero quando le situazioni sostanziali dedotte in giudizio con le due differenti domande hanno in comune il medesimo fatto costitutivo ⁽⁶⁴⁾. In prima approssimazione è allora possibile sostenere che il collegamento alla medesima vicenda sostanziale della domanda modificata si esaurisce nell'avere questa e la domanda originaria una fattispecie costitutiva composta da un nucleo di fatti storici comuni.

In particolare, nell'ipotesi di diritti concorrenti, le due domande (iniziale e modificata) hanno a oggetto due diritti certamente diversi, ma ciononostante finalizzati all'ottenimento del medesimo risultato pratico. Si parla, in proposito, di concorso semplice di diritti, che ricorre appunto quando due o più norme prendono in considerazione un certo complesso di fatti, e ciascuna di esse vi ricollega un determinato effetto giuridico ⁽⁶⁵⁾:

⁶² Connessione che dà luogo alla possibilità di un cumulo soggettivo *ex art. 103 c.p.c.*, a mente del quale «più parti possono agire o essere convenute nello stesso processo, quando tra le cause che si propongono esiste connessione per l'oggetto o per il titolo dal quale dipendono, oppure quando la decisione dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni». Quest'ultima è un'ipotesi di connessione c.d. impropria.

⁶³ In argomento cfr. anche Trib. Avezano, 16 gennaio 2017, in *Pluris*.

⁶⁴ È sufficiente, dunque, che le due domande abbiano in comune l'accadimento storico che concorre ad integrare la fattispecie comune di ciascun autonomo diritto.

⁶⁵ Per questa definizione v. per tutti MENCHINI(-MOTTO), sub *art. 2909 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Gabrielli, Torino, 2016, p. 100. Le figure di concorso si distinguono poi in concorso semplice, da una parte, e concorso alternativo o elettivo, dall'altra parte, a seconda che le situazioni giuridiche poste alla base abbiano o meno lo stesso contenuto. Il *concorso semplice* si realizza quando due diritti intercorrenti tra gli stessi soggetti attivo e passivo hanno ad oggetto la medesima prestazione e soddisfano lo stesso scopo economico unitario: i diritti sono autonomi ma funzionalmente collegati in quanto l'adempimento dell'uno estingue l'altro per la realizzazione del medesimo interesse tutelato (per questa definizione cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 341 ss.; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 191 ss.; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937,

i due diritti sono funzionalmente collegati alla medesima vicenda sostanziale ed esistenziale o – mutuando le parole di Consolo – si tratta di due domande, aventi a oggetto due diversi diritti, che viaggiano «*complanarmente* verso una meta sostanzialmente *unitaria*»⁽⁶⁶⁾.

Dal punto di vista processuale, il concorso semplice tra diritti comporta che ciascun diritto può essere fatto valere in giudizio con un' autonoma domanda giudiziale, il cui rigetto non impedisce all'attore soccombente di far valere l'altro diritto con diversa domanda, non operando il principio preclusivo del *ne bis in idem*⁽⁶⁷⁾, salvo che, ovviamente, il rigetto della domanda sia fondato su un motivo tale da escludere l'esistenza

pp. 165 ss.). Si ha concorso semplice, ad esempio, (a) tra pretesa restitutoria fondata sul diritto reale e quella fondata sul possesso (v. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 343; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960 (rist.), p. 335; in giurisprudenza cfr. Cass., 17 febbraio 2012, n. 2371, in *Giur. it.*, 2012, pp. 1379 ss., con nota di D'ALESSANDRO, *Brevi riflessioni intorno ai rapporti tra giudizio possessorio e giudizio petitorio*); (b) tra azione di rivendica e azione personale di restituzione fondata su un rapporto obbligatorio (MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 343; LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, p. 59; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 234); (c) tra azione cambiaria e azione causale (MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 344; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 336; LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, cit., pp. 58-59. *Contra*: CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 209 ss.; CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I. *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 240). Si ha concorso alternativo o elettivo, invece, quando due o più diritti hanno contenuto diverso e sono attribuiti in via alternativa al soggetto; essi trovano origine nel medesimo accadimento storico, sono posti a tutela del medesimo bene giuridico e sono diretti a soddisfare un unico interesse economico (v. sempre MENCHINI(-MOTTO), sub *art. 2909 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, cit., p. 101). Ipotesi di concorso alternativo o elettivo sono, ad esempio, i diversi rimedi accordati al contraente fedele in caso di inadempimento della controparte al contratto: risoluzione o adempimento *ex art. 1453*, comma primo, c.c., risoluzione o restituzione del prezzo nel caso di vizi della cosa venduta ai sensi dell'*art. 1492*, comma primo, c.c., eliminazione dei vizi o riduzione del prezzo nel contratto di appalto *ex art. 1668*, comma primo, c.c. In questi casi, la legge riconosce al soggetto diverse forme (alternative) di tutela, concedendo allo stesso la scelta tra l'una o l'altra, ferma restando l'impossibilità di realizzarle entrambe.

⁶⁶ CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, cit., pp. 968 ss., spec. p. 969.

⁶⁷ In giurisprudenza cfr. Cass., 30 giugno 2014, n. 14771, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, secondo cui il rigetto della domanda di restituzione di un bene per inesistenza, tra le parti, del contratto di comodato, non impedisce all'attore di agire in rivendica vantando il diritto di proprietà sulla medesima *res* nei confronti di colui che occupa la stessa *sine titulo*; Cass., 17 febbraio 2012, n.

del diritto concorrente (si pensi al caso in cui la domanda di rivendica sia stata rigettata perché il convenuto ha un titolo legittimo di godimento: tale pronuncia pregiudica anche la domanda fondata sul diritto personale di restituzione) ⁽⁶⁸⁾. Al contrario, l'accoglimento della domanda relativa a un diritto concorrente preclude la possibilità per l'attore di esperire una nuova domanda avente a oggetto l'altro diritto concorrente, non già – come nel caso di rigetto – in forza del principio del *ne bis in idem*, bensì per carenza di interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.* rispetto all'instaurazione del secondo giudizio sul diritto concorrente.

Il secondo tipo di connessione cui sembra essersi ispirata la Suprema Corte, vale a dire la “connessione per alternatività”, non si individua in ragione dei rapporti tra la domanda modificata e i fatti originariamente allegati con la domanda iniziale, bensì sulla base del legame tra le due domande (iniziale e modificata). La connessione per alternatività è qualificata in dottrina come *species* di connessione per incompatibilità, dalla quale solo si distingue perché quest'ultima è costituita da una relazione di incompatibilità fra la situazione sostanziale oggetto del giudizio originario e quella facente capo al terzo intervenuto o chiamato in causa ⁽⁶⁹⁾.

La nozione di connessione per incompatibilità è per vero molto ampia, potendosi ricondurre ad essa tutte le ipotesi in cui l'esistenza di una situazione sostanziale osta all'esistenza di un'altra situazione sostan-

2371, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 2, 181, ove si è affermato che il rigetto della domanda di rivendica per insussistenza del diritto di proprietà non preclude la possibilità di esperire la domanda di reintegrazione nel possesso.

⁶⁸ In argomento cfr. MENCHINI(-MOTTO), sub *art. 2909 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Gabrielli, cit., pp. 101-102 nota 228.

⁶⁹ Si pensi al caso in cui l'attore e il terzo intervenuto *ex art. 105 c.p.c.* si ritengano entrambi titolari di un medesimo diritto di credito nei confronti del convenuto principale, il primo invocando l'intervenuta cessione del credito da parte del terzo all'attore medesimo; il secondo adducendo l'invalidità dell'atto di cessione. È evidente che, dal punto di vista sostanziale, uno solo è il debito del convenuto principale: o il contratto di cessione del credito è valido, e allora il diritto è dell'attore; o il contratto *de quo* è invalido, e quindi il credito non è stato mai ceduto, sicché titolare è l'interventore. Tuttavia, pur essendo unico il debito, due sono i diritti eteroindividuati dedotti nel processo, e due sono quindi gli oggetti del processo. Sul punto v. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, pp. 253 ss., il quale ammette che le due domande possano essere proposte in cumulo alternativo.

ziale. Laddove tali situazioni soggettive facciano capo a uno stesso soggetto appare più corretto parlare di relazione di reciproca esclusione tra fattispecie. Si pensi al caso in cui l'attore agisce in giudizio chiedendo l'accertamento del suo diritto di proprietà su di un determinato bene e successivamente modifichi la domanda vantando, nei confronti dello stesso convenuto, un diritto reale minore di godimento rispetto allo stesso bene (per esempio l'usufrutto). Si tratta di una connessione tra due diritti che sorgono da due fattispecie giuridiche distinte e che si pongono, appunto, in rapporto di reciproca esclusione, perché legati da una relazione di specialità ovvero di esclusione.

Giova poi rilevare che autorevole dottrina, muovendo da una ricostruzione estesa di fatto costitutivo generatore e di oggetto del processo ⁽⁷⁰⁾, ha ritenuto che ogniquale volta le fattispecie legali poste a fondamento della domanda siano tra di loro in rapporto di esclusione la situazione sostanziale dedotta in giudizio rimane la stessa ⁽⁷¹⁾. In altri termini, se dall'applicazione delle differenti fattispecie legali il diritto non può che essere uno solo, allora anche la domanda è unica e la stessa subisce solo

⁷⁰ Sulla concezione del fatto costitutivo quale concreto episodio della vita individuato in base ad elementi naturalistici e liberato da riferimenti normativi cfr., seppur con importati differenze nelle rispettive ricostruzioni, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario a cura di E. Allorio*, I, 1980, pp. 208-209; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 248 ss. Per un approfondimento si rinvia al paragrafo 7, capitolo II.

⁷¹ Come sottolineato da MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., pp. 822 ss., questa dottrina ha posto al centro il criterio della «simultaneità». L'Autrice aggiunge che detto criterio «non riesce ad apparirmi decisivo», preferendo invece quello della diversità di «tipo» di diritto e di utilità giuridica assicurata, in quanto sul piano processuale, i diritti vengono dedotti come ipotetici, sicché l'unicità o meno delle affermate situazioni giuridiche sostanziali non può farsi dipendere dal fatto che, secondo il diritto sostanziale, la sussunzione in una o in altra fattispecie non importa la duplicazione dei diritti spettanti ad un soggetto. «Ciò che conta, sul piano processuale, è piuttosto se le ipotetiche affermazioni corrispondano a diritti diversi (anche se non suscettibili di coesistenza per il diritto sostanziale) in ragione della diversità dell'utilità giuridica assicurata dall'applicazione dell'una o dell'altra fattispecie legale e dunque del bene giuridico che la domanda mette in gioco nella lite». Ritengono, invece, che nessun valore possa essere attribuito al «tipo giuridico»: MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 232; MOTTO, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, cit., pp. 1055 ss.

una modifica. Questa dottrina ha quindi ampliato il numero delle fattispecie inquadrabili nel fenomeno del c.d. concorso di norme ⁽⁷²⁾, sulla base della considerazione che la situazione giuridica sostanziale è unica ogniqualvolta tra le diverse fattispecie astratte che sussumono la stessa vicenda della vita intercorra una relazione giuridica di esclusione, specialità, sussidiarietà, assorbimento o coincidenza cronologica ⁽⁷³⁾, tale per cui una sola di esse può operare nella fattispecie concreta ⁽⁷⁴⁾.

6.2. La domanda modificata ammissibilmente secondo quanto previsto dalle Sezioni Unite è pur sempre la stessa domanda iniziale, emendata anche sensibilmente, oppure è una domanda nuova, diversa da quella originaria, ciononostante ammessa perché alternativa/sostitutiva e attinente alla medesima vicenda sostanziale ed esistenziale?

Prima di concludere, si impone una notazione finale. Con la sentenza n. 12310/2015 la Suprema Corte ha, senza dubbio, definito le ipotesi in cui la domanda modificata è ammissibile, distinguendo tale fattispecie dai casi di mutamento della domanda non ammesso; ci sembra, tuttavia, che la Corte non abbia altrettanto chiarito se la domanda modificata ammissibilmente sia comunque una domanda nuova (ma, ciononostante, proponibile entro il termine della prima memoria perché alternativa/sostitu-

⁷² In questo senso v. anche CARIGLIA, *La Corte di cassazione conferma il nuovo orientamento in tema di ammissibilità della domanda nuova*, in *Giur. it.*, 2016, 10, pp. 2154 ss. È noto che il concorso di norme ricorre «quando lo stesso fatto può cadere sotto diverse norme, e si tratta di vedere quale è la norma applicabile» (CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965 (rist.), p. 288).

⁷³ Su queste relazioni cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 248 ss., nonché quanto si è detto nel capitolo III, paragrafo 3.2.2.

⁷⁴ Cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 248 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 386 ss., spec. pp. 404-405. *Contra*: CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 188 ss., spec. 191, il quale, al fine di stabilire se vi sia un'unica fattispecie o più fattispecie differenti, adotta il criterio dell'unità dell'effetto giuridico perseguito, per cui «se le molteplici sussunzioni confluiscono in tanti e separati effetti, poiché spiegano rilevanza staccata, plurimi sono i diritti affermati nel processo; se esse sono coordinate dalla legge ad un unico effetto, ugualmente unico è il diritto fatto valere».

tiva rispetto a quella originaria e relativa alla medesima vicenda sostanziale ed esistenza originariamente dedotta in giudizio) ovvero se sia pur sempre la stessa domanda iniziale, non identica perché emendata ⁽⁷⁵⁾. Rapportando il quesito al caso concreto esaminato dai giudici di legittimità, dobbiamo chiederci se la sostituzione della domanda di cui all'art. 2932 c.c. con quella di accertamento dell'intervenuto effetto traslativo costituisca un'ipotesi di *emendatio libelli* ammissibile in quanto tale ⁽⁷⁶⁾ ovvero di *mutatio libelli* comunque ammissibile in base alla nuova interpretazione fornita dal Supremo Collegio ⁽⁷⁷⁾.

⁷⁵ Il rilievo è di MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., pp. 821 ss.

⁷⁶ In questo senso MOTTO, *Le Sezioni Unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, cit., cc. 3194-3197, secondo il quale se «l'integrazione di una fattispecie esclude che possa operare l'altra [...] uno e unico è il diritto» (dello stesso Autore v. anche *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, cit., pp. 1040, 1056, 1057, 1062 e 1077, secondo il quale, nelle fattispecie in esame, «l'istante non deduce in giudizio, quale oggetto di accertamento, una situazione giuridica sostanziale diversa da quella individuata con l'atto introduttivo. [...] Pertanto, in primo grado, l'attore può liberamente, cioè a prescindere dalle difese del convenuto, affiancare al *petitum* costitutivo quello di mero accertamento (o viceversa), in sede di prima udienza ex art. 183 c.p.c. o nella prima memoria ex art. 183, 6° comma, c.p.c.» e nel far ciò egli potrà allegare nuovi fatti principali (p. 1064)); GAMBA, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, cit., pp. 248 ss.; GALANTI, *Sulla modifica della domanda tra mero accertamento e costituzione della proprietà*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 947; MURONI, *A margine di due recenti ordinanze interlocutorie della Cassazione in tema di «mutatio libelli»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, pp. 515 ss., secondo la quale si tratta di un mero concorso di azioni per la tutela del medesimo diritto soggettivo alla prestazione infungibile dell'altro contraente rimasto inadempiente in quanto «ciò che muta è davvero solo il tipo di provvedimento richiesto e con esso il tipo di azione, nell'un caso di accertamento dell'intervenuto effetto traslativo, nell'altro caso costitutivo-traslativo». L'Autrice osserva peraltro che a fondamento delle domande ricorre una relazione di esclusione o di incompatibilità, le domande traggono origine dal medesimo negozio e sono volte a soddisfare lo stesso «bene della vita», vale a dire lo stabile trasferimento della proprietà del bene (in questo senso v. sempre MURONI, *Prima comparizione delle parti e trattazione della causa*, cit., pp. 311 ss.).

⁷⁷ Nel senso che la domanda di accertamento dell'effetto traslativo prodotto dal contratto definitivo sostituita a quella di cui all'art. 2932 c.c. costituisca, comunque, domanda nuova v. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., pp. 816 ss., spec. 821 ss., la quale osserva che «la soluzione della pluralità di diritti e di domande continua ad apparirmi pertanto la soluzione corretta nei casi in cui alla pluralità di fattispecie legali alternativamente applicabili corrisponda la diversità dell'utilità giuridica da esse assicurata», come nel caso della realizzazione costitutiva degli effetti del contratto definitivo in luogo del riconoscimento dell'intervenuto effetto traslativo; CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande «complanari»: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, cit., pp. 969 ss.; ID., voce *Domanda*

Da una lettura complessiva della sentenza, per vero, gli ermellini sembrano aver propeso per quest'ultima ipotesi: si afferma chiaramente nella decisione che la domanda costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. e quella di mero accertamento del diritto reale hanno diversi fatti costitutivi, nonché differenti *petita* mediato e immediato. Tuttavia, qualche incertezza si riscontra in quella parte della sentenza in cui si legge che si tratta «pur sempre delle *stesse domande* iniziali modificate», facendo quindi propendere per una ricostruzione in chiave di mera *emendatio libelli*, salvo poi aggiungere che, «se si vuole», esse consistono in «*domande diverse*», lasciando celatamente intendere, dunque, che siamo dinanzi a una vera e proprio *mutatio libelli*.

La questione, come ovvio, non riguarda solo il caso concreto sottoposto all'attenzione degli ermellini, vale a dire la sostituzione della domanda costitutiva di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre con quella di mero accertamento del trasferimento della proprietà su di un bene; bensì è (e sarà) rilevante anche in casi affini, ogniquale volta venga fatta applicazione dell'arresto delle Sezioni Unite nel 2015 ⁽⁷⁸⁾.

Giova evidenziare che l'alternativa tra domanda nuova o modificata non ha valore esclusivamente teorico in quanto – come acutamente osservato da Merlin ⁽⁷⁹⁾ – essa incide sui limiti oggettivi del giudicato e, in particolare, sulla possibilità di instaurare un nuovo giudizio nel caso di rigetto della domanda ⁽⁸⁰⁾. Inoltre, siffatta distinzione influisce anche

giudiziale, cit., p. 85; ID., *I nuovi artt. 180-183 e 184: una prima diagnosi sul nuovo rito «concentrato» ed «elastico»*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1617; ID., *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, pp. 400-401; CARRATTA, *Art. 112*, in CARRATTA-TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 114; GIORGETTI, *Il principio di variabilità dell'oggetto del giudizio*, cit., pp. 12 ss.; GUARNIERI, *Domanda di arricchimento e «mutatio libelli»*, cit., p. 639.

⁷⁸ Sul punto cfr. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., p. 826, testo e nota 26, la quale individua tra i casi in cui potrà trovare applicazione il *dictum* delle Sezioni Unite quello del passaggio dalla domanda relativa al diritto di proprietà su un bene a quella relativa al diritto di usufrutto sul medesimo bene, nonché il passaggio dalla domanda di risoluzione del contratto per inadempimento a quella di estinzione per efficace esercizio del recesso.

⁷⁹ MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., pp. 824 ss.

⁸⁰ Ovviamente, nel caso di accoglimento della domanda *nulla quaestio*: accertato che la comune intenzione dei contraenti è stata quella di obbligarsi alla conclusione di un contratto di compra-

sulla necessità o meno di notificare l'atto contenente la domanda nuova o modificata al contumace, a mente dell'art. 292 c.p.c.

Con riferimento al tema dei limiti oggettivi del giudicato, va osservato che, considerando le due domande (quella originaria e quella emendata) diverse, ma ciononostante ammissibili in deroga al divieto di *mutatio libelli*, si dovrebbe per tale via ritenere che, rigettata la prima, sia sempre possibile proporre l'altra in un separato giudizio, non essendosi formato il giudicato su una situazione giuridica sostanziale di fatto diversa, e mai dedotta, rispetto a quella dedotta nel primo processo⁸¹). Per esempio, rigettata la domanda di mero accertamento del diritto di proprietà perché il contratto definitivo di compravendita è stato ritenuto invalido dal giudice, l'attore soccombente potrebbe agire in un separato giudizio chiedendo l'esecuzione in forma specifica del contratto successivamente qualificato come preliminare di vendita. Infatti, essendo le due domande diverse, nulla osta che, rigettata la prima (e non proposta la seconda nel primo processo), il soccombente possa richiedere ad altro giudice la differente forma di tutela.

Al contrario, laddove si propendesse per l'identità della domanda, e dunque per la qualificazione della variazione in termini di mera *emendatio libelli*, il rigetto nel merito della domanda attorea, senza che sia avanzata una modifica della domanda medesima nei termini previsti *ex*

vendita immobiliare, e formatosi il giudicato sul punto, la parte che volesse ottenere l'accertamento che, nella specie, è stato concluso un contratto definitivo ad effetti reali (avendo, ad esempio, interesse ad una diversa decorrenza degli effetti traslativi), si scontrerebbe con un precedente giudicato. In altri termini, una volta passata in giudicato, la sentenza di accoglimento della domanda costitutiva *ex art. 2392 c.c.* (o di quella di mero accertamento del diritto di proprietà) impedisce al soccombente di porre in discussione il bene della vita attribuito con la sentenza. Del pari, *nulla quaestio* nel caso in cui nel primo processo siano state proposte entrambe le domande e il giudizio si sia concluso con una sentenza di rigetto; in tal caso il rigetto si riferisce ad entrambe richieste di tutela, sicché il soccombente non potrà riproporre né l'una né l'altra domanda.

⁸¹ Cfr. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., pp. 824-825, la quale osserva che «sin tanto che la domanda non sia concretamente proposta l'oggetto del giudizio resta infatti quello delineato dalla domanda originaria e solo rispetto a esso può commisurarsi la portata della preclusione del deducibile».

lege, dovrebbe comportare l'impossibilità per l'attore soccombente di instaurare un autonomo giudizio nel contesto del quale proporre la domanda mai svolta prima ⁽⁸²⁾.

Quest'ultima soluzione ci sembra difficilmente praticabile, salvo al costo di ritenere che possa formarsi il giudicato su una situazione giuridica sostanziale che, di fatto, non è mai stata dedotta esplicitamente in giudizio e che quindi è rimasta totalmente estranea al processo conclusosi con sentenza definitiva.

A una conclusione più temperata è giunta quella parte della dottrina che, muovendo dalla ricostruzione in chiave di mera *emendatio libelli*, ha ritenuto che la possibilità per l'attore soccombente di proporre la (stessa) domanda, non formulata nel primo processo conclusosi con il rigetto nel merito, dipende dal motivo di rigetto: se il rigetto della domanda è dipeso da una diversa qualificazione del negozio operata dal giudice, rispetto a quella prospettata dall'attore, allora il passaggio in giudicato della sentenza non impedisce all'attore soccombente di proporre la domanda che erroneamente non ha esperito nel primo giudizio (anzi, nel secondo processo, il giudicato dovrebbe esplicare efficacia vincolante anche con rife-

⁸² MOTTO, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, cit., pp. 1063 ss., spec. pp. 1073-1075, secondo il quale la sentenza di rigetto emessa dal giudice all'esito del processo in cui è stata dedotta una sola delle due qualificazioni giuridiche alternative (ad esempio, il contratto preliminare), sulla base della ritenuta sussistenza dell'altra fattispecie (nel nostro esempio, contratto definitivo), non preclude la possibilità per l'attore di agire in separato giudizio chiedendo l'accertamento della proprietà in forza del contratto qualificato come definitivo di compravendita; il primo giudice, infatti, non ha potuto accogliere la domanda sulla base di una diversa qualificazione giuridica perché non era stata proposta apposita domanda della parte interessata e, in caso contrario, avrebbe violato il disposto di cui all'art. 112 c.p.c. La premessa di questa ricostruzione consiste nel fatto che il giudice, pur potendo provvedere autonomamente all'individuazione della norma applicabile al caso concreto in virtù del principio *iura novit curia*, non può pronunciare il provvedimento costitutivo o di mero accertamento non richiesto, anche laddove ritenesse il negozio giuridico sussumibile nella fattispecie alternativa non valorizzata. In questi casi il magistrato dovrebbe – secondo Motto – rigettare nel merito la domanda (pp. 1067 ss.). In senso critico rispetto alla prima questione v. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., p. 825, nota 25, la quale osserva che anche nei casi di eccezione in senso stretto non è consentito al giudice di tener conto del fatto estintivo per emettere una decisione favorevole al convenuto; tuttavia essa è certamente colpita dal giudicato del deducibile in caso di accoglimento della domanda attorea.

rimento alla qualificazione del contratto compiuta dal giudice, con la conseguenza che la questione non potrà più essere dibattuta)⁽⁸³⁾; al contrario, se il rigetto della prima domanda è stato determinato dall'invalidità o inefficacia del negozio *tout court* (indipendentemente dalla sua qualificazione), l'attore soccombente non potrà chiedere – secondo la dottrina in esame – la tutela giurisdizionale alternativa sulla base della differente qualificazione del titolo, già accertato come invalido in altro processo⁽⁸⁴⁾.

Quanto, poi, alla disciplina degli obblighi di notifica al contumace degli atti e provvedimenti, giova osservare che, solo laddove si concludesse nel senso che si tratti di una domanda nuova, l'atto contenente la stessa dovrebbe essere notificato al contumace personalmente a mente dell'art. 292 c.p.c.⁽⁸⁵⁾. Ai sensi del primo comma della disposizione citata, infatti, devono essere «notificate personalmente al contumace nei termini che il giudice istruttore fissa con ordinanza», oltre alle ordinanze che ammettono l'interrogatorio e il giuramento nei confronti della parte non costituitasi in giudizio, anche le comparse contenenti domande nuove o riconvenzionali.

⁸³ MOTTO, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, cit., pp. 1074-1075.

⁸⁴ MOTTO, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, cit. pp. 1075-1076, il quale aggiunge che questa regola vale anche nel caso in cui il motivo di invalidità o inefficacia riguardi solo una fattispecie e non l'altra (ad esempio, un motivo di nullità che attiene solo al contratto preliminare di compravendita), posto che, nell'emettere la decisione, il giudice ha necessariamente sussunto la fattispecie all'interno della categoria contrattuale ritenuta corretta.

⁸⁵ Su questo tema si v., *ex pluris*: ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 1964, pp. 295-297; BRANDI, voce *Contumacia*, in *Enc. Dir.*, vol. X, Giuffrè, 1962, pp. 467-468; BRUNELLI, sub *Artt. 290-294*, in Carpi-Taruffo (*a cura di*), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2009, pp. 1001-1005; CARBONARI, voce *Contumacia (procedimento in): I) diritto processuale civile*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Treccani, 1988, pp. 7-8; CIACCIA CAVALLARI, voce *Contumacia*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, pp. 325-328; COSTA, voce *Contumacia (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1968, pp. 775-776; D'ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Torino, 2012, pp. 84-100; F. FERRARI, sub *Artt. 290-294*, in COMOGGIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA (diretta), *Commentario del codice di procedura civile*, vol. III, tomo II, Torino, 2012, pp. 452-462; GIANNOZZI, *La contumacia nel processo civile*, Torino, 1963, pp. 189-195.

La *ratio* di tale disposizione deve essere ravvisata nell'esigenza di rendere il contumace edotto dell'ampliamento del *thema decidendum* rispetto a quello fissato con l'atto introduttivo del processo ⁽⁸⁶⁾. Da tale constatazione consegue l'irrelevanza di un'eventuale successiva dichiarazione di inammissibilità della domanda nuova o riconvenzionale, dato che «una volta introdotta nel processo una domanda nuova in ogni caso, ai sensi dell'art. 292 c.p.c., dev'esserne disposta la notifica al contumace a garanzia del suo diritto di difesa e, prima ancora del contraddittorio» e che quest'ultimo deve «essere messo in condizione di conoscere l'ampliamento dell'oggetto del processo, ai fini della valutazione di un'eventuale costituzione tardiva, essendo stata la sua scelta di non costituirsi maturata in riferimento all'oggetto originario del processo» ⁽⁸⁷⁾. Va comunque chiarito che, affinché possa operare il disposto dell'art. 292, comma primo, c.p.c., è necessario che le comparse in questione contengano domande vere e proprie e non mere specificazioni, precisazioni o modificazioni di quelle già proposte, come nel caso di precisazione del quantum del risarcimento del danno in precedenza richiesto in forma generica.

A nostro sommo giudizio, oltre alle considerazioni sopra espresse con riferimento ai limiti oggettivi del giudicato, anche la differente disciplina in materia di notifica al contumace dovrebbe indurre l'interprete a preferire una soluzione del dibattito in termini di domanda nuova, rispetto a quella di mera modifica della domanda giudiziale originariamente proposta. Aderendo all'opposta tesi, infatti, gli effetti distorsivi del sistema sarebbero difficilmente accettabili e addirittura ipoteticamente in violazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito. Si pensi, per esempio, al caso in cui il promittente alienante sia stato citato in giudizio dal promittente acquirente ai sensi dell'art. 2932 c.c., e il convenuto sia rimasto contumace nell'attesa del versamento del prezzo. Assunto che l'attore possa, entro la prima memoria *ex art.* 183, comma sesto, c.p.c.,

⁸⁶ F. FERRARI, sub *Artt.* 290-294, in COMOGLIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, cit., p. 454.

⁸⁷ Cass., 11 maggio 2005, n. 9875, in *Foro it., Rep.*, 2005, voce *Contumacia civile*, n. 5. In dottrina cfr. D'ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, cit., p. 88, nota 208; F. FERRARI, sub *Artt.* 290-294, in COMOGLIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, cit., p. 454.

modificare la domanda originaria con quella di accertamento del già avvenuto effetto traslativo della proprietà, in forza di un contratto qualificato successivamente come definitivo di compravendita, nel caso in cui l'attività emendativa fosse inserita nel novero della *emendatio libelli*, l'attore non sarebbe in alcun modo tenuto a notificare, ai sensi dell'art. 292 c.c., alla controparte contumace la modifica della domanda iniziale. Da ciò conseguirebbe che, all'esito del giudizio, e nell'ipotesi di accoglimento della domanda come lecitamente modificata, il convenuto contumace si vedrebbe notificare una sentenza dalla quale risulta che, in realtà, il bene non è più di sua proprietà da anni (*i.e.* dalla data della stipula di quello che riteneva essere, anche sulla base della domanda avversaria, un contratto preliminare di vendita ma che, nel corso del giudizio a cui lui non ha partecipato, è stato qualificato come contratto a immediati effetti reali).

7. Le deroghe al divieto di mutatio libelli previste dalla disciplina processuale: lo ius variandi di cui all'art. 183, comma quinto, c.p.c.

La prima eccezione al divieto di mutare la domanda giudiziale in corso di causa è prevista dal codice di rito, all'art. 183, comma quinto, prima parte. Tale disposizione riconosce all'attore la possibilità di proporre nuove domande o eccezioni, purché siano conseguenza diretta delle domande o delle eccezioni formulate dal convenuto nella comparsa di costituzione e risposta.

Alle novità introdotte dall'attore in forza dello *ius variandi* di cui all'art. 183, comma quinto, c.p.c., il convenuto può replicare proponendo nuove eccezioni in senso stretto o anche nuove domande⁽⁸⁸⁾.

La disposizione citata, apparentemente chiara, ha suscitato alcuni dubbi in dottrina e in giurisprudenza. In particolare, ci si è chiesti se lo *ius variandi* possa essere esercitato dall'attore anche in replica alle mere difese del convenuto, senza che questi abbia introdotto fatti estintivi, modificativi o impeditivi né tantomeno abbia azionato un diritto formulando

⁸⁸ CONSOLO, *I nuovi artt. 180-183 e 184: una prima diagnosi sul nuovo rito «concentrato» ed «elastico»*, cit., p. 1616.

una domanda riconvenzionale. Inoltre, non è chiaro se le nuove domande ed eccezioni possano essere proposte dall'attore esclusivamente nella prima udienza, come per vero sembrerebbe da una interpretazione letterale dell'art. 183 c.p.c., ovvero anche nella prima memoria *ex art.* 183, comma sesto, c.p.c.

Quanto alla prima questione, una parte della giurisprudenza ⁽⁸⁹⁾, muovendo da un'interpretazione letterale del disposto di cui all'art. 183, comma quinto, c.p.c., ha ritenuto che l'attore possa proporre nuove domande rispetto a quelle originarie purché trovino giustificazione nella domanda riconvenzionale o nelle eccezioni del convenuto, eccezioni da intendersi in senso proprio e non come semplici controdeduzioni volte a contestare il fondamento dell'azione attorea. Anche parte della dottrina ⁽⁹⁰⁾ ha sostenuto che l'attività di mera difesa, *in iure* o *in facto* (vale a dire la contestazione della verifica in senso storico dei fatti costitutivi allegati con la domanda giudiziale) da parte del convenuto, non sia idonea a giustificare l'insorgenza del potere dell'attore di proporre nuove domande e nuove eccezioni consequenziali, atteso il silenzio del legislatore sul punto.

Altra parte della giurisprudenza, invece, ha ritenuto che l'attore possa introdurre una nuova domanda, oltre che a seguito di un'eccezione o domanda riconvenzionale del convenuto, anche in dipendenza di una mera difesa *in iure* o *in facto* che allegghi l'infondatezza della domanda

⁸⁹ Cfr. Cass., 11 marzo 2006, n. 5390, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5, secondo cui le nuove domande ed eccezioni possono essere proposte dall'attore nella prima udienza «solo ove trovino giustificazione nella domanda riconvenzionale o nelle eccezioni avanzate dal convenuto» e la deroga al divieto di introdurre domande nuove nel processo «non può essere estesa alle semplici controdeduzioni del convenuto volte a contestare le condizioni dell'azione; ma deve ritenersi riferita all'eccezione in senso stretto». Nello stesso senso v. anche Cass., 30 luglio 2004, n. 14581, in *DeJure*; Cass., 8 luglio 2004, n. 12545; Cass., 18 marzo 2003, n. 3991, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 543. Va tuttavia osservato che nelle menzionate pronunce, la S.C. ha escluso lo *ius variandi* in capo all'attore in fattispecie in cui la domanda nuova non era affatto consequenziale alla mera difesa del convenuto.

⁹⁰ Cfr. GASBARRINI, *Osservazioni in tema di modifica della domanda*, cit., p. 1254, nota 2, secondo la quale «domanda che sia conseguenza significa [...] domanda che trova parte del suo titolo proprio nella domanda altrui o nei fatti introdotti da controparte a titolo di eccezione» mentre le modificazioni della domanda che siano conseguenza di una mera difesa del convenuto possono essere fatte valere solo previa autorizzazione del giudice, in ossequio al comma quarto, seconda parte, dell'art. 183 c.p.c. allora vigente. Oggi, lo si ricorda, è stato espunto dall'art. 183 c.p.c. qualsivoglia riferimento all'autorizzazione del giudice.

originaria, ferma restando la necessità che la nuova domanda assuma carattere consequenziale e, dunque, che la mera difesa assuma, rispetto alla nuova domanda, una funzione di elemento costitutivo ⁽⁹¹⁾. Infatti, l'esigenza di proporre una domanda nuova può sorgere non solo dalla deduzione in giudizio di una nuova situazione sostanziale a fondamento della domanda riconvenzionale o di nuovi fatti estintivi, modificativi o impeditivi fondanti eccezioni ⁽⁹²⁾, bensì anche dalla contestazione di un fatto costitutivo o della sua qualificazione giuridica.

A sostegno di questa soluzione si è ritenuto militi l'esigenza di evitare che una domanda nuova, basata su una mera difesa del convenuto, sia proposta in un autonomo e separato giudizio perché in quello pendente tra le parti è ormai maturata la preclusione, con conseguente carattere defaticatorio dello svolgimento della giurisdizione anziché di assicurazione del massimo della sua concentrazione ⁽⁹³⁾. La soluzione meno rigida troverebbe fondamento anche nella considerazione che un'attività di proposizione della domanda consequenziale a un atteggiamento di mera difesa del convenuto è consentito dalla legge in altro settore, e precisamente dall'art. 34 c.p.c., allorché il convenuto contesti una questione relativa a un fatto costitutivo della domanda che di per sé sarebbe idonea a costituire oggetto di autonoma domanda. Ai sensi dell'art. 34 c.p.c., infatti, l'attore può chiedere che la questione pregiudiziale sia accertata con efficacia di giudicato, invece che *incidenter tantum*, e la nuova domanda di accertamento può scaturire anche dalla mera difesa del convenuto.

⁹¹ Cass., 19 luglio 2013, n. 17708, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, ove, in un processo instaurato con domanda costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c., l'attore, in seguito alla contestazione del convenuto sull'effettiva conclusione del contratto, ha proposto, in via subordinata, la domanda di riconoscimento della responsabilità precontrattuale fondata sulla mancata conclusione del contratto e quella di condanna del convenuto al pagamento di un indennizzo ex artt. 1337 e 1338 c.c. Nello stesso senso anche Cass., sez. un., 27 dicembre 2010, n. 26128, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 1578 ss., con nota di S. A. VILLATA, *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato: mutatio libelli e opposizione a decreto ingiuntivo*.

⁹² In questo caso si avrà una domanda riconvenzionale connessa per eccezione. In argomento cfr. anche VULLO, *La domanda riconvenzionale nel processo ordinario di cognizione*, Milano, 1995, p. 321.

⁹³ Così Cass., 19 luglio 2013, n. 17708, cit.

A nostro sommo giudizio, anche alla luce dei risultati cui è giunta la Suprema Corte nella sentenza del 15 giugno 2015 e, in particolare, delle ragioni sistematiche che hanno indotto i giudici di legittimità a tale *revirement*, deve ritenersi preferibile la soluzione meno rigida, per cui la disposizione di cui all'art. 183, comma quinto, c.p.c. deve leggersi nel senso che l'attore può proporre nuove domande e nuove eccezioni che siano conseguenza delle domande riconvenzionali, delle eccezioni e delle mere difese sollevate dal convenuto con la comparsa di costituzione e risposta.

Con riferimento alla seconda questione, vale a dire i limiti temporali entro i quali esercitare lo *ius variandi* di cui all'art. 183, comma quinto, c.p.c., la dottrina maggioritaria⁽⁹⁴⁾, avvallata da una parte della giurisprudenza di legittimità⁽⁹⁵⁾, sembra propendere per la prima soluzione, anche se non sono mancate autorevoli opinioni nel senso di ritenere ammissibile la *reconventio reconventionis* dell'attore anche nella prima memoria *ex art. 183, comma sesto, c.p.c.*⁽⁹⁶⁾.

⁹⁴ CONSOLO, *I nuovi artt. 180-183 e 184: una prima diagnosi sul nuovo rito «concentrato» ed «elastico»*, cit., pp. 1616 ss.; BALENA, *Le riforme più recenti del processo civile*, cit., p. 76 e 96; MURONI, *Della trattazione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI e VACCARELLA, vol. III, Torino, 2012, p. 303; MOTTO, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, cit., p. 1064, nota 89.

⁹⁵ Cfr. Cass., 19 luglio 2013, n. 17708, in *Foro it., Rep.*, 2013, voce *Procedimento civile*, n. 209, secondo cui «l'art. 183 cod. proc. civ. (sia nel testo anteriore alla riforma di cui al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, sia nel testo successivo) consente all'attore di proporre le domande consequenziali alle eccezioni o domande del convenuto soltanto nell'udienza di cui all'art. 183 cod. proc. civ., e non anche, a pena di inammissibilità rilevabile anche d'ufficio, con le memorie previste dalla medesima norma». Analogamente, con riferimento alla possibilità per l'attore di proporre eccezioni in senso stretto in conseguenza alle difese proposte dal convenuto nella comparsa, v. Cass., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3567, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, 204, secondo cui «ove l'attore voglia eccepire la prescrizione del diritto azionato dal convenuto in riconvenzionale, è tenuto, a pena di decadenza, trattandosi di eccezione non rilevabile d'ufficio, a proporla al più tardi in sede di prima udienza di trattazione, non potendo avvalersi delle memorie da depositare nei termini fissati all'art. 183, comma 5, c.p.c., in quanto finalizzate esclusivamente a consentire alle parti di precisare e modificare le domande e le eccezioni già proposte e di replicare alle domande ed eccezioni formulate tempestivamente, ma non a proporre di ulteriori, non essendo ammissibile estendere il *thema decidendum*».

⁹⁶ BRIGUGLIO, sub *art. 183*, in *Commentario delle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio-Capponi, vol. I, Padova, 2007, pp. 70 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. II, cit., pp. 42-43, il quale, muovendo dalla convinzione che il legislatore, nell'art. 183, comma sesto, n. 1), c.p.c., *minus dixit quam voluit*, ha ritenuto che le attività disciplinate dal quinto comma della

Anche in questo caso, e per le medesime ragioni di cui sopra, la soluzione preferibile deve essere quella di consentire all'attore la possibilità di proporre le nuove difese (*rectius* nuove domande ed eccezioni) sino al limite ultimo della prima memoria. Infatti, in tal modo si agevola la risoluzione della controversia insorta tra le parti nell'ambito del medesimo processo instaurato; inoltre, nessun ostacolo alla difesa del convenuto può ragionevolmente ipotizzarsi, in quanto quest'ultimo avrebbe comunque a disposizione due ulteriori memorie per potere replicare alle domande ed eccezioni nuove formulate dall'attore, per produrre documenti e per dedurre istanze istruttorie (a prova diretta o contraria).

8. Segue: ... *dalla legge sostanziale. In particolare il passaggio dalla domanda di adempimento del contratto a quella di risoluzione ex art. 1453, comma secondo, c.c. Con la sentenza n. 8519/2014 le Sezioni Unite hanno ritenuto ammissibile la proposizione della nuova domanda di risarcimento del danno contestualmente alla modifica della domanda di adempimento in quella di inadempimento*

Vi sono dei casi, regolati dal libro IV del codice civile, in cui è espressamente ammessa la modifica della domanda giudiziale, o addirittura il suo mutamento, nel corso del giudizio di prime cure, in deroga a quanto previsto dall'art. 183 c.p.c. Parallelamente, vi sono dei casi, sempre disciplinati dalla legge sostanziale, in cui è impedita all'attore la possibilità di modificare la domanda originaria alla prima udienza ovvero nel contesto della prima memoria. In quanto leggi speciali, esse possono derogare alle norme generali previste dal codice di rito (*i.e.* art. 183 c.p.c. e, per quanto attiene al giudizio di appello, art. 345 c.p.c.).

medesima disposizione possano essere compiute anche nella prima memoria perché, laddove il convenuto si costituisca in udienza, sarebbe impossibile per l'attore compiere *illico ed immediate* le attività di cui al comma quinto.

Quanto alle deroghe *in peius*, vale a dire quelle ipotesi in cui è fatto espresso divieto di modificare la domanda giudiziale originariamente proposta, si segnalano le fattispecie di cui all'art. 1492 c.c. e all'art. 1453, comma secondo, c.c.

L'art. 1492 c.c. dispone che, nei casi in cui il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune dai vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore *ex art.* 1490 c.c., il compratore può domandare, «a sua scelta», la risoluzione del contratto per inadempimento ovvero la riduzione del prezzo. Ai sensi del secondo comma dell'art. 1492 c.c., siffatta «scelta è irrevocabile quando è fatta con domanda giudiziale». Pertanto, una volta che il compratore abbia esperito in giudizio l'una o l'altra azione, non sarà più possibile modificare la domanda iniziale, nemmeno nei termini di cui all'art. 183 c.p.c. ⁽⁹⁷⁾.

Il secondo comma dell'art. 1453 c.c. prevede, invece, il divieto per l'attore di passare dalla domanda di risoluzione a quella di adempimento ⁽⁹⁸⁾. La *ratio* di tale disposizione è evidentemente quella di tutelare il convenuto, asseritamente inadempiente, il quale ha in buona fede confidato

⁹⁷ In argomento cfr. CONSOLO, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita: diritto e processo*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, vol. III, t. 1, Milano, 1991, pp. 317 ss., e già in *Riv. dir. proc.*, 1989, I, 1, pp. 765 ss., spec. pp. 771 ss. In giurisprudenza, è stata esclusa la possibilità di proporre l'azione redibitoria in via subordinata rispetto a quella estimatoria da Cass., sez. un., 25 marzo 1988, n. 2565, in *Corr. giur.*, 1988, pp. 621 ss., con nota di CARBONE, *Inammissibilità del rapporto di subordinazione tra l'azione estimatoria e quella redibitoria*. È stata esclusa anche la possibilità di proporre la domanda di riduzione del prezzo in via subordinata rispetto a quella di risoluzione del contratto da Cass., 11 aprile 1996, n. 3398, in *Corr. giur.*, 1997, pp. 75 ss., con nota di GASPERINI, *Garanzia per vizi: è ammissibile la subordinazione fra azione redibitoria e azione estimatoria?*; Cass., 27 gennaio 2004, n. 1434, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce *Vendita*, n. 73.

⁹⁸ In argomento cfr., tra i tanti, BIGIAMI, *Mutamento della domanda in corso di giudizio*, in *Giur. it.*, 1946, pp. 12 ss.; CONSOLO, *Il processo nella risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, pp. 305 ss.; ID., *Poteri processuali e contratto invalido*, cit., pp. 941 ss.; ID., *Il concorso di azioni nella patologia della vendita: diritto e processo*, in *Riv. dir. civ.*, cit., pp. 765 ss.; GIORGETTI, *Il principio di variabilità dell'oggetto del giudizio*, cit., pp. 69 ss.; PAGNI, *Contratto e processo*, in *Trattato del contratto a cura di Vincenzo Roppo*, VI, Milano, 2006, pp. 823 ss., spec. pp. 870 ss. per un'evoluzione storico-evolutiva dell'art. 1453 c.c. cfr. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, pp. 289 ss. Sotto la vigenza del codice civile del 1865, nel silenzio dell'art. 1165 sul punto, si riteneva consentito anche il passaggio dalla domanda di risoluzione a quella di adempimento.

nello scioglimento del rapporto contrattuale sicché, in seguito alla proposizione della domanda di risoluzione, non avrebbe più alcun obbligo di adempiere ⁽⁹⁹⁾.

Una parte della giurisprudenza ⁽¹⁰⁰⁾ – riprendendo la tesi elaborate da taluni in dottrina ⁽¹⁰¹⁾ – ha tuttavia sostenuto che l'attore possa comunque modificare, ai sensi del quinto comma dell'art. 183 c.p.c., la domanda

⁹⁹ La proposizione della domanda di risoluzione preclude la possibilità di svolgere la domanda di adempimento per SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile diretto da Vassalli*, Torino, 1971, pp. 956-959. Cfr. anche SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, 2, II, Torino, 2004, pp. 646 ss., per i quali, in ossequio al principio di buona fede e tutela dell'affidamento della parte inadempiente, la scelta della risoluzione, anche se effettuata stragiudizialmente, preclude la possibilità di richiedere l'adempimento. Infatti, «proposta la domanda di risoluzione, il debitore acquista il diritto di non adempiere [...] sarebbe assurdo per il creditore, dopo aver liberato il debitore potesse pentirsene e riobbligarlo» (p. 650). Per una critica a tale rigida impostazione cfr. CONSOLO, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita: diritto e processo*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, cit., pp. 317 ss.

¹⁰⁰ Una parte della giurisprudenza ha interpretato il disposto di cui all'art. 1453, comma secondo, c.c. in modo meno rigido, per cui il divieto di passare dalla richiesta di risoluzione a quella di adempimento sarebbe operante solo nei limiti in cui sussista un attuale interesse del contraente che ha chiesto la risoluzione alla cessazione del rapporto. Nella giurisprudenza risalente v. Cass., 24 maggio 1976, n. 1827; Cass., 10 gennaio 1980, n. 200; Cass., 22 novembre 1981, n. 5172; Cass., 9 dicembre 1988, n. 6672. Nella giurisprudenza più recente cfr. Cass., 12 settembre 2013, n. 20899, in *Foro it., Rep.*, 2013, voce *Contratto in genere*, n. 463, che qualifica come *emendatio* ammissibile la successiva formulazione, accanto alla domanda di risoluzione, della domanda di adempimento in via subordinata, adducendo anche ragioni di economia processuale a sostegno della soluzione prescelta. Va tuttavia osservato che, in tale vicenda, non si è trattato di una modifica della domanda originaria, bensì di un cumulo condizionale sopravvenuto di domande diverse. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del processo di cognizione*, cit., p. 271, osserva che «è giustificabile l'orientamento giurisprudenziale propenso a ritenere che [...] a fronte di una riscontrata carenza di un attuale interesse del contraente che domanda la risoluzione allo scioglimento del contratto, l'attore possa chiedere, nel medesimo giudizio ed in forma cumulata, la risoluzione del contratto ed, in via subordinata rispetto al rigetto della domanda principale (*i.e.* da esaminare soltanto nel caso di rigetto della domanda principale, ossia allorquando l'istante abbia un rinnovato interesse ad ottenere la controprestazione), l'adempimento». V. però quanto affermato da CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, cit., p. 970, secondo il quale, nella specie, «non avrebbe tuttavia, non *de plano* almeno, potuto configurare legittima *mutatio* nemmeno alla luce del nuovo orientamento inaugurato dalla Sezioni Unite» posto che la domanda di adempimento era subordinata, e non alternativa, a quella di risoluzione.

¹⁰¹ GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Cont. e impr.*, 1991, pp. 69 ss. Cfr. anche G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, pp. 459 ss., spec. p. 463; ID., *Sentenza di condanna all'esecuzione e azioni di risoluzione per inadempimento*, in *Giur. it.*, 1953, c. 54, ove si legge che «se il convenuto contesta il diritto dell'attore alla risoluzione, assumendo che il rapporto deve essere adempiuto, nega con il suo stesso contegno l'esistenza del suo interesse (a poter liberamente disporre del bene oggetto della prestazione) [...] onde in tali ipotesi non si verifica alcuna preclusione della sua successiva domanda

di risoluzione in quella di adempimento se tale esigenza sorga dalle difese del convenuto o se dalle stesse emerge che quest'ultimo non ha affatto confidato in buona fede nella risoluzione del contratto. In particolare, si è affermato che il principio di inammissibilità della domanda di adempimento proposta successivamente a quella di risoluzione non è assoluto, ma è applicabile alla duplice condizione che la domanda di risoluzione sia stata proposta senza riserve e che esista un interesse attuale dell'istante alla declaratoria di risoluzione del rapporto negoziale. Ciò in quanto, da un lato, deve essere consentito all'interessato, che lo richieda tempestivamente, di ottenere – una volta rigettata la domanda di risoluzione – l'adempimento tardivo, se ancora possibile; dall'altro lato, in tal senso militano i principi, anche di rango costituzionale, per cui è sempre preferire la trattazione di entrambe le domande nel contesto dello stesso procedimento.

Passiamo ora a esaminare le eccezioni in senso favorevole previste dalla legge sostanziale, rispetto alle quali è concessa la possibilità per l'attore di modificare o addirittura mutare la domanda originaria in corso di causa. In particolare, tali fattispecie sono disciplinate dagli artt. 1450 e 1453, comma secondo, c.c.

La prima norma prevede che il contraente nei confronti del quale è stata domandata la rescissione del contratto concluso in istato di pericolo *ex art. 1447 c.c.* o per lesione *ex art. 1448 c.c.* può evitare lo scioglimento del rapporto offrendo una modifica del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità (*c.d. reductio ad equitatem*) ⁽¹⁰²⁾.

di adempimento, mancando nel convenuto, per sua dichiarazione, quell'affidamento alla risoluzione che la preclusione ha inteso proteggere». V. anche CONSOLO, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita: diritto e processo*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, cit., pp. 218-324; ID., *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., pp. 320 ss., il quale afferma ci condividere la tesi per cui il convenuto deve soggiacere al mutamento della domanda di risoluzione in quella di adempimento ove il suo comportamento processuale abbia rilevato che egli non confida affatto nella risoluzione del negozio giuridico (ad esempio quando nega di essere inadempiente, o afferma di aver già adempiuto o che adempirà con lieve ritardo o, ancora, che l'inadempimento non è a lui imputabile *ex art. 1218 c.c.*). L'Autore aggiunge che siffatta modificazione deve avvenire, al più tardi, nella prima udienza di trattazione, previa autorizzazione del giudice ai sensi dell'art. 183, comma quarto, c.p.c. allora vigente (pp. 321-322).

¹⁰² Cfr., in giurisprudenza, Cass., 5 giugno 2014, n. 12665, in *Foro it., Rep.*, 2014, voce *Contratto in genere*, n. 43; Cass., 6 dicembre 1988, n. 6630, in *Foro it., Rep.*, 1988, voce *Contratto in genere*, n. 385.

Il secondo comma dell'art. 1453 c.c. dispone invece che l'attore, il quale abbia chiesto la condanna del convenuto all'adempimento del contratto e che abbia perso interesse a ottenere il corretto adempimento dell'obbligazione, possa sempre modificare tale domanda chiedendo, successivamente, la risoluzione del contratto medesimo per inadempimento⁽¹⁰³⁾. Le domande di adempimento del contratto, da una parte, e di risoluzione del contratto, dall'altra, sono tra di loro in concorso alternativo o elettivo⁽¹⁰⁴⁾: i diritti oggetto delle due domande sono diversi, in quanto

¹⁰³ La possibilità di mutare la domanda di adempimento in quella di risoluzione è riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità anche nel giudizio di appello o in quello di rinvio, a condizione che i fatti dedotti a fondamento della domanda di risoluzione coincidano con quelli posti a base della domanda di adempimento originariamente proposta (Cass., 19 novembre 1963, n. 2995, in *Giur. it.*, 1964, pp. 757 ss.; Cass., 18 febbraio 1989, n. 962, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, pp. 1870 ss., con nota parzialmente critica di FUSCO, *La conversione dell'azione di adempimento in domanda di risoluzione del contratto bilaterale*; in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 876 ss., con nota di ROTA, *Dalla domanda di adempimento alla domanda di risoluzione*, ove le Sezioni Unite hanno ritenuto ammissibile la proposizione della domanda di risoluzione del contratto per la prima volta in appello, in deroga al divieto dei *nova ex* art. 345 c.p.c., con la precisazione, però, che non può essere modificata la *causa petendi* originaria mediante l'allegazione di inadempimenti nuovi e diversi; Cass., 26 aprile 1999, n. 4164; Cass., 27 luglio 2006, n. 17144; Cass., 18 gennaio 2008, n. 1003; Cass., 6 aprile 2009, n. 8234, in *Cont.*, 2009, pp. 825 ss.; Cass., 27 maggio 2010, n. 13003, cit.; Cass., 6 giugno 2011, n. 12238, in *Mass. Giur. it.*, 2011; Cass., 12 febbraio 2014, n. 3207).

In senso contrario, per cui la *mutatio libelli* non potrebbe operare nel giudizio di rinvio: Cass., 22 aprile 1950, n. 1079, in *Sett. Cass.*, 1950, p. 234; Cass., 16 febbraio 1972, n. 421, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 1988. In dottrina cfr. G.F. RICCI, *Sulla sostituzione della domanda di adempimento con quella di risoluzione nel giudizio civile di rinvio*, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, cc. 259 ss. Per CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., pp. 317-318, è possibile chiedere sin dall'inizio la risoluzione del contratto in via subordinata rispetto alla domanda di adempimento. Sull'ammissibilità originaria della strutturazione in cumulo subordinato della domanda di risoluzione e di adempimento cfr., tra i tanti, G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 459 ss.; CONSOLO, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita: diritto e processo*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, cit., pp. 317 ss., ID., *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., p. 322, il quale afferma che l'attore potrà, alla prima udienza, invece di sostituire la domanda di risoluzione a quella di adempimento, mantenere ferma la prima e proporre la seconda in via subordinata, sempreché risulti che il convenuto non aveva affidato nella risoluzione del contratto. Sull'ammissibilità del cumulo originario v., in giurisprudenza: Cass., 27 maggio 2010, n. 13003, in *Foro it., Rep.*, 2010, voce *Contratto in genere*, n. 496. *Contra*: TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, cit., pp. 253 ss., spec. p. 277, il quale, muovendo dalla considerazione per cui in tutti i casi di concorso alternativo non dovrebbe essere possibile proporre *ab initio* entrambe le domande giudiziale in un cumulo condizionato, osserva che, tale cumulo, se proposto dovrebbe essere dichiarato inammissibile.

¹⁰⁴ La circostanza è espressamente affermata da Cass., sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510, cit., ove si legge che «l'azione di risoluzione è nuova rispetto a quella di adempimento: la trasformazione della domanda di adempimento a quella di risoluzione rappresenta un'autentica *mutatio libelli*». Sul concorso alternativo o elettivo cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I,

hanno differente contenuto (in un caso una pretesa all'adempimento e, nell'altro caso, un diritto potestativo a iniziativa giudiziale ⁽¹⁰⁵⁾ a ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento), pur potendo trarre origine nel medesimo accendimento storico, vale a dire l'inadempimento all'obbligazione contrattuale. Con il passaggio dalla domanda di adempimento a quella di risoluzione lo schema si modifica nel senso che l'attore, se deve sempre dedurre l'esistenza di un contratto e il grave inadempimento avversario ⁽¹⁰⁶⁾, deve però chiedere una pronuncia costitutiva di scioglimento del contratto e un provvedimento di condanna volto a ottenere la restituzione di quanto dato in forza del contratto medesimo e/o il risarcimento del danno subito. Se, quindi, l'onere della prova liberatoria per il convenuto non è mutato (egli deve cioè provare l'esatto adempimento della propria obbligazione), si sono tuttavia create nuove pretese in relazione ai beni della vita chiesti dall'attore, il quale ora vuole non la prestazione originaria, ma la restituzione della propria prestazione già resa

cit., pp. 317-318; GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, cit., pp. 224 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 351 ss. Sulle regole processuali relative alle figure di concorso alternativo o elettivo cfr. per tutti MENCHINI(-MOTTO), sub art. 2909 c.c., in *Commentario al codice civile*, a cura di Gabrielli, cit., pp. 100 ss.

¹⁰⁵ Quanto meno per quell'orientamento (maggioritario) che riconduce l'azione di risoluzione, così come quella di annullamento, del contratto alle azioni costitutive: BELFIORE, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 1307 ss.; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1959, pp. 84 ss.; MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1950, pp. 145 ss.; CONSOLO, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., pp. 301 ss., spec. p. 303; ID., *Il concorso di azioni nella patologia della vendita: diritto e processo*, cit., in *Scritti in onore di A. Falzea*, pp. 317 ss.; ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, pp. 215 ss., spec. 246 ss., testo e nota 73; MERLIN, *Compensazione e processo*, Milano, 1991, p. 111, testo e nota 206, p. 189 nota 341, p. 190 nota 342, p. 194 nota 350 bis; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 257 ss.

In senso contrario, l'orientamento attualmente minoritario ritiene che le azioni di risoluzione del contratto e di annullamento dello stesso appartengano alla tutela di mero accertamento: PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, pp. 266 ss. e 324 ss.; ID., *Contratto e processo*, in *Trattato del contratto a cura di Vincenzo Roppo*, cit., pp. 823 ss. e 859 ss.; ID., *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 71 ss., spec. pp. 78 ss. Cfr. anche PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela costitutiva*, cit., pp. 78 ss.; DELLACASA, *Risoluzione giudiziale e «di diritto»: orientamenti e problemi*, in *Trattato del contratto a cura di Vincenzo Roppo*, VI, Milano, 2006, pp. 561 ss.; ID., *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 40 ss.

¹⁰⁶ A differenza della domanda di adempimento, per ottenere la sentenza di risoluzione è necessario che l'inadempimento sia grave. L'art. 1455 c.c. dispone infatti che «il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra».

a favore del convenuto e il risarcimento del danno dovuto all'inadempimento, che è suo specifico onere allegare e provare.

L'art. 1453 c.c. non disciplina i termini entro i quali l'attore può modificare la domanda di adempimento in quella di risoluzione del contratto. Bisogna quindi chiedersi se la deroga alla disciplina processuale riguarda solo il divieto di *mutatio libelli* ovvero anche i termini preclusivi per le allegazioni di nuovi fatti previsti dal codice di rito.

Secondo la giurisprudenza maggioritaria (¹⁰⁷), seguita da una parte della dottrina (¹⁰⁸), l'attore può modificare la domanda ai sensi dell'art. 1453 c.c. anche oltre i termini preclusivi di cui al sesto comma dell'art.

¹⁰⁷ V., *ex multis*, Cass., 12 febbraio 2014, n. 3207; Cass., 6 giugno 2011, n. 12238, in *Foro it., Rep.*, 2011, voce *Appello civile*, n. 23; Cass., 27 maggio 2010, n. 13003, cit.; Cass., 10 settembre 2009, n. 19559, in *Foro it., Rep.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 442; Cass., 6 aprile 2009, n. 8234, in *Cont.*, 2009, pp. 825 ss. In ogni caso, se l'attore, mutando la domanda di adempimento in quella di risoluzione, allega un inadempimento diverso, con l'introduzione di un nuovo tema di indagine, tornano ad applicarsi le preclusioni di cui agli artt. 183 e 345 c.p.c., «giacché la deroga alle disposizioni del codice di rito è limitata all'introduzione di un nuovo e sostitutivo *petitum* immediato (così Cass., sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510, cit.). La giurisprudenza ammette peraltro che il contraente deluso, una volta che si sia formato un giudicato di condanna all'esecuzione in forma specifica, possa comunque domandare la risoluzione del contratto, qualora l'adempimento non si verifici (Cass., 18 maggio 1994, n. 4830, in *Mass. Giur. it.*, 1994; Cass., 4 ottobre 2004, n. 19826, in *Mass. Giur. it.*, 2004; Cass., 12 luglio 2011, n. 15290, in *Mass. Giur. it.*, 2011. In dottrina cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 465). Non è invece consentito all'attore passare dalla domanda di adempimento a quella di risarcimento del danno (e non già di risoluzione) oltre i limiti di cui all'art. 183 c.p.c., a ciò ostando il tenore letterale del secondo comma dell'art. 1453 c.c. V., in proposito, Cass., 14 marzo 2013, n. 6545, in *Guida al dir.*, 2013, fasc. 22, p. 58, che ha negato l'ingresso, in corso di causa, ad una condanna generica al risarcimento del danno per l'accertato inadempimento definitivo dell'obbligo di trasferire un immobile, quando, originariamente, la tutela risarcitoria era stata avanzata per il ritardo nell'inadempimento; Cass., 16 giugno 2009, n. 13953, in *Lavoro e prev. oggi*, 2010, p. 164; Cass., 27 marzo 2004, n. 6161, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 569. In dottrina cfr. GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, cit., pp. 219-220.

¹⁰⁸ Cfr. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del processo di cognizione*, cit., pp. 275 ss.; ID., *Le Sezioni unite si pronunciano sulla portata dell'art. 1453, 2° comma, c.c.*, cit., p. 1629. *Contra*, nel senso che non sarebbe possibile il mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione oltre i limiti di cui all'art. 183 c.p.c., cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 464 ss.; CONSOLO, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., p. 305, nota 10; ID., *Le preclusioni nel processo civile e le preclusioni alla definizione del processo legislativo di riforma (A proposito della l. n. 477 del 1992; delle problematiche curiose che solleva – ancora per quanto? – specie nel processo con cumulo di cause; e delle prospettive alternativamente percorribili*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, pp. 771 ss. In senso critico v. LUISO, voce *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, IV ed., I, Torino, 1987, pp. 361 ss., spec. p. 371.

183 c.p.c., vale a dire anche oltre il termine perentorio per il deposito della prima memoria, sempreché non sia necessario allegare nuovi fatti.

Altra questione dubbia attiene alla possibilità, per l'attore, di richiedere, contestualmente alla modifica della domanda di adempimento in quella di risoluzione, anche la restituzione delle prestazioni eseguite in forza del contratto poi risolto nonché il risarcimento del danno per inadempimento, non richiesto *ab initio*.

Quanto al primo tema, la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione ha chiarito che la facoltà di *mutatio libelli* riconosciuta dall'art. 1453, comma secondo, c.c., si estende anche alla domanda consequenziale e accessoria di restituzione del *praestatum* ⁽¹⁰⁹⁾ a condizione che tale ultima domanda sia proposta contestualmente o, comunque, nel medesimo grado di giudizio in cui è proposta la domanda di risoluzione, essendo viceversa vietata se proposta per la prima volta in appello *ex art. 345 c.p.c.* ⁽¹¹⁰⁾.

Con riferimento alla seconda questione, invece, nel 2014 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno risolto un contrasto giurisprudenziale formatosi sul punto.

¹⁰⁹ È noto che la risoluzione del contratto sinallagmatico determina l'effetto liberatorio *ex nunc* delle prestazioni ancora da eseguire e l'effetto restitutorio/recuperatorio *ex tunc* delle prestazioni già eseguite (art. 1458 c.c.: «la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti»). La domanda di restituzione è accessoria rispetto a quella di risoluzione del contratto, perché dipende da quella di risoluzione nel senso che trova il titolo o la ragione giustificatrice nel diritto fatto valere con questa, di talché solo l'accoglimento dell'una può comportare quello dell'altra, che resta assorbita in caso di rigetto; da ciò consegue che *accessoriu, sequitur principale*, sempreché vi sia apposta domanda della parte.

¹¹⁰ Cass., 26 luglio 2016, n. 15461, in *www.elegal.it*, con nota di VULPIANI, *Domanda di risoluzione e domanda di restituzione tra emendatio e mutatio libelli*. In senso conforme cfr. anche Cass., 31 ottobre 2008, n. 26325; Cass., sez. un. 11 aprile 2014, n. 8510, cit. La S.C., nella citata sentenza n. 15461/2016, aggiunge che «il diritto ad ottenere la restituzione delle prestazioni rimaste senza causa a seguito della pronuncia di risoluzione del contratto, pur sorgendo ipso iure per effetto della pronuncia risolutoria, soggiace al principio della domanda, cosicché rimane preclusa al giudice la possibilità di pronunciare d'ufficio la condanna alla restituzione delle dette prestazioni». In questo senso cfr. anche Cass., 8 ottobre 2001, n. 12322; Cass., 19 maggio 2003, n. 7879, in *Mass. Giur. it.*, 2003; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20257, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass., 20 febbraio 2008, n. 4371; Cass., 2 febbraio 2009, n. 2562, in *Foro pad.*, 2009, I, pp. 14 ss.; Cass., 29 gennaio 2013, n. 2075, in *Mass. Giur. it.*, 2013.

La giurisprudenza maggioritaria ⁽¹¹¹⁾ prima dell'intervento delle Sezioni Unite, sulla base di un'interpretazione letterale del disposto di cui al secondo comma dell'art. 1453 c.c., ha ritenuto che la deroga ivi contenuta non può estendersi a casi diversi da quelli in essa contemplati, trattandosi, appunto, di una regola eccezionale, da interpretarsi rigidamente. In particolare – secondo l'orientamento in esame – la deroga alle norme processuali in tema di *mutatio libelli* non si estende alla domanda di risarcimento del danno, anche se proposta contestualmente alla modifica della domanda di adempimento in quella di risoluzione, trattandosi di domanda del tutto diversa per *petitum* e *causa petendi* rispetto a quella originaria, che comporta l'introduzione di un nuovo tema di indagine, preclusa dalle regole processuali in tema di divieto di *mutatio libelli*.

La giurisprudenza all'epoca minoritaria ⁽¹¹²⁾ aveva, invece, ritenuto ammissibile la proposizione della domanda di risarcimento del

¹¹¹ In questo senso v., tra le tante: Cass., 23 gennaio 2012, n. 870, in *Foro it., Rep.*, 2012, voce *Contratto in genere*, n. 595, in una vicenda in cui l'attore, promissario acquirente, ha convenuto in giudizio il promissario venditore ex art. 2932 c.c. per poi proporre, nel corso del giudizio, la domanda di risoluzione del contratto preliminare per inadempimento e, contestualmente, quella di risarcimento del danno; Cass., 16 giugno 2009, n. 13953, in *Foro it., Rep.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 446; Cass., 27 marzo 2004, n. 6161, in *Foro it., Rep.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 569; Cass., 9 aprile 1998, n. 3680, in *Mass. Giur. it.*, 1998. Espressione del medesimo orientamento è la regola che ammette la proponibilità della domanda di risoluzione solo se anteriormente è stato chiesto l'adempimento; il mutamento non può invece avvenire quando, in un primo tempo, l'attore si sia limitato a chiedere il risarcimento del danno (Cass., 30 marzo 2984, n. 2119; Cass., 9 aprile 1998, n. 3680; Cass., 26 aprile 1999, n. 4146; Cass., 27 luglio 2006, 17144). Simmetricamente, se in un primo tempo è stato chiesto l'adempimento, non è possibile chiedere in corso di causa il risarcimento (Cass., 27 marzo 2004, n. 6161; Cass., 16 giugno 2009, n. 13953).

¹¹² Cass., 27 maggio 2010, n. 13003, cit.; Cass., 31 ottobre 2008, n. 26325, in *Foro it., Rep.*, 2008, voce *Contratto in genere*, n. 477; Cass., 19 novembre 1963, n. 2995, in *Giur. it.*, 1964, p. 757, che, in una vicenda in cui il contraente deluso aveva già esplicitamente dedotto la pretesa risarcitoria accanto a quella di manutenzione del contratto, ha riconosciuto la possibilità di domandare, in occasione della *mutatio libelli* ex art. 1453, comma secondo, c.c., i danni da risoluzione in luogo di quelli da ritardo nell'adempimento o da inesatto adempimento, cioè sul rilievo che «quando la legge ammette, in deroga alle generali norme processuali, la sostituzione della domanda di risoluzione a quella di adempimento, non può, correlativamente, non ammettere l'introduzione della richiesta dei danni da risoluzione, anche se effettivamente diversi, per essenza e quantità, da quelli che siano stati richiesti insieme con l'originaria domanda di adempimento». Il principio è stato incidentalmente affermato e confermato da Cass., sez. un., 18 febbraio 1989, n. 962, secondo cui è ammessa la domanda di risarcimento dei danni nel caso in cui la domanda di risoluzione sia fondata sullo stesso fatto costitutivo di quella di adempimento.

danno contestualmente al passaggio dalla domanda di condanna all'adempimento a quella di risoluzione. A fondamento di questa ricostruzione, i giudici avevano addotto il tenore letterale dell'art. 1453, comma primo, c.c., a mente del quale, in caso di inadempimento, è sempre salva la possibilità di richiedere il risarcimento del danno ⁽¹¹³⁾. Inoltre, la domanda nuova di restituzione del *praestatum*, sempre proponibile nel caso di risoluzione del contratto a mente dell'art. 1455 c.c., non sembra soggiacere ad alcuna preclusione, pur essendo certamente una domanda nuova, anche se accessoria ⁽¹¹⁴⁾.

Come anticipato, la questione è stata sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite che, con sentenza n. 8519 dell'11 aprile 2014 ⁽¹¹⁵⁾, hanno adottato la soluzione permissiva, favorevole al cumulo oggettivo tra domanda di risoluzione e domanda di risarcimento del danno per inadempimento, a prescindere dal fatto che la domanda risarcitoria fosse stata proposta contestualmente a quella di adempimento. Il passaggio dall'azione di adempimento a quella di risoluzione si giustifica – secondo la Suprema Corte – con il fatto che le stesse, pur avendo un diverso oggetto, mirano a risultati coordinati e convergenti dal punto di vista dello scopo. Nei contratti a prestazioni corrispettive, infatti, l'azione di adempimento e quella di risoluzione costituiscono due rimedi giuridici atti a soddisfare lo stesso

¹¹³ Si noti la domanda di risarcimento del danno è differente a seconda che affianchi quella di adempimento ovvero di risoluzione. Nel primo caso ha ad oggetto l'interesse c.d. positivo mentre nel secondo caso ha ad oggetto anche il rimborso delle spese necessarie per preparare l'adempimento nonché il vantaggio patrimoniale che sarebbe derivato dalla corretta esecuzione del contratto. In giurisprudenza cfr. Cass., 30 agosto 2012, n. 14714, in *Foro it., Rep.*, 2012, voce *Contratto in genere*, n. 532; Cass., 7 febbraio 1998, n. 1298, in *Foro it., Rep.*, 1998, voce *Danni civili*, n. 320; Cass., sez. un., 25 luglio 1994, n. 6938, in *Gius.*, fasc. 11, p. 53; Cass., 7 maggio 1982, n. 2850, in *Resp. civ.*, 1982, p. 596.

¹¹⁴ Vero è che la domanda risarcitoria non rappresenta – come invece la domanda di restituzione – il logico corollario della risoluzione del contratto, ma ciononostante essa è legata da un rapporto di consequenzialità logico-giuridico e concorre a completare le difese del contraente fedele.

¹¹⁵ Cass., sez. un., 11 aprile 2014, n. 8519, cit. Già in questo senso anche l'ordinanza n. 19148 del 9 agosto 2013, con la quale è stata sottoposta la questione interpretativa alle Sezioni Unite. Condivide l'orientamento delle Sezioni Unite CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, cit., p. 971, in quanto orientata, così come la sentenza n. 12310/2015, all'effettività e concentrazione della tutela.

interesse del creditore insoddisfatto, consistente nell'evitare il pregiudizio derivante dall'inadempimento (¹¹⁶).

Consentendo all'attore di proporre la domanda di risarcimento del danno contestualmente alla modifica della domanda originaria di adempimento in risoluzione, si garantirebbero inoltre ragioni pubblicistiche di economia processuale, posto che la controversia potrebbe trovare soluzione nell'ambito del medesimo giudizio, senza che l'attore sia costretto a proporre la nuova domanda di risarcimento del danno in altro e separato processo (¹¹⁷). Inoltre, è stato osservato che la domanda di risarcimento del danno ha a oggetto, in questi casi, le spese sostenute dall'attore per preparare l'adempimento, oltre al vantaggio patrimoniale che sarebbe derivato a quest'ultimo nel caso di corretto adempimento del contratto, evento rispetto al quale l'attore ha perduto interesse in corso di causa, dopo aver instaurato il giudizio per l'adempimento. Tale evento, si osserva, è "sopravvenuto" rispetto all'instaurazione del giudizio, sicché sarebbe stato impensabile per l'attore proporre la domanda risarcitoria *ab origine* (¹¹⁸) e dedurre tale circostanza con l'atto introduttivo.

Se si consente, come riconosciuto dalle Sezioni Unite, la proposizione della nuova domanda di risarcimento del danno nel contesto di un giudizio instaurato dall'attore per ottenere l'adempimento e rispetto al quale la domanda iniziale è stata sostituita con quella di risoluzione, deve altresì consentirsi alle parti di esercitare il loro diritto di difesa anche mediante nuove allegazioni, pur essendo decorso il termine preclusivo di cui

¹¹⁶ Cfr. Cass., 29 novembre 2011, n. 15171, in *DeJure*. A conferma di quanto affermato nel testo vi è anche la circostanza che la proposizione della domanda di adempimento determina l'interruzione della prescrizione anche con riferimento alla domanda di risoluzione del contratto (Cass., sez. un., 10 aprile 1995, n. 416, in *DeJure*).

¹¹⁷ Come sottolineato dalla Sezioni Unite nella sentenza n. 8510/2014, l'ordinamento prevede altre fattispecie per cui il divieto dei *nova* è derogato al fine di evitare la proliferazione dei giudizi in relazione alla medesima situazione sostanziale, segnatamente: (i) art. 948, comma primo, c.c.; (ii) art. 2378 c.c.; (iii) art. 345 c.c. In argomento cfr. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del processo di cognizione*, cit., pp. 280 ss.; ID., *Le Sezioni unite si pronunciano sulla portata dell'art. 1453, 2° comma, c.c.*, cit., pp. 1627-1628. Le esigenze pubblicistiche di economia processuale sono peraltro evidenziate da Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, cit., nonché dalle sentenze gemelle n. 26242 e 26243 del 2014, cit.

¹¹⁸ V. sempre D'ALESSANDRO, *L'oggetto del processo di cognizione*, cit., p. 280.

all'art. 183 c.p.c. ⁽¹¹⁹⁾. Colui che propone la (nuova) domanda risarcitoria dovrà essere messo nelle condizioni di allegare i fatti costitutivi del diritto di credito al risarcimento del danno (*i.e.* quei fatti finalizzati a dimostrare che l'inadempimento non è di scarsa importanza, ecc.) e alla controparte di allegare i fatti estintivi, modificativi o impeditivi, in attuazione del contraddittorio. Oltre a ciò, dovrà consentirsi alle parti di effettuare deduzioni e controdeduzioni istruttorie.

SEZ. II. *MUTATIO ED EMENDATIO LIBELLI* AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA

9. *Premessa*

Il dibattito relativo alla modifica della domanda giudiziale è risultato particolarmente acceso rispetto a talune fattispecie, di frequente verifica nella prassi. Non è certo possibile, in questa sede, elencarle tutte. Ci limiteremo, dunque, a trattare le vicende giurisprudenziali più rilevanti, delle quali – come vedremo – alcune sono state oggetto di pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Lo scopo di questa indagine è quello di comprendere se il nuovo orientamento in tema di ammissibilità della modifica della domanda giudiziale, fatto proprio dalle Sezioni Unite con la nota sentenza n. 12310 del 15 giugno 2015, possa trovare conferma in fattispecie diverse da quelle

¹¹⁹ Riconoscono che, contestualmente al mutamento della domanda *ex art.* 1453 c.c., deve essere garantito il diritto di difesa di entrambe le parti, tra i tanti: D'ALESSANDRO, *L'oggetto del processo di cognizione*, cit., p. 281; ID., *Le Sezioni unite si pronunciano sulla portata dell'art. 1453, 2° comma, c.c.*, cit., p. 1629; GABRIELLI, *Proponibilità delle domande risarcitoria e risolutoria in corso di giudizio purché congiuntamente con quella di risoluzione del contratto di inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, pp. 604-605; FREDA, *La Cassazione torna sui suoi passi (ma fino ad un certo punto): l'ammissibilità della domanda risarcitoria e il limite dei fatti sopravvenuti*, in in *NGCC*, 2014, I, pp. 1002 ss., il quale critica la sentenza delle Sezioni Unite nella parte in cui subordina l'ammissibilità della domanda risarcitoria (proposta contestualmente alla *mutatio libelli* della domanda di adempimento in quella di risoluzione) alla condizione che non siano dedotti, a fondamento della domanda mutata, fatti diversi da quelli posti alla base dell'azione originaria. Nello stesso senso anche Cass., sez. un., 11 aprile 2010, n. 8510, cit.

del passaggio dalla domanda costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. a quella di mero accertamento del trasferimento della proprietà su un bene.

10. *Il passaggio dalla domanda di risarcimento del danno ex art. 1218 c.c. a quella di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.*

La questione relativa all'ammissibilità o meno del passaggio dalla domanda di risarcimento del danno per inadempimento contrattuale ex art. 1218 c.c. a quella di risarcimento del danno extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., o viceversa, risulta ancora dibattuta. Sul punto, infatti, vi è disaccordo di opinioni, in particolare tra l'orientamento seguito dalla giurisprudenza di legittimità e l'orientamento fatto proprio da una parte della dottrina. La stessa diversità di opinioni è riscontrabile anche rispetto alla questione dell'ammissibilità o meno del passaggio dalla fattispecie generale di responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c. a fattispecie di responsabilità extracontrattuali speciali.

Quanto alla prima questione, la giurisprudenza – muovendo dalla (ormai superata) convinzione per cui si ha *mutatio libelli* ogniqualvolta mutano gli elementi oggettivi di individuazione della situazione sostanziale – ha escluso che, proposta una domanda di risarcimento del danno contrattuale, sia consentito all'attore far valere una forma di responsabilità extracontrattuale⁽¹²⁰⁾, giacché, appunto, le due domande sono fondate su *petita* e *causae petendi* differenti. Si tratterebbe, infatti, di domande diverse in quanto diversi sono i fatti costitutivi dedotti a fondamento delle pretese risarcitorie e altrettanto diverse sono le situazioni sostanziali.

Vanno tuttavia menzionate talune pronunce della Corte di cassazione in cui è stato consentito al giudice di fare ciò che alla parte sembra-

¹²⁰ Cass., 10 maggio 2013, n. 11118; Cass., 10 ottobre 2008, n. 24996, in *Foro it., Rep.*, 2008, voce *Procedimento civile*, n. 155, tutte antecedenti alla sent. n. 12310/2015 delle Sezioni Unite. Con il nuovo orientamento in tema di modifica della domanda giudiziale inaugurato dalla sentenza da ultimo citata è ragionevole ritenere che anche i rapporti tra tutela contrattuale e tutela extracontrattuale possano esserne influenzati.

rebbe precluso: in tali pronunce, si è ritenuto che il giudice possa qualificare d'ufficio i fatti allegati dall'attore come integranti la fattispecie di responsabilità contrattuale, anziché quella di responsabilità extracontrattuale dedotta dall'attore con la domanda giudiziale ⁽¹²¹⁾.

Ritenere che, in siffatte ipotesi, si realizzi un concorso di diritti, e non già un concorso astratto di norme, comporta inevitabili ripercussioni in tema di portata preclusiva del giudicato. L'attore, soccombente nel primo giudizio promosso con domanda *ex art. 2043 c.c.*, potrebbe infatti sempre proporre, successivamente, un'altra domanda giudiziale vantando in giudizio, nei confronti dello stesso convenuto, un diritto di credito risarcitorio fondato su altro titolo. Trattandosi – secondo la tesi in esame – di due differenti diritti, la consumazione del primo con il giudicato non preclude la possibilità di dedurre il secondo in altro e separato processo. Analogamente, sarà possibile per l'attore instaurare contemporaneamente entrambi i giudizi, senza che sia applicabile la disciplina in materia di litispendenza di cui all'art. 39 c.p.c.

In senso opposto si è espressa una parte della dottrina, che ha ritenuto che il passaggio dalla domanda di risarcimento del danno contrattuale a quella di risarcimento del danno extracontrattuale costituisca un'ipotesi di mera *emendatio libelli*, trattandosi semplicemente di una modifica della qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto di credito dedotto in giudizio, restando quest'ultimo immutato nei suoi elementi essenziali ⁽¹²²⁾. A fondamento di questa soluzione vi è la considerazione per cui, se uno stesso episodio della vita è astrattamente riconducibile a diverse norme giuridiche, si ha un concorso di norme, e non un concorso di diritti. Il diritto dedotto in giudizio rimane uno solo, e ciò che cambia è esclusivamente la norma applicabile al caso concreto ⁽¹²³⁾. Da

¹²¹ Cass., 20 aprile 2010, n. 9325, in *Foro it., Rep.*, 2010, voce *Appello civile*, n. 40; Cass., 11 maggio 2007, n. 10830; Cass., 8 febbraio 2007, n. 2746.

¹²² Ha qualificato come *emendatio libelli* il passaggio dalla tutela risarcitoria *ex art. 1218 c.c.* a quella di cui all'art. 2043 c.c., da ultimo, D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, p. 238. Sul punto v. anche gli Autori citati nelle note successive.

¹²³ Per CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario a cura di E. Allorio*, I, 1980, pp. 186 e 206 ss., c'è un solo diritto al risarcimento del danno, potendosi semmai parlare di concorso di norme rispetto alle differenti prospettazioni giuridiche. Critico BOVE, *Individuazione dell'oggetto del processo e mutatio libelli*, in *Giur. it.*, 2016, 7, p. 1610,

ciò consegue – secondo la tesi in esame – che l’attore possa passare da una norma all’altra (o, se si vuole, da una qualifica giuridica all’altra) senza violare il divieto di *mutatio libelli*; del pari, il giudice può mutare la qualificazione giuridica del fatto come prospettata dall’attore con la domanda giudiziale in forza del principio *iura novit curia*, senza con ciò violare il disposto dell’art. 112 c.p.c.

Vi è poi chi ha ricostruito la questione sulla base del rapporto tra fattispecie sostanziali. È stato sostenuto che tra la fattispecie “responsabilità contrattuale” e quella “responsabilità aquiliana” si verifica un’ipotesi di «relazione di sussidiarietà»: quando lo stesso episodio della vita sia sussumibile in entrambe le fattispecie disciplinate, rispettivamente, dall’art. 1218 c.c. o dall’art. 2043 c.c., una sola di esse opera mentre la fattispecie c.d. “sussidiaria” opera soltanto qualora non sia già applicabile l’altra. In altri termini, la “responsabilità aquiliana” può essere invocata quando non sia esperibile altra forma di tutela, quella contrattuale, perché, in caso, si applica quest’ultima¹²⁴. Anche questa tesi induce a ritenere che il diritto vantato in giudizio con la domanda di responsabilità contrattuale ovvero con la domanda di responsabilità extracontrattuale sia unico, sempre che l’episodio della vita posto alla base di entrambe le azioni sia il medesimo, e del pari unica sarà la domanda, sicché il passaggio da una qualificazione all’altra, nei termini *ex lege* previsti, costituisce una mera modificazione ammissibile.

La dottrina che ricostruisce il passaggio dall’una all’altra domanda in termini di mera *emendatio libelli* ha sostenuto peraltro che, in sede di

il quale, pur riconoscendo che, nei rapporti tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale rispetto ad un unico episodio della vita, il diritto al ristoro è unico, afferma che «se l’oggetto della domanda sta nell’affermazione di un diritto soggettivo, non vedo come si possa sganciare l’allegazione in fatto dalla sussunzione sotto una specifica fattispecie giuridica, posto che il diritto soggettivo è sempre l’effetto di una fattispecie giuridica».

¹²⁴ Al riguardo v. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 259 ss. Critica MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., p. 824, nota 23, la quale osserva che, nel caso di diritto al risarcimento del danno fondato sia da un titolo di responsabilità contrattuale sia da un titolo di responsabilità extracontrattuale, il diritto è uno solo e l’unicità della domanda può essere affermata anche ammettendo – contrariamente a Menchini – che le fattispecie legali sono simultaneamente e cumulativamente applicabili. Anche Menchini giunge a ritenere che in siffatte ipotesi la domanda sia unica, escludendo tuttavia che i due titoli di responsabilità possano applicarsi simultaneamente, essendo l’uno sussidiario all’altro come visto nel testo.

modifica della domanda, l'attore possa allegare nuovi fatti costitutivi, divenuti rilevanti in seguito all'attività emendativa ⁽¹²⁵⁾.

Come anticipato all'inizio del presente paragrafo, anche il tema del passaggio dalla domanda di risarcimento extracontrattuale "generale" alle figure "speciali" di responsabilità da illecito è dibattuto in dottrina e giurisprudenza, quest'ultima sempre incline (quantomeno sino alla pronuncia del giugno 2015) ad attribuire valore non già all'oggetto del processo, bensì alla variazione degli elementi di fatto o all'introduzione di un nuovo *thema decidendum*.

La giurisprudenza unanime ha infatti negato che, richiesto il risarcimento del danno *ex art.* 2043 c.c., sia possibile valorizzare una figura speciale di responsabilità extracontrattuale, trattandosi di una domanda nuova, salvo che i fatti allegati dall'attore con l'atto di citazione siano idonei a integrare anche le figure speciali di responsabilità ⁽¹²⁶⁾.

Al contrario, la dottrina ha individuato una «relazione di specialità» tra la fattispecie "generale" della responsabilità da illecito di cui all'art. 2043 c.c. e talune fattispecie "speciali" di responsabilità, tra le quali giova rammentare quella per l'illecito del professionista (art. 2236 c.c.), del vettore (art. 1681 c.c.), del conduttore (art. 1588 c.c.). Si è infatti sostenuto che, siccome il fatto storico integra apparentemente entrambe le fattispecie, ma una delle due (detta "speciale") presenta un elemento

¹²⁵ D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, p. 238.

¹²⁶ Con riferimento ai rapporti tra azione *ex art.* 2043 c.c. e azione *ex art.* 2047 c.c. cfr. Cass., 6 aprile 2006, n. 8095, in *Foro it., Rep.*, 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 432; Cass., 22 ottobre 2002, n. 14905, in *Arch. Giur.*, 2002, p. 1272; Cass., 31 luglio 2002, n. 11356, in *Foro it., Rep.*, 2002, voce *Responsabilità civile*, n. 273; Cass., 28 novembre 1998, n. 12088, in *Foro it., Rep.*, 1998, voce *Responsabilità civile*, n. 165; Cass., 1° luglio 1998, n. 6418, in *Foro it., Rep.*, 1998, voce *Responsabilità civile*, n. 249; Cass., 6 marzo 1998, n. 2483, in *Foro it., Rep.*, 1998, voce *Responsabilità civile*, n. 250. A proposito del passaggio della domanda di cui all'art. 2043 c.c. a quella di cui all'art. 2048 c.c. cfr. Cass., 6 aprile 2006, n. 8095, cit.; Cass., 9 ottobre 1997, n. 9815, in *Dir. ed economica assicuraz.*, 1999, p. 271; Cass., 11 novembre 1983, n. 6708, in *Arch. Civ.*, 1984, p. 387. Con riguardo ai rapporti tra art. 2043 c.c. e 2051 c.c. cfr. Cass., 21 settembre 2015, n. 18463; Cass., 26 maggio 2014, n. 11660; Cass., 20 gennaio 2014, n. 999, in *Arch. circ. az.*, 2014, p. 306; Cass., 15 aprile 2010, n. 9053; Cass., 20 agosto 2009, n. 18520, in *Foro it., Rep.*, 2009, voce *Procedimento civile*, n. 190; Cass., 23 giugno 2009, n. 14622, in *Foro it., Rep.*, 2009, voce *Responsabilità civile*, n. 483; Cass., 6 luglio 2004, n. 12329, in *Danno e resp.*, 2014, p. 1193.

caratterizzante, se tale ultimo elemento risulta integrato, allora non può trovare applicazione la fattispecie “generale” (¹²⁷).

11. ... *dalla domanda di risarcimento del danno patrimoniale a quella di risarcimento del danno non patrimoniale e la richiesta di ulteriori voci di danno*

In tema di giudizio di risarcimento del danno, possono elencarsi tre ulteriori temi dibattuti: il primo attiene al passaggio dalla richiesta di tutela specifica a quella per equivalente; il secondo concerne il passaggio dalla domanda di risarcimento del danno patrimoniale a quella di risarcimento del danno non patrimoniale; il terzo riguarda la possibilità per l’attore di richiedere, in corso di causa, il risarcimento di ulteriori voci di danno rispetto a quelle oggetto della domanda originaria.

Quanto al tema dei rapporti tra tutela specifica e tutela per equivalente, la giurisprudenza ha qualificato come mera *emendatio libelli* l’ipotesi in cui l’attore agisca in giudizio chiedendo la tutela in forma specifica e, rivelandosi siffatta tutela impossibile, modifichi successivamente la domanda originaria in quella di tutela per equivalente pecuniario; ciò in quanto la tutela per equivalente si sostanzia in un “sostituto legale” della reintegrazione in forma specifica del patrimonio del creditore e la tutela succedanea costituisce un *minus* implicito nell’originaria domanda dell’attore (¹²⁸).

¹²⁷ Cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 256 ss.

¹²⁸ Cfr., tra le tante: Cass., 22 gennaio 2015, n. 1186, in *DeJure*; in *Dir. e giust.*, 23 gennaio 2015, con nota di VALERIO, *Risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente: due facce della stessa medaglia*; Cass., 25 giugno 2013, n. 15875, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass., 8 gennaio 2013, n. 259, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass., 15 luglio 2005, n. 15021, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 9; Cass., 23 gennaio 2009, n. 1700, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 1, 106, con riferimento alla domanda di ripristino del contratto di locazione ed a quella di risarcimento del danno; Cass., 8 marzo 2006, n. 4925, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3; Cass., 28 luglio 2005, n. 15883, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6, secondo cui, nel caso di contratto preliminare di compravendita, ove il bene non può più essere trasferito, la reintegrazione per equivalente rappresenta un surrogato legale della reintegrazione in forma specifica, sicché nella domanda diretta al trasferimento del bene, può ritenersi implicita la domanda volta all’acquisizione del suo equivalente pecuniario (nello stesso senso cfr. anche Cass., 2 settembre 2004, n. 17665, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2799; Cass., 22 febbraio 2001, n. 2613, in *Foro it.*, 2001, c. 2244); Cass., 15 luglio

La dottrina, pur essendo giunta alla medesima conclusione fatta propria dalle pronunce giurisprudenziali sopra menzionate per cui si tratta di un unico diritto, ha precisato che tra risarcimento del danno in forma specifica e risarcimento del danno per equivalente non vi è un concorso di pretese; ciò in quanto dal fatto illecito sorge un unico diritto risarcitorio che, a scelta del danneggiato, può assumere l'una o l'altra forma⁽¹²⁹⁾. Essendo unico il diritto, rigettata la domanda di risarcimento del danno in forma specifica, l'attore non potrà più far valere la tutela per equivalente pecuniario, essendo preclusa dal precedente giudicato sulla medesima situazione sostanziale.

Con riferimento agli altri due temi, la questione risulta più dibattuta.

Sulla base della convinzione per cui il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale ha una propria fisionomia, distinta da quella del diritto al ristoro patrimoniale, la giurisprudenza ha ritenuto che costituisca *mutatio libelli* il passaggio dalla domanda di risarcimento del danno patrimoniale a quella di risarcimento del danno non patrimoniale⁽¹³⁰⁾. Si

2005, n. 15021, cit.; Cass., 16 giugno 2005, n. 12964, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, p. 162; Cass., 18 gennaio 2002, n. 552, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 94; Cass., 25 luglio 1997, n. 6985, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1280; Cass., 16 gennaio 1997, n. 380, in *Foro it., Rep.*, 1997, voce *Danni civili*, n. 258. Nell'ambito del diritto del lavoro v. Cass., 19 novembre 2001, n. 14486, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1951, con riferimento alla richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro a seguito del licenziamento illegittimo ed alla concessione della tutela obbligatoria. Con riferimento alla domanda di reintegrazione nel possesso o di restituzione della cosa determinata e alla condanna al pagamento dell'equivalente pecuniario cfr. Cass., 29 novembre 2006, n. 25241, in *DeJure*; Cass., 5 aprile 2012, n. 5544, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 4, 460.

Non è invece ammesso il contrario, vale a dire il passaggio dalla tutela per equivalente a quella specifica (Cass., 5 marzo 1988, n. 2300, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, 3; Cass., 21 giugno 2000, n. 8424, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1360). V. però, in materia di danno ambientale, Cass., 10 dicembre 2012, n. 22382, in *Foro it.*, 2013, 3, I, c. 888, che ha ammesso la condanna al ripristino dello stato dei luoghi ancorché inizialmente fosse stato richiesto il risarcimento per equivalente, ma solo alla luce della peculiare disciplina normativa di cui al d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni nella legge 20 novembre 2009, n. 166.

¹²⁹ Cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 221; TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, cit., p. 257.

¹³⁰ In questo senso v. Cass., 5 luglio 2001, n. 9090, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 2001, p. 789. È invece ammesso modificare, nei termini di cui all'art. 183 c.p.c., il tipo di voce di danni non patrimoniale per cui si chiede tutela quando la domanda originaria aveva proprio ad oggetto il risarcimento del danno non patrimoniale (Cass., 17 luglio 2012, n. 12236, in *Arch. Circol.*, 2012, p. 1096; Cass., 13 ottobre 2009, n. 21680, in *NGCC*, 2010, I, con nota di BONACCORSI, "Chiedi e ti sarà dato": l'unitarietà del danno non patrimoniale dalla domanda alla liquidazione).

tratta, infatti, secondo la giurisprudenza in esame, di due pretese risarcitorie distinte e autonome, e quindi di due differenti diritti eteroindividuati perché aventi differenti fattispecie giuridiche costitutive (¹³¹), anche se unico può essere l'episodio della vita storico generatore (*i.e.* il medesimo fatto illecito).

Inoltre, si è rilevato che si verte in presenza di un vero e proprio concorso di diritti, posto che il diritto al risarcimento del danno patrimoniale e quello non patrimoniale possono sussistere contemporaneamente tra le medesime persone. Ciò accade, per esempio, nel caso in cui l'attore proponga una domanda di risarcimento del danno patrimoniale ai sensi dell'art. 2043 c.c. e, successivamente, nella prima udienza di comparizione delle parti e trattazione della causa, richieda la liquidazione del danno biologico *ex art.* 2059 c.c.

Quanto al tema della richiesta di ulteriori voci di danno, la questione va distinta a seconda che si parli di danno patrimoniale ovvero non patrimoniale. Nel primo caso, la giurisprudenza, muovendo dalla considerazione secondo cui le diverse voci di danno patrimoniale vanno a comporre un unico diritto risarcitorio, ha ritenuto ammissibile il passaggio da una voce di danno patrimoniale ad altra voce di danno sempre patrimoniale (¹³²). Del pari, e per le medesime ragioni, è ammessa la richiesta di

¹³¹ È pacifico che il diritto al risarcimento del danno patrimoniale sia diverso da quello al risarcimento del danno non patrimoniale. In particolare, Cass., sez. un., 31 maggio 2003, n. 8827, in *Foro it.*, 2003, c. 2273, con nota di NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, ha chiarito che l'art. 2059 c.c. disciplina il risarcimento del danno a seguito della lesione di diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost., il risarcimento del danno biologico per violazione del diritto alla salute e il danno morale. V. anche Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, pp. 97 ss., con nota di BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*; in *Resp. civ.*, 2009, p. 63, con nota di NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*; in *NGCC*, 2009, I, pp. 102 ss., con nota di BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle Sezioni Unite*. Prima della sentenza delle Sezioni Unite del 2003, la tesi dominante in giurisprudenza era nel senso che il danno non patrimoniale non fosse risarcibile in quanto non quantificabile economicamente, essendo il ristoro patrimoniale limitato ai casi previsti dalla legge.

¹³² Nel senso che le voci di danni patrimoniale costituiscono un unico diritto: Cass., 20 agosto 2015, n. 16992; Cass., 14 maggio 2013, n. 11514, in *Foro it.*, *Rep.*, 2013, voce *Danni civili*, n. 153; Cass., 12 febbraio 2013, n. 3290, in *Foro it.*, *Rep.*, 2013, voce *Danni civili*, n. 221; Cass., 6 dicembre 2005, n. 26687, in *Foro it.*, *Rep.*, 2005, voce *Cosa giudicata civile*, n. 25; Cass., 7 dicembre 2004, n. 22987, in *Foro it.*, *Rep.*, 2005, voce *Danni civili*, n. 285. L'unitarietà del diritto risarcitorio comporta che non è ammesso il suo frazionamento in più processi, ciascuno relativo a singole voci di danno, neppure se la parte abbia formulato l'espressa riserva di far

liquidazione di un'ulteriore voce di danno patrimoniale, che vada ad aggiungersi a quelle già richieste con la domanda introduttiva del giudizio. Si tratta, infatti, di un'ipotesi di *emendatio libelli*, in cui muta solo il *quantum* del risarcimento del danno domandato, non anche il diritto oggetto di causa.

Al contrario, costituisce un mutamento inammissibile della domanda giudiziale la richiesta, in corso di causa, di liquidazione di ulteriori voci di danno non patrimoniale, diverse da quelle oggetto della domanda originariamente proposta; ciò anche quando si tratti di un danno derivante dal medesimo fatto storico. Tuttavia, per superare questa visione rigida della questione, si è sostenuto che, nel caso in cui l'attore abbia mostrato la volontà di riferirsi a ogni voce di danno (patrimoniale e non) richiedendo il risarcimento di "tutti i danni", la richiesta di un'ulteriore voce di danno non costituisce domanda nuova, e può anche essere richiesta per la prima volta in appello (¹³³).

valere ulteriori e diverse voci di danno in altro procedimento (Cass., 22 dicembre 2011, n. 28286, cit.; Cass., 31 agosto 2011, n. 17879, che recepiscono i principi affermati da Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726). In dottrina, hanno rilevato che non sarebbe possibile far valere in giudizio singole voci di danno, frazionando così il credito: CARNELUTTI, *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, pp. 629 ss.; CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, in *Riv. ital. dir. lav.*, 1986, p. 454. *Contra*, nel senso che singole voci di danno potrebbero costituire oggetto di autonomo processo e che il passaggio dall'una all'altra costituisce *mutatio libelli*: ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1958, I, pp. 399 ss.; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, pp. 119 ss.

¹³³ Cass., 30 giugno 2015, n. 13328, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 6, pp. 1990 ss., ove si afferma che, per la validità della citazione, l'attore dovrà indicare analiticamente tutti i fatti materiali dai quali il diritto al risarcimento del danno sorge; Cass., 10 aprile 2015, n. 7193, in *Foro it., Rep.*, 2015, voce *Danni civili*, n. 7; Cass., 11 ottobre 2013, n. 23147, in *Danno e resp.*, 2014, p. 279, con nota di PONZANELLI, *Il "buonismo" della Cassazione e la facile dimenticanza del danno conseguenza*; Cass., 16 giugno 2011, n. 13179, in *Foro it., Rep.*, 2011, voce *Danni civili*, n. 293; Cass., 13 ottobre 2009, in *NGCC*, 2010, I, pp. 494 ss., con nota di BONACCORSI, *"Chiedi e ti sarà dato": l'unitarietà del danno non patrimoniale dalla domanda alla liquidazione*; Cass., 30 ottobre 2007, n. 22884, in *Foro it.*, 2007, I, cc. 3379 ss. e in *Giust. civ.*, 2008, I, pp. 109 ss., con nota di BRIGUGLIO, *I danni da fumo in cassazione: un'occasione sfumata*. *Contra*: Cass., 22 ottobre 2013, n. 23917, in *Giur. it.*, 2014, n. 835, con nota critica di VAPINO, *Danno non patrimoniale: unitarietà del risarcimento e unitarietà della domanda*.

12. ... dalla domanda di adempimento del contratto a quella di ingiustificato arricchimento

La questione relativa al passaggio dalla domanda di adempimento del contratto a quella di indebito arricchimento di cui all'art. 2041 c.c. è stata oggetto di un contrasto giurisprudenziale, risolto nel 2010 con la sentenza delle Sezioni Unite n. 26128 (¹³⁴). In particolare, sino a tale sentenza, si potevano registrare due differenti orientamenti giurisprudenziali.

Da un lato vi era chi, ricostruendo i rapporti tra domanda di ingiustificato arricchimento e domanda di adempimento contrattuale in chiave di concorso di diritti, aveva ritenuto che il passaggio dall'una all'altra forma di tutela costituisse un'ipotesi di mutamento inammissibile della domanda giudiziale (¹³⁵). Le due domande sarebbero – secondo la tesi in

¹³⁴ Cass., sez. un., 27 dicembre 2010, n. 26128, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 1578 ss., con nota parzialmente adesiva di S. A. VILLATA, *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato: mutatio libelli e opposizione a decreto ingiuntivo*; in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 483, con nota di CARIGLIA, *Mutatio o emendatio libelli e termine per la reconventio reconventionis nell'opposizione a decreto ingiuntivo*.

¹³⁵ La domanda di indennizzo per arricchimento senza causa è nuova rispetto a quella di adempimento contrattuale originariamente formulata per Cass., sez. un., 22 maggio 1996, n. 4712, in *Giur. it.*, 1996, I, pp. 1439 ss., con nota di VULLO, *Le Sezioni unite si pronunciano in tema di inammissibilità della domanda nuova, rilevabilità d'ufficio del vizio e accettazione del contraddittorio*; in *Corr. giur.*, 1996, pp. 1248 ss., con nota di FABIANI, *Vecchio rito e nuove domande: le Sezioni Unite ripudiano l'accettazione presunta del contraddittorio*, e di GUARNIERI, *Inammissibile la proposizione in corso di causa della domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento*; in *Foro it.*, 1998, I, pp. 2975 ss., con nota di CARIGLIA; in *Giust. civ.*, 1996, I, pp. 1889 ss. Nello stesso senso, dalla meno alla più recente, Cass., 29 settembre 1997, n. 9507, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1798; Cass., 29 gennaio 1998, n. 915, in *Foro it., Rep.*, 1998, voce *Procedimento civile*, n. 233; Cass., 6 ottobre 1999, n. 11123, in *Foro it., Rep.*, 1999, voce *Procedimento civile*, n. 46; Cass., 24 maggio 2000, n. 6810, in *Foro it., Rep.*, 2000, voce *Appello civile*, n. 56; Cass., 12 giugno 2000, n. 7979, in *Foro it., Rep.*, 2000, voce *Appello civile*, n. 58; Cass., 21 luglio 2000, n. 9594, in *Foro it., Rep.*, 2000, voce *Procedimento civile*, n. 241; Cass., 20 dicembre 2001, n. 16063, in *Foro it.*, 2003, I, pp. 191 ss., nonché in *Riv. dir. civ.*, 2001 (s.m.), pp. 511 ss., con nota di RENZI, *Divieto di domanda nuova e rapporti tra la domanda originaria di adempimento contrattuale e quella successiva di arricchimento senza causa*; Cass., 27 novembre 2001, n. 15028, in *Foro pad.*, 2002, I, 309; Cass., 29 marzo 2001, n. 4612, in *Mass. Foro it.*, 382; Cass., 24 ottobre 2003, n. 16005, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 10; Cass., 2 dicembre 2004, n. 22667, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 12; Cass., 26 maggio 2004, n. 10168, *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5; Cass., 2 agosto 2007, n. 17007, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 9. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Teramo, 27 ottobre 2015, n. 1455, in *DeJure*.

In dottrina v. S. A. VILLATA, *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato: mutatio libelli e opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 1578 ss.; LENT, *Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo*, in *Jus*, 1953, pp. 431 ss., spec. p. 462; TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, cit., p. 284; GUARNIERI, *Domanda di arricchimento*

esame – strutturalmente e tipologicamente diverse, in quanto aventi a oggetto due differenti diritti eteroindividuati, fondati su diversi fatti costitutivi e *petita* mediati: nella domanda di ingiustificato arricchimento sono fatti costitutivi l'assenza di un titolo (¹³⁶), l'impovertimento dell'attore e il conseguente arricchimento del convenuto, mentre nella domanda di adempimento il fatto costitutivo è proprio il contratto (oltre, naturalmente, all'effettuazione della controprestazione); inoltre, nella domanda di cui all'art. 2041 c.c. il *petitum* mediato consiste nell'indennizzo, mentre nella domanda di adempimento esso coincide con l'esecuzione della prestazione contrattuale inadempita, che può certamente coincidere con il pagamento di una somma di denaro ma, appunto, a diverso titolo (non per indennizzo *ex art.* 2041 c.c. bensì, per esempio, per pagamento del prezzo derivante da una vendita) (¹³⁷).

e «mutatio libelli», in *Corr. Giur.*, 1996, p. 1262. Peculiare la posizione di BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, 2009, p. 167, il quale ricostruisce la fattispecie in termini di concorso di azioni e perciò di diritti che mirano ad un risultato sostanzialmente coincidente, «tant'è che il soddisfacimento del diritto dedotto con l'una estinguerebbe inevitabilmente il diritto dedotto con l'altra». *Contra*: S. A. VILLATA, *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato: mutatio libelli e opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., p. 1580, nota 8, il quale rileva che l'accertamento dell'un diritto non estingue l'altro, bensì ne esclude la stessa esistenza.

¹³⁶ La presenza di una giusta causa, infatti, impedirebbe la proposizione della domanda di ingiustificato arricchimento. Trattasi, infatti, di una tutela sussidiaria *ex art.* 2042 c.c. («l'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito»).

¹³⁷ In realtà giova rilevare che, in entrambe le azioni, il *petitum* mediato, inteso come bene della vita, è il medesimo, vale a dire il pagamento di una somma di denaro (in questo senso già S. A. VILLATA, *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato: mutatio libelli e opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., p. 1580, nota 6, il quale afferma che «se si pone invece dal punto di vista della realtà materiale, si vede che in entrambe le azioni l'attore richiede sempre il pagamento di una somma di denaro, il che vale a dire che il *petitum* appare identico»). Ciò che cambia, infatti, è il titolo per cui si chiede la condanna del convenuto al pagamento di siffatta somma, la ragione del domandare o, in altri termini, il fatto costitutivo, inteso questo come episodio della vita individuato alla stregua di una fattispecie legale astratta, ossia mediante il riferimento al tipo normativo (su questa concezione di fatto costitutivo, pur sulla base di percorsi ricostruttivi non coincidenti, v. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, pp. 326-327; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, I, 2, 1980, 1973, pp. 1046 ss. e 1062; SEGNI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di Scajola-Branca, Bologna-Roma, 1960, pp. 286 ss. e 352-353). Se, invece, si adotta una nozione ampia di fatto costitutivo, tale per cui esso coincide con il concreto episodio della vita inteso in senso naturalistico (per questa ricostruzione, anche se con premesse diverse, cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 248 ss.; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit.,

Dall'accoglimento della tesi che ricostruisce i rapporti tra domanda di ingiustificato arricchimento e domanda di adempimento contrattuale in chiave di *mutatio libelli* consegue che, proposta la prima domanda, l'attore possa agire in separato e autonomo giudizio proponendo l'altra domanda, con conseguente diseconomia dei giudizi e rischio di giudicati contrastanti. Questi problemi potrebbero, forse (¹³⁸), essere superati alla luce della disciplina della riunione delle cause per connessione *ex art. 40 c.p.c.* o *ex art. 274 c.p.c.*, a seconda che le cause siano pendenti innanzi a giudici diversi o allo stesso giudice.

Inoltre, siffatta ricostruzione implica talune ripercussioni anche in tema di limiti oggettivi del giudicato. Rigettata la prima domanda nel merito, senza che la seconda e differente domanda sia stata proposta nel giudizio conclusosi definitivamente con sentenza, l'attore potrà sempre agire, in altro processo, chiedendo la medesima prestazione in forza di un titolo differente (¹³⁹). Infatti, come noto, il giudicato vincola le parti (oltre agli

pp. 208 ss.), nelle due azioni neppure tale elemento sarebbe diverso, trattandosi di un mero concorso di norme e di una relazione di esclusione tra le due fattispecie giuridiche (sul punto cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 250-251).

¹³⁸ Le ragioni per cui siffatta proposta viene formulata in termini dubitativi è la seguente. È noto che la connessione che, ai sensi dell'art. 40 c.p.c., consente il *simultaneus processus* è quella c.d. propria o per titolo, che richiede la comunanza, tra le due cause, del *petitum* e/o della *causa petendi*. Ebbene, la tesi in esame esclude proprio che tra l'azione di ingiustificato arricchimento e quella di adempimento contrattuale siano comuni tali elementi oggettivi, di tal che, se questa è la premessa, verrebbero a mancare i presupposti per l'applicazione dell'istituto della connessione. Per un approfondimento del tema cfr. RENZI, *Divieto di domanda nuova e rapporti tra la domanda originaria di adempimento contrattuale e quella successiva di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pp. 526 ss.

¹³⁹ Nel caso di accoglimento della domanda, l'attore non potrebbe agire in giudizio chiedendo la medesima prestazione sulla base del titolo non dedotto nel primo processo, perché, in tal caso, vi sarebbe non solo una violazione dell'art. 2042 c.c. (ai sensi del quale l'azione di arricchimento senza causa ha natura sussidiaria rispetto ad altra azione diretta (es. adempimento del contratto) o della stessa natura (es. ripetizione dell'indebito), ma mancherebbe anche l'interesse ad agire (in questo senso MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 166, secondo il quale «l'identità dello scopo e la contestuale estinzione di entrambe le pretese, a seguito dell'adempimento di una, suggeriscono, in caso di accoglimento della prima azione, di considerare inammissibile, per difetto di interesse ad agire, la posteriore richiesta di condanna, basata sull'altra obbligazione e proposta anteriormente al ricevimento della prestazione). Inoltre, giova rilevare che la seconda condanna sarebbe inutile per l'attore in quanto «munito di due titoli esecutivi contro la stessa persona, egli potrebbe tuttavia eseguire uno solo, perché quando avesse ottenuto una volta il soddisfacimento, sarebbero estinti anche i diritti concorrenti e contro l'uso del titolo il debitore potrebbe utilmente fare opposizione» (LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo*

eredi e aventi causa *ex art. 2909 c.c.*) con riferimento alla situazione sostanziale dedotta e accertata con sentenza definitiva e irretrattabile, *i.e.* passata in giudicato, nonché «ad ogni effetto» in relazione ai diritti dipendenti dal diritto oggetto di accertamento giurisdizionale. Al contrario, gli effetti del giudicato non si espandono verso situazioni sostanziali non dedotte in giudizio ovvero verso quelle che non abbiano un legame di pregiudizialità-dipendenza con la situazione accertata con forza di giudicato⁽¹⁴⁰⁾.

In senso contrario rispetto alla tesi della diversità delle azioni, si è espressa una parte della dottrina che ha ricondotto i rapporti tra la domanda di ingiustificato arricchimento e la domanda di adempimento del contratto alla fattispecie del concorso di norme⁽¹⁴¹⁾ o alla teoria del c.d. effetto giuridico⁽¹⁴²⁾. In tal modo si è sostenuto che, essendo il diritto posto alla base delle due domande (*rectius* della stessa domanda) uno solo, perché il fatto costitutivo è unico, la proposizione della domanda di ingiustificato arricchimento nel contesto di un giudizio instaurato per ottenere l'adempimento contrattuale costituirebbe una mera ipotesi di *emendatio libelli*⁽¹⁴³⁾, e non un mutamento vietato della domanda originaria.

civile, cit., p. 61). Pertanto, accolta la domanda di adempimento del contratto, l'eventuale domanda di arricchimento ingiustificato non può più essere proposta, trovando un impedimento nel precedente giudicato sul diritto incompatibile.

¹⁴⁰ In argomento cfr. anche S. A. VILLATA, *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato: mutatio libelli e opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., pp. 1584 ss.

¹⁴¹ MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 231 ss. e 248 ss., per il quale la relazione intercorrente tra l'azione contrattuale e quella di ingiustificato arricchimento è di mera esclusione di fattispecie sostanziali, posto che, sul piano sostanziale, il diritto soggettivo rimane unico, come unico è il bene della vita richiesto dall'attore; ID., *Il giudicato civile*, cit., pp. 129 ss.; ID., voce *Regiudicata civile*, cit., pp. 448 ss. Per il rilievo per cui le fattispecie in esame si trovano in una relazione di esclusione reciproca, di tal che il fatto storico non può essere sussunto sotto entrambe, e quindi può generare un unico diritto di credito, cfr. anche CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 208-209, testo e nota 154. Nella dottrina civilistica v. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, pp. 41-42; ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940, pp. 182-184.

¹⁴² Per CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 186 ss. e 208, l'attenzione va posta sull'effetto giuridico, nel senso che se molteplici sussunzioni sono coordinate verso un unico effetto, allora uno solo è il diritto fatto valere. Pertanto, o esiste il contratto, e allora si ricadrà nell'ipotesi della domanda di adempimento, o non esiste, e allora sarà proponibile quella di ingiustificato arricchimento.

¹⁴³ In questo senso era orientata la giurisprudenza minoritaria Cass., 14 giugno 2000, n. 8110, in *Foro it.*, *Rep.*, 2000, voce *Appello civile*, n. 59. In dottrina, a favore della mera modifica della

Infatti, delle due l'una: o l'attribuzione patrimoniale è avvenuta in adempimento di un obbligo contrattuale, e allora sussiste la causa e non può applicarsi la fattispecie giuridica dell'ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 c.c., oppure l'attribuzione patrimoniale è senza causa, e allora non può essere applicata la norma contrattuale⁽¹⁴⁴⁾. Essendo unico il diritto sostanziale, in quanto uno solo è il fatto costitutivo, allora anche il giudice avrebbe il potere di passare, all'interno del giudizio, dall'una all'altra figura, senza violare il principio della domanda.

Corollario di tale impostazione, favorevole all'unicità delle domande, consiste nel ritenere applicabile la disciplina della litispendenza *ex art. 39 c.p.c.* (o, *rectius*, della continenza attesa la non perfetta coincidenza tra le due fattispecie) e quella della riunione *ex art. 273 c.p.c.*, trattandosi della «stessa causa» o, in altri termini, della stessa situazione sostanziale deducibile in giudizio.

In termini di limiti oggettivi del giudicato, questa tesi induce a ritenere che, rigettata una domanda⁽¹⁴⁵⁾, non sia possibile riproporre l'altra in autonomo giudizio, essendosi formato il giudicato sulla identica situazione giuridica sostanziale, salvo il caso in cui il motivo portante del rigetto della domanda di adempimento del contratto sia determinato proprio dalla nullità del titolo contrattuale, sicché, come rilevato dalla giurisprudenza e dalla dottrina⁽¹⁴⁶⁾, si dovrebbe permettere di proporre, successivamente, la domanda di ingiustificato arricchimento non esperita nel

domanda, v. RENZI, *Divieto di domanda nuova e rapporti tra la domanda originaria di adempimento contrattuale e quella successiva di arricchimento senza causa*, cit., pp. 511 ss., spec. 514 ss.

¹⁴⁴ Cfr. ampiamente MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 250 ss.

¹⁴⁵ In caso di accoglimento della domanda, opera ovviamente l'*exceptio rei iudicate*, la quale, in applicazione del principio del *ne bis in idem*, è di ostacolo alla pronuncia della sentenza di merito sulla stessa situazione sostanziale già decisa con efficacia di giudicato. Cfr. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 99; ID., voce *Regiudicata civile*, cit., pp. 441 ss. e 466 ss.; ID., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 197 ss.

¹⁴⁶ In giurisprudenza cfr. per tutte Cass., 8 agosto 1996, n. 7285, in *Foro it., Rep.*, 1996, voce *Arricchimento senza causa*, n. 20. In dottrina cfr. S. A. VILLATA, *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato: mutatio libelli e opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., p. 1582; TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, III, pp. 74-75, per il quale «soltanto dopo una dichiarazione giudiziale di inesistenza del diverso rimedio invocato, l'interessato potrà ricorrere all'azione di arricchimento»; GUARNIERI, *Inammissibile la proposizione in corso di causa della domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento*, cit., p. 1263,

primo giudizio, con il corollario che il giudice del secondo processo non potrebbe prescindere dall'accertamento della nullità del contratto reso nel primo giudizio (¹⁴⁷).

Nel passaggio dall'una all'altra tutela, l'attore potrà allegare fatti costitutivi nuovi e ulteriori rispetto a quelli allegati in giudizio con la proposizione della domanda giudiziale (¹⁴⁸). Per esempio, con la proposizione della domanda di cui all'art. 2041 c.c. in un giudizio instaurato per l'adempimento del contratto, l'attore potrà allegare i fatti "arricchimento altrui" e "diminuzione patrimoniale propria", che andranno ad aggiungersi, e non a sostituirsi, a quelle già oggetto del processo. Inoltre, ammesso il passaggio dalla domanda di adempimento contrattuale a quella di arricchimento senza causa, che deve comunque avvenire al più tardi nella prima memoria *ex art. 183*, comma sesto, c.p.c., la controparte deve essere messa nella condizione di effettuare anch'essa nuove allegazioni di fatti impeditivi, estintivi o modificativi, nonché di formulare nuove richieste di prova dei suddetti fatti.

In questo contesto, con la sentenza n. 26128 del 27 dicembre 2010, le Sezioni Unite della Cassazione sono intervenute per dirimere il contrasto giurisprudenziale insorto tra le sezioni semplice, accogliendo la prima delle due ricostruzioni proposte, vale a dire quella favorevole alla *mutatio*

per il quale «la proponibilità dell'azione di arricchimento, dopo che è stata accertata con sentenza l'inesistenza di un legame contrattuale», costituisce «un corollario coatto dell'art. 2042 c.c.».

¹⁴⁷ Per vero, la soluzione di ritenere il giudice adito *ex art. 2041 c.c.* vincolato dalla decisione, emessa in altro processo, sull'invalidità del negozio giuridico, potrebbe considerarsi accettabile solo ravvisando, nella specie, un nesso di pregiudizialità-dipendenza tra le questioni, nel senso di considerare che la nullità del contratto sia un fatto costitutivo dell'azione di arricchimento senza causa. La questione è complessa e non è certamente possibile trattarla in questa sede con la dovuta attenzione. Sia consentita, ciononostante, un'ulteriore notazione: l'ipotesi contraria, quella per cui il giudice del secondo processo non sarebbe vincolato dal giudicato sulla nullità, potrebbe condurre ad un contrasto di decisioni. Si pensi al caso in cui, appunto, il primo processo relativo all'adempimento del contratto si sia concluso con il rigetto per l'accertamento della nullità del titolo e il secondo processo sia anch'esso concluso con il rigetto nel merito per carenza del requisito della sussidiarietà *ex art. 2042 c.c.*, per aver questo giudice ritenuto esperibile l'azione *ex contractu* sulla base della affermata validità del negozio giuridico *inter partes*.

¹⁴⁸ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 206 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 250.

libelli ⁽¹⁴⁹⁾). In particolare il Supremo Collegio, in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, ha affermato che «le domande di adempimento contrattuale e di arricchimento senza causa, quali azioni che riguardano entrambe diritti eterodeterminati, si differenziano, strutturalmente e tipologicamente, sia quanto alla “causa petendi” (esclusivamente nella seconda rilevando come fatti costitutivi la presenza e l’entità del proprio impoverimento e dell’altrui locupletazione, nonché, ove l’arricchito sia una p.a., il riconoscimento dell’utilitas da parte dell’ente), sia quanto al “petitum” (pagamento del corrispettivo pattuito o indennizzo). Ne consegue che, nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo – al quale si devono applicare le norme del rito ordinario, ai sensi dell’art. 645 comma 2, e, dunque, anche l’art. 183 comma 5 c.p.c. – è ammissibile la domanda di arricchimento senza causa avanzata con la comparsa di costituzione e risposta dall’opposto (che riveste la posizione sostanziale di attore) soltanto qualora l’opponente abbia introdotto nel giudizio, con l’atto di citazione, un ulteriore tema di indagine, tale che possa giustificare l’esame di una situazione di arricchimento senza causa. In ogni altro caso, all’opposto non è consentito di proporre, neppure in via subordinata, nella comparsa di risposta o successivamente, un’autonoma domanda di arricchimento senza causa, la cui inammissibilità è rilevabile d’ufficio dal giudice» ⁽¹⁵⁰⁾.

¹⁴⁹ Cass., sez. un., 27 dicembre 2010, n. 26128, cit. La giurisprudenza successiva ha seguito il *dictum* delle Sezioni Unite: v., *ex multis*, Cass., 10 gennaio 2014, n. 405, in *Dir. e giust.*, 13 gennaio 2014; Cass., 22 ottobre 2013, n. 23927, in *Dejure*; Cass., 9 aprile 2013, n. 8582, in *DeJure*; Cass., 13 maggio 2011, n. 10663, in *Foro it.*, 2012, c. 1879; Cass., 3 aprile 2012, n. 5288, in *Foro it.*, *Rep.*, 2012, voce *Procedimento civile*, n. 198.

¹⁵⁰ Il principio si pone in linea di sostanziale continuità con l’orientamento secondo il quale nell’ordinario giudizio di cognizione che si instaura a seguito dell’opposizione a decreto ingiuntivo, l’opposto non può proporre domande diverse da quelle fatte valere con l’ingiunzione; pertanto, qualora abbia richiesto il decreto ingiuntivo per ottenere il pagamento di un credito in base a titolo contrattuale, non può successivamente avanzare domanda fondata sui medesimi fatti ma a titolo di ingiustificato arricchimento, in quanto questa è da considerarsi nuova» (Cass. 4 ottobre 2002 n. 14267, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1769, che, nella specie, ne ha escluso la proponibilità per la prima volta in sede di appello; Cass. 10 agosto 2001 n. 11053, in *Foro it.*, 2002, I, 783, che ha cassato una sentenza del giudice di pace che, in accoglimento della domanda nuova di ingiustificato arricchimento formulata dall’opposto, aveva rigettato l’opposizione a decreto ingiuntivo; v. anche Cass. 18 novembre 2003 n. 17440, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 11). Vi si contrappone l’orientamento espresso da Cass. 23 giugno 2009 n. 14646, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 6, 965, secondo il quale «nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, emesso per il pagamento di somme a titolo di corrispettivo di forniture in favore di un ente

Tuttavia, non può negarsi che quanto statuito dalla Suprema Corte nella nota sentenza delle Sezioni Unite del 2015 in materia di *mutatio ed emendatio libelli* è destinato a produrre i suoi effetti anche con riferimento al tema del passaggio dall'azione di ingiustificato arricchimento a quella di adempimento del contratto, e viceversa. Ripensando la materia sia alla luce di tale *dictum* (per cui, anche nel caso di diritti diversi inerenti la stessa vicenda sostanziale ed esistenziale, non vi sarebbe un mutamento inammissibile della domanda giudiziale, sempre che la vicenda sostanziale ed esistenziale rimanga la medesima), sia alla luce dell'autorevole dottrina per cui il passaggio dall'una all'altra domanda si sostanzia in una diversa qualificazione della fattispecie giuridica costitutiva o nel concorso di norme, senza che vi sia una variazione del diritto *sub iudice*, si potrebbe ritenere che il passaggio dalla domanda di ingiustificato arricchimento a quella di adempimento del contratto (e viceversa) costituisca una mera *emendatio libelli* ⁽¹⁵¹⁾.

pubblico territoriale, la proposizione da parte dell'opposto dell'azione di arricchimento senza causa, in via subordinata rispetto alla domanda principale, al fine di contrastare le eccezioni dell'opponente, senza immutazione o alterazione del fatto costitutivo del diritto dedotto in giudizio, non costituisce *mutatio libelli*, ma semplice *emendatio*, sicché non viola il divieto di domande nuove, previsto dagli art. 183 e 184 c.p.c. » (in senso conforme, Cass. 18 novembre 2008 n. 27406, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 11, 1641, e Cass. 12 luglio 1996 n. 6332, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 979).

¹⁵¹ Le due diverse impostazioni – quella delle Sezioni Unite e quella della recente dottrina – hanno però conseguenze diverse sul piano processuale. Infatti, ritenendo che, nella specie, i diritti dedotti in giudizio siano diversi ma, ciononostante, si ravvisano gli estremi dell'*emendatio* perché la vicenda sostanziale ed esistenziale rimane la stessa, allora gli effetti sostanziali e processuali della domanda modificata si producono dal momento della proposizione della stessa in udienza ovvero nella prima memoria; viceversa, ritenendo che, nella specie, non vi sia una modifica del diritto dedotto in giudizio (il quale rimane invariato) ma solamente una riqualificazione della fattispecie, si deve concludere che gli effetti della domanda decorrano dal momento della proposizione della stessa (*i.e.* dalla notifica dell'atto di citazione o dal deposito del ricorso in cancelleria), e quindi dal momento in cui il processo è stato avviato, a nulla rilevando la modifica della domanda così intesa. Ulteriori differenze si rinvengono anche rispetto al tema dei *nova* in appello e dei limiti oggettivi della cosa giudicata. Infatti, ritenere che sussista un'ipotesi di concorso di diritti determina il fatto che la diversa domanda non possa essere proposta per la prima volta in appello, in ossequio a quanto previsto dall'art. 354 c.p.c., nonché che il rigetto della prima domanda non preclude la riproposizione successiva dell'altra. Per un approfondimento v. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., p. 245.

13. *Le modifiche della domanda nei giudizi costitutivi. In particolare: la modifica del motivo di impugnazione del contratto e il passaggio da un'azione di impugnativa negoziale ad altra*

Con riferimento ai giudizi costitutivi, i confini della *mutatio* e della *emendatio libelli* variano in base alla concezione di oggetto del processo che si ritiene di accogliere ⁽¹⁵²⁾.

Coloro i quali aderiscono alla tesi per cui l'oggetto del processo costitutivo consiste nel diritto potestativo ⁽¹⁵³⁾ sono portati a ritenere che si ha *mutatio libelli* ogniqualvolta venga modificato il fatto costitutivo oggetto del diritto; ciò in quanto vi sono tanti possibili oggetti per ogni possibile azione costitutiva esperibile ⁽¹⁵⁴⁾. Così, con specifico riferimento alla domanda di annullamento del contratto per vizi della volontà, si è sostenuto che i singoli vizi costituiscano fattispecie distinte, con conseguente inammissibile *mutatio libelli* ⁽¹⁵⁵⁾.

Al contrario, coloro che muovono dalla concezione secondo cui oggetto del processo costitutivo è il rapporto giuridico sostanziale, su cui è destinata ad incidere la modificazione richiesta dall'attore, ritengono che, tutte le volte in cui, pur mutando la fattispecie giuridica costitutiva, l'effetto giuridico invocato rimane invariato, allora si avrà mera *emendatio libelli*. Essendo l'oggetto del processo costitutivo ricostruito a partire dal bene della vita su cui gli effetti costitutivi, modificativi o estintivi,

¹⁵² In argomento cfr. paragrafi 6 e seguenti del capitolo III.

¹⁵³ Sul punto si rinvia al paragrafo 6 del capitolo III.

¹⁵⁴ Cfr. per tutti FERRI, voce *Costitutiva (Azione)*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, pp. 4-5, anche per ulteriori riferimenti.

¹⁵⁵ CONSOLO, *La trattazione della causa: gli artt. 167, 180, 183 e 184 e altre disposizioni sul processo di cognizione così come novellati dalle leggi n. 80 e n. 263 del 2005*, in CONSOLO-LUISSO-MENCHINI-SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma*, Milano, 2006, p. 21; ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, cit., pp. 215 ss.; ID., *Poteri processuali e contratto invalido*, cit., pp. 941 ss., spec. p. 952 nota 19. L'Autore rileva che nelle azioni costitutive, a differenza di quelle di nullità o simulazione del contratto rispetto alle quali, avendo ad oggetto l'accertamento negativo del rapporto giuridico fondamentale, è possibile passare da un motivo di nullità ad un altro, ciascuna categoria di fatti (dolo, violenza, errore, incapacità naturale) alimenta un differente potere di azione costitutiva. In giurisprudenza Cass., 12 febbraio 2003, n. 2104, in *DeJure*, ove inizialmente è stato dedotto il dolo e successivamente l'errore. Cfr. anche Cass., 11 novembre 2005, n. 22900, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 7-8; Cass., 24 ottobre 2007, n. 22329, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 10.

richiesti dall'attore, incidono attraverso l'esercizio dell'azione costitutiva tipica, il diritto potestativo è ritenuto meramente strumentale rispetto al conseguimento di siffatto effetto giuridico, sicché è uno solo l'oggetto del processo in tutti i casi in cui le diverse azioni ipoteticamente esperibili abbiano a oggetto lo stesso effetto giuridico e siano dirette a ottenere il medesimo bene della vita⁽¹⁵⁶⁾. Secondo questa impostazione, dunque, è sempre possibile modificare il motivo della richiesta di annullamento del contratto (per esempio dall'errore al dolo)⁽¹⁵⁷⁾, così come passare da una causa di risoluzione del contratto a un'altra (per esempio, dall'inadempimento all'eccessiva onerosità sopravvenuta) ovvero da una causa di rescissione ad un'altra (da rescissione *ex art.* 1447 c.c. a quella di cui all'art. 1448 c.c.)⁽¹⁵⁸⁾. Del pari, secondo la tesi in esame, è consentito il passaggio da un'azione costitutiva ad altra azione costitutiva avente a oggetto il medesimo contratto; ciò in quanto in tale caso rimane comunque invariato l'oggetto del processo, consistente nel rapporto giuridico di cui si chiede la caducazione, costituzione o modifica, a nulla rilevando, invece, la variazione del diritto potestativo che è espunto dall'oggetto del processo⁽¹⁵⁹⁾.

¹⁵⁶ Cfr. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, pp. 404 ss., spec. p. 446; MOTTO, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, cit., pp. 1042 ss. Esattamente in questi termini anche Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, cit.

¹⁵⁷ MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 139 ss.; FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, pp. 247 ss.; D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., pp. 251 ss.

¹⁵⁸ Cfr. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., pp. 252 ss.

¹⁵⁹ In questo senso v. MENCHINI, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *I quaderni del Foro italiano*, 2/2015, pp. 24 ss., nonché in *Foro it.*, 2015, I, cc. 931 ss.; ID., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 323, nota 59. V. anche D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., pp. 255 ss., la quale osserva che tale ricostruzione trova un ostacolo con riferimento alla disciplina della trascrizione delle domande giudiziali; ostacolo che potrebbe essere aggirato – rileva l'Autrice – con un'interpretazione teleologicamente orientata dell'art. 2652 c.c., norma che regola diversamente la disciplina della trascrizione nel caso di domande di rescissione (art. 2652, n. 1, c.c.) o di annullamento (art. 2652, n. 6, c.c.). «Per far “quadrare” il sistema» – secondo D'Alessandro – si dovrebbe affermare che: (i) la funzione di pubblicità-notizia nei confronti dei terzi è ugualmente assolta dalla trascrizione dell'originaria domanda giudiziale; (ii) non si può pretendere che l'attore qualifichi in maniera giuridicamente corretta la situazione giuridica e il rapporto giuridico, tanto più che, in virtù del principio *iura*

A tale ultima conclusione giungono anche coloro per i quali l'oggetto del giudizio costitutivo è l'azione in senso concreto, vale a dire la situazione giuridica, diversa dal diritto soggettivo *sub iudice*, costituita dal potere nei confronti dello Stato (¹⁶⁰). In quest'ottica – analogamente a quanto visto con riferimento alla tesi per cui oggetto del processo è il diritto potestativo – si sarà in presenza di differenti domande di impugnativa negoziale, aventi differenti diritti ma riconducibili tutti alla medesima vicenda sostanziale ed esistenziale; sicché opera l'istituto della *emendatio libelli*.

La ricostruzione in chiave di mera *emendatio libelli* del passaggio da un'azione di impugnativa negoziale ad altra, ovvero della modifica del motivo di impugnazione ad altro, deve ritenersi conforme all'arresto delle Sezioni Unite del 2015.

14. *Il passaggio da una domanda costitutiva a una domanda di mero accertamento (o viceversa). Ancora sulla modifica della domanda di esecuzione specifica del contratto ex art. 2932 c.c. a quella di accertamento del diritto di proprietà su un bene*

Una delle questioni più dibattute in materia di *mutatio ed emendatio libelli* è quella del passaggio da una domanda di mero accertamento a quella costitutiva, o viceversa. In particolare, le questioni che intendiamo esaminare sono due: da un lato, la possibilità di modificare la domanda di annullamento, o di rescissione, o di risoluzione del contratto con la domanda di nullità del medesimo negozio giuridico; dall'altro lato, la possibilità di modificare la domanda costitutiva *ex art. 2932 c.c.* in quella di mero accertamento.

Quanto al primo tema, la dottrina maggioritaria – a cui ha aderito la giurisprudenza prevalente – ha ritenuto che il passaggio dalla domanda

novit curia, il giudice può sempre modificare tale qualificazione senza che ciò incida minimamente sulla validità della trascrizione della domanda; (iii) dalla visuale dei successori del diritto controverso non assume differenza il tipo di patologia negoziale invocato.

¹⁶⁰ Sul tema si rinvia al paragrafo 6.2 del capitolo III.

di nullità ad altra forma di impugnativa negoziale rientri nell'ipotesi di *mutatio libelli* ⁽¹⁶¹⁾, motivando tale conclusione sulla base della differenza della tipologia di tutela processuale richiesta. In particolare, a fondamento di tale impostazione, vi era la concezione – oggi superata – per cui si ha *mutatio libelli* ogniqualvolta si avanzi una pretesa obiettivamente diversa rispetto a quella originaria, introducendo nel processo un *petitum* diverso e più ampio ⁽¹⁶²⁾.

Tuttavia, in giurisprudenza si è affermato un altro orientamento secondo cui, una volta proposta la domanda di nullità del contratto, è possibile modificare la stessa con quella di annullamento, e lo stesso giudice può – secondo la tesi in esame – pronunciare *ex officio* l'annullamento sulla base dei fatti allegati, atteso che questo costituisce un *minus* rispetto alla nullità richiesta con l'atto introduttivo e riconoscendo così l'identità del bene giuridico oggetto delle due azioni ⁽¹⁶³⁾.

Alla luce del *revirement* delle Sezioni Unite del 201, deve ritenersi che sarà possibile il passaggio dalla domanda di nullità a quella di risoluzione, rescissione o annullamento del contratto o viceversa ⁽¹⁶⁴⁾.

¹⁶¹ GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, cit., p. 112; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., pp. 3 ss.; CARRATTA, *Art. 112*, in CARRATTA-TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 130; CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo, I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, cit., p. 262; ID., *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 310, nota 24.

¹⁶² Tale concezione era dominante nella giurisprudenza di legittimità sino al 2015. Sul punto v. il paragrafo 5 di questo capitolo.

¹⁶³ Cass., 25 maggio 2012, n. 8366, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, 675; Cass., 18 luglio 2007, n. 15891, in *DeJure*; Cass., 26 novembre 2002, n. 16708, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2055; Cass., 16 luglio 2002, n. 10316, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1242. V. anche Cass., 7 febbraio 2008, n. 2860, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 2, 173, ove, proposta la nullità del negozio stipulato dal *falsus procurator*, è stata ritenuta legittima la pronuncia di inefficacia del contratto.

¹⁶⁴ Cfr. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., pp. 265 ss., testo e nota 83, la quale aggiunge che deve parimenti ritenersi ammessa, in quanto fattispecie di *emendatio libelli*, il passaggio dalla domanda di risoluzione in virtù di una clausola risolutiva espressa a quella costitutiva di scioglimento del contratto per inadempimento ex art. 1453 c.c. e viceversa. L'Autrice rileva peraltro che la soluzione raggiunta in applicazione dell'ampia nozione di *emendatio libelli* è coerente con quanto affermato dalle Sezioni Unite nelle sentenze gemelle nn. 26242 e 26243 del 2014, cit. La conclusione in questione è stata peraltro confermata con riferimento al giudizio di appello da Cass., 12 novembre 2015, n. 23131, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2500, con nota di MOTTO, *Sulla modificazione in grado della domanda ex art. 2932 c.c. in domanda del già avvenuto effetto traslativo*.

Il vero banco di prova del dibattito in tema di modifica della domanda giudiziale è stato certamente quello relativo al passaggio dalla domanda di esecuzione specifica del contratto preliminare *ex art. 2932 c.c.* a quella di mero accertamento dell'intervenuto acquisto del diritto reale in forza di un contratto definitivo (o viceversa), tanto è vero che, nel corso di due decenni, siffatta controversa questione ha originato non uno, bensì due differenti interventi della Corte di cassazione nella sua più autorevole formazione a Sezioni Unite.

Antecedentemente al primo intervento delle Sezioni Unite, avvenuto con la sentenza n. 1731 del 1996 ⁽¹⁶⁵⁾, gli orientamenti affermatosi nella giurisprudenza di legittimità erano essenzialmente due. La giurisprudenza prevalente aveva qualificato come *emendatio libelli* la conversione della domanda di cui all'art. 2932 c.c. in quella di accertamento dell'avvenuto trasferimento del diritto reale in forza di un contratto definitivo di compravendita ⁽¹⁶⁶⁾. A fondamento di questa impostazione, i giu-

¹⁶⁵ Su cui v. *infra*.

¹⁶⁶ Cass., 6 novembre 1991, n. 11840, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 11, che aggiunge che l'*emendatio libelli*, consentita sino all'udienza di precisazione delle conclusioni in ossequio a quanto previsto dall'art. 184 c.p.c. *ratione temporis* applicabile, non trova ostacolo nella contumacia del convenuto e nel fatto che la modificazione della domanda non sia a lui notificata, posto che l'art. 292 c.p.c. prescrive che al contumace debbano essere notificate, con apposita comparsa, solo le domande nuove, e non anche quelle che costituiscono la semplice modificazione o precisazione di quelle originarie; Cass., 5 agosto 1987, n. 6740, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 481, con nota critica di NICCOLINI; Cass., 28 gennaio 1987, n. 781, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 1; Cass., 10 marzo 1983, n. 1788, in *Foro it. Mass.*, 1983, 373; Cass., 20 ottobre 1978, n. 4736, in *Giust. civ. Mass.*, 1978, 1977; Cass., 13 dicembre 1949, n. 2586, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, p. 588. Lo stesso criterio è stato applicato anche per la fattispecie inversa da Cass., 6 dicembre 1984, n. 6401, in *Foro it. Mass.*, 1984, 1256. Cfr. anche Cass., 26 ottobre 1979, n. 5619, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, 2469 ss., ove addirittura si afferma che «nella domanda diretta ad ottenere l'accertamento dell'avvenuto trasferimento per contratto di un diritto, è di regola compresa quella tendente ad ottenere la pronunzia costitutiva del trasferimento, per il caso che il contratto non sia immediatamente traslativo», ma abbia effetti obbligatori; Cass., 18 marzo 1971, n. 787, in *Giust. civ. Mass.*, 1971, 426, secondo cui non si ha vizio di ultrapetizione quando il giudice di merito, rispettando *petitum* e *causa petendi*, si limiti a dare all'azione l'esatta qualificazione giuridica, indipendentemente dalle espressioni utilizzate dalle parti (nella specie era stata ritenuta corretta la sentenza che, interpretando una domanda *ex art. 2932 c.c.*, aveva concluso che l'attore, in sostanza, aveva proposto una domanda di accertamento di un trasferimento di proprietà già verificatosi); nello stesso senso Cass., 15 marzo 1980, n. 1752, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, 765. Critico rispetto a tale ultima ricostruzione GUARNIERI, *Contratto preliminare, contratto definitivo e mutatio libelli*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 644.

dici avevano ritenuto che, in tali fattispecie, il *thema decidendum* non subisce variazioni, rimanendo circoscritto all'accertamento dell'esistenza di uno strumento giuridico idoneo al trasferimento della proprietà della *res*, così come invariati rimarrebbero, nella sostanza, anche gli elementi oggettivi di individuazione dell'azione, vale a dire il *petitum* mediato, consistente nel bene della vita richiesto, e la *causa petendi*, rappresentata dal contratto stipulato per scrittura privata, di cui cambia, nel corso del giudizio, solo la qualificazione giudica: in un caso, il contratto preliminare di compravendita avente efficacia obbligatoria e, nell'altro caso, il contratto definitivo con efficacia reale.

Altro orientamento giurisprudenziale, all'epoca minoritario, aveva ritenuto domanda nuova inammissibile quella proposta in un giudizio *ex art. 2932 c.c.* e diretta al mero accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà di un bene (¹⁶⁷). A sostegno di questa soluzione è stato rilevato che le due domande sarebbero differenti, sia sotto il profilo del *petitum*, sia sotto quello della *causa petendi*. Sotto il primo profilo, si è affermato che, nella domanda di cui all'art. 2932 c.c., il *petitum* imme-

¹⁶⁷ Cass., 12 febbraio 1993, n. 1782, in *Giust. civ. Mass.*, 1193, p. 290; Cass., 20 agosto 1990, n. 8442, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 1570, ove peraltro si esclude che il giudice, una volta accertato che è stata proposta domanda di accertamento del diritto di proprietà, debba verificare se la pretesa non contenga anche, «implicitamente, la richiesta di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre una futura vendita»; Cass., 27 agosto 1986, n. 5250, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, 1516, con riferimento all'ipotesi inversa, vale a dire il passaggio (inammissibile) dalla domanda di accertamento del trasferimento della proprietà in virtù di un contratto definitivo di vendita a quella di cui all'art. 2932 c.c.; Cass., 16 novembre 1981, n. 6062, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 2158, in cui è stata cassata per ultrapetizione la sentenza con cui il giudice aveva ritenuto di poter sostituire *ex officio* la domanda di cui all'art. 2932 c.c. con quella di mero accertamento, emettendo, anziché una sentenza costitutiva, quella dichiarativa del già avvenuto trasferimento della proprietà; Cass., sez. un., 27 giugno 1977, n. 2754, in *Foro it. Mass.*, 1977, 527. Le pronunce giurisprudenziali riguardano quasi esclusivamente casi disciplinati dagli artt. 183 ss. c.p.c. nella versione antecedente alla loro riforma intervenuta con la legge n. 353/1990, in cui era consentita la modificazione della domanda originaria in tutto il primo grado del giudizio, sino all'udienza di precisazione delle conclusioni, e addirittura il mutamento della stessa nel contesto della prima udienza, a condizione che la nuova domanda fosse conseguenza di quella già proposta, seppur la legge non prevedesse alcunché al riguardo. Sul punto cfr. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III ed., cit., pp. 78-79 e 451 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1966, pp. 132 ss., spec. pp. 138 ss.; PAJARDI, *Della trattazione della causa*, in *Commentario al c.p.c. diretto da E. Allorio*, Torino, 1973, pp. 558 ss.; GASBARRINI, *Osservazioni in tema della modifica della domanda*, cit., pp. 1253 ss., spec. pp. 1276 ss.

diato consiste nel provvedimento costitutivo richiesto al giudice di produrre, con la sentenza, i medesimi effetti del contratto definitivo non concluso dal promittente mentre nella domanda di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo il *petitum* processuale consiste nel provvedimento di mero accertamento della sussistenza del diritto sostanziale dedotto in giudizio. Sotto il profilo della *causa petendi*, invece, è stato rilevato che in un caso essa consiste nel contratto a effetti obbligatori, nell'altro nel contratto a effetti reali che costituisce titolo idoneo alla trascrizione.

A composizione del contrasto insorto nella giurisprudenza di legittimità, la Suprema Corte a Sezioni Unite, con la sentenza 5 marzo 1996, n. 1731 (¹⁶⁸) emessa in una vicenda relativa alla modifica della domanda nel giudizio di appello ai sensi dell'art. 345 c.p.c., ha accolto la tesi classica, riconducendo all'ambito della *mutatio libelli* il passaggio dall'azione costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. a quella di mero accertamento. In particolare, le Sezioni Unite hanno qualificato entrambe le domande (*i.e.* quella costitutiva e quella di mero accertamento del diritto di proprietà) come eterodeterminate sicché la variazione del fatto costitutivo – inteso non già quale accadimento storico bensì quale fatto giuridico posto a fondamento delle pretese – è stata ritenuta inammissibile in quanto diretta ad alterare sensibilmente la situazione sostanziale dedotta in giudizio.

La giurisprudenza successiva a tale sentenza ha ovviamente aderito al *dictum* delle Sezioni Unite (¹⁶⁹), nonostante non fosse ancora stato in-

¹⁶⁸ Cass., sez. un., 5 marzo 1996, n. 1731, in *Corr. giur.*, 1996, pp. 639 ss., con nota adesiva di GUARNIERI, *Contratto preliminare, contratto definitivo e mutatio libelli*; in *Cont.*, 1997, 11, pp. 15 ss., con nota adesiva di MEO, *Interpretazione della scrittura privata tra preliminare e definitivo*. Nella specie, l'attrice, avendo qualificato il rapporto giuridico quale contratto preliminare di vendita in virtù della clausola che obbligava l'alienante a stipulare un successivo atto pubblico, ha convenuto in giudizio la controparte ex art. 2932 c.c. Rigettata la domanda, l'attrice soccombente ha chiesto, in appello, l'accertamento dell'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà, qualificando il contratto non già come preliminare di vendita, bensì come definitivo.

¹⁶⁹ Cass., 24 aprile 2015, n. 8394; Cass., 8 aprile 2015, n. 7039; Cass., 15 novembre 2013, n. 25764; Cass., 30 agosto 2013, n. 19958; Cass., 20 luglio 2012, n. 12621, cit.; Cass., 17 maggio 2010, n. 12039, in *Foro it., Rep.*, 2010, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 42; Cass., 9 novembre 2009, n. 23708, in *Foro it., Rep.*, 2009, voce *Procedimento civile*, n. 188; Cass., 25 gennaio 2008, n. 1740, in *Foro it., Rep.*, 2008, voce *Procedimento civile*, n. 159; Cass., 7 dicembre 2000, n. 15541, in *Foro it., Rep.*, 2000, voce *Procedimento civile*, n. 239. Analogamente era previsto nel caso inverso di passaggio dalla domanda di accertamento dell'effetto traslativo a quella costitutiva ex art. 2932 c.c.: Cass., 29 maggio 2012, n. 8564, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, 694;

trodotto il principio dello *stare decisis* per le sezioni semplici, che ha trovato ingresso nel nostro ordinamento a far data dal 2 marzo 2006, con la modifica dell'art. 374, comma terzo, c.p.c. ad opera dell'art. 8 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 ⁽¹⁷⁰⁾.

Non sono mancate, però, isolate pronunce di segno opposto ⁽¹⁷¹⁾, alcune delle quali non hanno nemmeno dato atto del nutrito contrasto sulla questione e della sentenza delle Sezioni Unite del 1996 che tale contrasto aveva composto, né tanto meno delle ragioni per cui è stato ritenuto opportuno discostarsi dal *dictum* del Supremo Collegio. Solo nell'ordinanza n. 20177 del 3 settembre 2013 ⁽¹⁷²⁾, la Corte di Cassazione – aprendo di fatto la strada alla sentenza del 2015 – ha motivato la propria posizione,

Cass., 8 febbraio 2010, n. 2723, in *Foro it., Rep.*, 2010, voce *Procedimento civile*, n. 266; Cass., 26 ottobre 2007, n. 22494; Cass., 12 settembre 2003, n. 13420, in *Foro it., Rep.*, 2003, voce *Procedimento civile*, n. 144; Cass., 12 novembre 2002, n. 15859, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1961.

¹⁷⁰ La disposizione citata nel testo prevede che «se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

¹⁷¹ Cass., 27 luglio 2009, n. 17457, cit.; Cass., 28 marzo 2007, n. 7579, cit.; Cass., 30 maggio 2001, n. 7383, in *Foro it., Rep.*, 2001, voce *Procedimento civile*, n. 197, secondo cui il passaggio dalla domanda costitutiva ex art. 2932 c.c. a quella di accertamento dell'effetto traslativo della proprietà è consentito anche in appello, trattandosi di una semplice specificazione della pretesa originaria, restando il *thema decidendum* circoscritto all'accertamento dell'esistenza di uno strumento giuridico idoneo al trasferimento di proprietà e rimanendo così identico, nella sostanza, il bene effettivamente richiesto nonché la *causa petendi* costituita dal contratto del quale viene prospettata, rispetto alla domanda originaria, soltanto una diversa qualificazione giuridica; Cass., 29 dicembre 1999, n. 14643, in *Foro it., Rep.*, 1999, voce *Procedimento civile*, n. 255; nonché Cass., 3 settembre 2013, n. 20177, in *Foro it., Rep.*, 2013, voce *Procedimento civile*, n. 111, di cui subito *infra* nel testo.

¹⁷² Pur dando atto del *dictum* delle Sezioni Unite del 1996, nella suddetta ordinanza del settembre 2013, la Corte di cassazione si è pronunciata per l'ammissibilità della modifica della domanda sottolineando esigenze di speditezza e concentrazione de processo nonché l'identità dei fatti giuridici posti a fondamento delle due domande. La vicenda era la seguente l'attrice, nell'udienza di precisazioni delle conclusioni, ha proposto, in via subordinata all'originaria domanda costitutiva di esecuzione in forma specifica del preliminare, la domanda di accertamento della proprietà, sul presupposto che tale "cambio di rotta" fosse originato da una diversa qualificazione della scrittura privata quale contratto di compravendita definitivo in luogo del contratto preliminare. Nel giudizio di secondo grado la Corte d'appello ha dichiarato inammissibile la proposizione della nuova domanda. Di senso opposto la Suprema Corte la quale, muovendo dalla considerazione che nella specie non sarebbe stato necessario esaminare fatti nuovi e diversi rispetto a quelli già dedotti in giudizio, ha ritenuto ammissibile la nuova domanda, non avvedendosi tuttavia del fatto che, nella specie, non si trattava di modifica della domanda originaria bensì di un cumulo condizionale sopravvenuto di domande.

affermando di volersi discostare dall'arresto del 1996 per esigenze di speditezza e concentrazione del processo (¹⁷³). In tale pronuncia, la Corte, pur affermando che le domande di accertamento del diritto di proprietà su un determinata *res* e quella costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. sono diverse, essendo differenti i *petita* e le *causae petendi*, ha riconosciuto che l'intento empirico perseguito dalla parte è, in entrambi i casi, il medesimo, ossia l'attribuzione di effetti stabili, definitivi e suscettibili di trascrizione alla scrittura privata di cui è dubbia la riconducibilità alle diverse fattispecie giuridiche. Sulla base di queste considerazioni, i giudici di legittimità hanno ritenuto ammissibile la proposizione della domanda di accertamento del diritto di proprietà, assumendo che la scrittura privata prodotta in giudizio fosse un contratto definitivo di compravendita, nell'ambito di un processo promosso ai sensi dell'art. 2932 c.c. sulla base della ritenuta qualificazione come preliminare di compravendita del medesimo atto, sempreché la modifica della domanda non comporti indagini su fatti nuovi e diversi rispetto a quelli allegati dalle parti e comunque legittimamente acquisiti nel processo.

In questo contesto, si è reso necessario un ulteriore intervento della Cassazione nella sua formazione più autorevole, non già in ragione del numero – a dire il vero esiguo – di decisioni contrarie rispetto al *dictum* delle Sezioni Unite del 1996, bensì alla luce dei mutamenti del quadro normativo – anche costituzionale – e della giurisprudenza di legittimità, riguardanti tra l'altro la disciplina dei *nova* e le problematiche connesse (¹⁷⁴). La questione è stata, dunque, rimessa al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374, comma secondo, c.p.c.

¹⁷³ Si legge nell'ordinanza che il principio di ragionevole durata del processo impone di «uniformare per quanto possibile l'interpretazione delle norme processuali ad un principio di conservazione degli atti compiuti, in ogni caso in cui l'interpretazione utile sia compatibile con il testo della legge e sempre che non ne derivi pregiudizio ai principi inderogabili, quali la garanzia del diritto di difesa, o del principio del contraddittorio, o ad altri di pari importanza».

¹⁷⁴ La Suprema Corte, nella più volte menzionata sentenza del dicembre 2015, ha parlato, al riguardo, di un «contrasto di sistema» tra il precedente orientamento delle Sezioni Unite del 1996 e i valori espressi successivamente dalle pronunce delle Sezioni Unite medesime in altri settori, quale quello relativo al rilievo d'ufficio della nullità del contratto. Il riferimento è alle sentenze gemelle delle Sezioni Unite della Cassazione del 12 dicembre 2014, nn. 2642 e 2643, cit.

dalla sezione seconda della Corte di Cassazione con l'ordinanza del 30 gennaio 2014, n. 2096.

Sulla base di queste considerazioni, le Sezioni Unite nella sentenza n. 12310 del 2015 sono giunte ad affermare che la domanda di mero accertamento dell'effetto traslativo della proprietà di un bene e la domanda costitutiva di cui all'art. 2392 c.c. sono diverse ma ciononostante ammissibili perché, in tali fattispecie, la vicenda sostanziale ed esistenziale rimane invariata e i due diritti sono tra loro in rapporto di esclusione. Invero, sono diversi o fatti costitutivi dei diritti dedotti in giudizio nonché i *petita* mediato e immediato.

Se vi unanimità di consensi circa il fatto che, nella domanda di cui all'art. 2932 c.c. e in quella di accertamento del diritto di proprietà i *petita* immediati siano diversi (¹⁷⁵) – trattandosi, nel primo caso, di un provvedimento costitutivo e, nel secondo caso, di un provvedimento di mero accertamento (¹⁷⁶) – non tutti hanno condiviso la ricostruzione della Suprema Corte rispetto alla diversità dei fatti costitutivi e del *petitum* mediato.

Secondo la Corte, è «evidente che nella domanda come formulata prima e dopo la modifica vengono allegati a sostegno delle pretese avanzate fatti costitutivi differenti» e «non si tratta della diversa qualificazione

¹⁷⁵ Va osservato che diversi *petita* processuali impongono una diversa articolazione delle conclusioni delle parti e un corrispondente adeguamento del dispositivo della sentenza del giudice, oltre a una differente disciplina in materia di trascrizione della domanda (rispettivamente artt. 2652, comma primo, n. 3) e 2653, comma primo, n. 1) c.c.) e di pubblicità della sentenza di accoglimento (rispettivamente artt. 2657 e 2643, comma primo, n. 14) c.c.).

¹⁷⁶ È addirittura tautologico affermare che la sentenza di accertamento dell'avvenuto trasferimento del diritto reale su una *res* abbia natura di mero accertamento. Inoltre, si è soliti affermare che la pronuncia del giudice emessa ai sensi dell'art. 2932 c.c. rientri tra quelle regolate dall'art. 2908 c.c., e cioè tra le sentenze con effetti costitutivi: MICHELI, *Esecuzione forzata*, in *Commentario Scajola e Branca*, Bologna-Roma, 1964, p. 193; SATTA, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, IV, cc. 73 ss., spec. c. 79; FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, pp. 214 ss.; GABRIELLI-FRANCESCHELLI, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. Teccani*, IX, Roma, 1988, pp. 11. V. però quanto sostenuto da MONTESANO, *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, pp. 1173 ss., spec. 1203 ss., il quale ha negato che la sentenza emessa ex art. 2932 c.c. possa costituire il frutto dell'esercizio di un diritto potestativo. In senso contrario v. però PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, cit., pp. 266 ss. e 324 ss.; ID., *Contratto e processo*, in *Trattato del contratto a cura di Vincenzo Roppo*, cit., pp. 823 ss. e 859 ss.; ID., *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, icit., pp. 71 ss., spec. pp. 78 ss.

giuridica dello stesso fatto, ma dell'accertamento di due fatti diversi». In particolare, il fatto costitutivo consiste nella comune intenzione delle parti, da interpretarsi *ex art.* 1362 c.c. con valutazione complessiva del comportamento delle parti, indirizzata, in un caso, verso un contratto a effetti obbligatori mentre, nell'altro caso, verso un contratto a effetti reali. La dottrina ha criticato l'impostazione seguita dal Supremo Collegio rilevando come, con riferimento sia alla domanda costitutiva di cui all'*art.* 2932 c.c. sia a quella di mero accertamento dell'intervenuto effetto traslativo, il fatto costitutivo – inteso come «concreto accadimento storico allegato, che integra il precetto normativo» e non come fattispecie astratta indicata dalla parte ⁽¹⁷⁷⁾ – è uno solo, e consiste nella scrittura privata, mentre le manifestazioni di volontà in essa rappresentate possono astrattamente configurare differenti fattispecie legali, ma ciò non toglie che il fatto costitutivo sia unico ⁽¹⁷⁸⁾.

Quanto al *petitum* mediato, vale a dire il bene della vita contestato, la Suprema Corte chiarisce che esso è differente nelle due domande, «posto che quando si discute tra compravendita immobiliare e corrispondente preliminare quasi mai quel che è oggetto di controversia tra le parti è l'esistenza di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento dell'immobile, essendo invece in contestazione il momento in cui il suddetto trasferimento è avvenuto o deve avvenire». La Corte ha, dunque, individuato tale

¹⁷⁷ Così MOTTO, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, cit., p. 1054. Coerentemente con siffatta concezione di fatti costitutivo, l'Autore conclude affermando che, nel caso di passaggio dall'azione di cui all'*art.* 2932 c.c. a quella di accertamento dell'effetto traslativo del diritto di proprietà, il fatto costitutivo è unico e ciò che muta è unicamente la prospettazione giuridica. Sul tema v. anche *infra* nel testo.

¹⁷⁸ In questo senso MOTTO, *Le Sezioni Unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, cit., c. 3193, nota 5, secondo «la riconduzione del negozio alla corretta fattispecie è un'operazione di mera qualificazione *in iure* del fatto, che può (e deve) compiere anche il giudice d'ufficio, a dimostrazione della circostanza che siamo al di fuori dell'ambito di operatività del principio della domanda e dell'onere di allegazione». Dello stesso Autore v. anche *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, cit., pp. 1054 ss., ove è stato sostenuto che la qualificazione del titolo posto a fondamento della decisione come contratto definitivo ad efficacia reale ovvero come contratto preliminare ad effetti obbligatori costituisce un motivo portante della pronuncia che concorre a definire la portata dell'accertamento giurisdizionale ed il contenuto della regola di condotta «relativamente – e questo è il punto – all'identico e unitario bene della vita attribuito al vincitore del processo».

elemento oggettivo nel “tempo” o, più precisamente, nel diverso momento in cui l’effetto traslativo della proprietà della *res* si è prodotto o si produrrà ⁽¹⁷⁹⁾. Di avviso contrario è invece una parte della dottrina, secondo la quale il bene della vita richiesto è il medesimo rispetto a entrambe le azioni, vale a dire il diritto di proprietà sulla *res*, per cui nei due casi – secondo la dottrina in esame – cambia soltanto il provvedimento utilizzato per conseguirlo, in dipendenza dell’alternatività e incompatibilità della qualificazione giuridica del fatto costitutivo unico (*i.e.* la scrittura privata) ⁽¹⁸⁰⁾.

¹⁷⁹ Secondo la Corte di Cassazione vi sono alcuni elementi, anche di consistente valore economico, che inducono a ritenere che, nelle due azioni, i *petita* mediati siano diversi, basti pensare alla disciplina del perimento della cosa oggetto di vendita, alle conseguenze – anche penali – della rovina di edifici, all’intervenuto fallimento di una delle due parti con conseguente possibile azione revocatoria fallimentare, al godimento o all’aspettativa di godimento di agevolazioni fiscali relative alla prima casa, al momento della deliberazione di eventuali spese condominiali e così via. A questi, aggiungiamo i seguenti ulteriori elementi differenziali: la differenza relativa al rischio di perimento della cosa ed all’alienabilità della *res*, ai limiti dell’opponibilità ai terzi aventi causa o ai creditori, al momento in cui sorge l’obbligo di pagare il prezzo, alla situazione sostanziale che continuerà a sussistere nel caso di estinzione del processo o di esito del processo con pronuncia in rito.

¹⁸⁰ MOTTO, *Le Sezioni Unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, cit., cc. 3193, testo e nota 5, 3195; ID., *Domanda di esecuzione in forma specifica dell’obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell’avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, cit., pp. 1053 ss., oggetto del processo rimane sempre il diritto di proprietà di cui è controversa la titolarità tra le parti, mentre momento in cui l’effetto traslativo si è verificato (con la stipula del contratto definitivo ovvero con il passaggio in giudicato della sentenza costitutiva *ex art.* 2932 c.c.) è irrilevante ai fini della determinazione dell’oggetto. Secondo MURONI, *A margine di due recenti ordinanze interlocutorie della Cassazione in tema di «mutatio libelli»*, cit., il bene della vita conseguibile mediante le due azioni succitate consiste nel trasferimento della proprietà su di un determinato bene. Per PALAZZETTI, *Ammissibilità dei nova ex art. 183, 5° comma*, cit., p. 2105, secondo la quale oggetto della controversia non può considerarsi il momento in cui avviene il trasferimento quanto, invece, l’intenzione dei contraenti nella domanda di accertamento della proprietà e il regolamento delle relazioni giuridiche soggettive intorno al rapporto giuridico con riferimento alla domanda costitutiva *ex art.* 2932 c.c. Aggiunge l’Autrice che «l’individuazione del momento del trasferimento è solo una conseguenza della tipologia del giudizio prescelto»: nel primo caso dal momento sulla base della disciplina contenuta nel contratto di vendita; nel secondo caso dal momento del passaggio in giudicato della sentenza.

CAPITOLO V

LA LIMITAZIONE GIUDIZIALE DELLE RIVENDICAZIONI DI BREVETTO EX ART. 79, COMMA TERZO, C.P.I.: TRA ALLEGAZIONE DI UN FATTO NUOVO E MODIFICA DELLA DOMANDA DI NULLITÀ DEL BREVETTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'applicabilità dell'art. 79 c.p.i. riformato ai processi pendenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 131/2010. – 3. L'ambito di applicazione dell'art. 79, comma terzo, c.p.i.: «in un giudizio di nullità». – 4. «In ogni stato» del giudizio di nullità del brevetto. – 5. «E grado» del giudizio di nullità. – 5.1. *Segue*: la riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali nel giudizio di appello. – 5.2. *Segue*: la riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali nel procedimento per cassazione. – 6. La limitazione giudiziale delle rivendicazioni brevettuali e le preclusioni in materia di allegazione di fatti nuovi: *lex specialis derogat generali*. Alcuni rimedi per limitare gli effetti distorsivi derivanti dall'istituto di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i.. – 7. La limitazione giudiziale delle rivendicazioni del brevetto e gli effetti sull'oggetto del giudizio e sulla domanda di nullità. I termini del problema. – 8 L'oggetto del giudizio di nullità del brevetto. – 9. Le conseguenze derivanti dalla limitazione giudiziale delle rivendicazioni sull'oggetto del processo. – 10. ... e sulla domanda di nullità del brevetto. La cessazione della materia del contendere o la rinuncia della domanda iniziale. – 11. Gli effetti dell'istituto della limitazione giudiziale delle rivendicazioni di brevetto sulla domanda di nullità non possono essere descritti in chiave di cumulo di domande condizionato o di continenza della domanda di nullità del brevetto limitato in quella di nullità del brevetto originario. – 12. La domanda di nullità del brevetto limitato è una domanda diversa da quella originaria. *Mutatio o emendatio libelli?*. – 12.1. Per escludere che si tratti di un mutamento vietato della domanda occorre che (i) la domanda modificata avente ad oggetto il brevetto limitato si sostituisca a quella avente ad oggetto il brevetto originario. – 12.2. ... (ii) siano rispettati i principi del contraddittorio e del giusto processo, nonché sia garantito il diritto di difesa delle parti. – 12.3. ... (iii) la vicenda sostanziale ed esistenziale rimanga la stessa o sia collegata a quella originaria. – 13. Le conseguenze derivanti dalla ricostruzione del passaggio della domanda di nullità del brevetto originario alla domanda di nullità del brevetto limitato in chiave di mera *emendatio libelli*.

1. Premessa

Al fine di tentare di rispondere agli interrogativi che l'istituto al quale è dedicato questo lavoro ha posto e pone agli interpreti, pare opportuno ricordare come l'analisi sin qui svolta sia stata condotta con la volontà di comprendere, da un lato, se la formulazione dell'istanza di limitazione delle rivendicazioni in corso di causa determini o meno l'introduzione in giudizio di fatti nuovi e, in caso di risposta affermativa, come tale

circostanza si coordini con i limiti preclusivi generalmente previsti dal nostro ordinamento e, dall'altro lato, se la limitazione delle rivendicazioni in ogni stato e grado del giudizio di nullità determini o meno una modifica della situazione sostanziale dedotta in giudizio e della domanda di nullità e, in caso di risposta affermativa, come siffatta modifica si concili con i limiti previsti dalla legge processuale in tema di *emendatio* e *mutatio libelli*, anch'essi certamente validi con riferimento al processo industrialistico.

Il presente studio nasce altresì dall'esigenza di comprendere se l'istituto di cui al novellato art. 79, comma terzo, c.p.i. possa trovare applicazione anche per quei procedimenti instaurati prima dell'entrata in vigore del decreto correttivo del c.p.i., nonché se la questione di nullità del brevetto debba essere introdotta necessariamente con domanda giudiziale o se sia sufficiente a tal fine la proposizione di un'eccezione.

Ai suddetti interrogativi tenteremo di fornire una risposta nel corso del presente capitolo.

2. L'applicabilità dell'art. 79 c.p.i. riformato ai processi pendenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 131/2010

Tra le prime questioni affrontate dalla giurisprudenza di merito successivamente alla modifica dell'art. 79, comma terzo, c.p.i. vi è quella relativa all'applicabilità o meno della disposizione citata ai processi iniziati prima dell'entrata in vigore del decreto correttivo del codice della proprietà industriale.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale iniziale, il novellato art. 79 c.p.i. sarebbe applicabile solo ai processi di nullità instaurati successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 131/2010; ciò sulla base del fatto che la disposizione citata avrebbe natura sostanziale, costituendo una rinuncia parziale, operata dal titolare del brevetto, al perimetro del diritto soggettivo. In particolare, la giurisprudenza in esame ha escluso che alle modifiche apportate all'art. 79 c.p.i. dal d.lgs. 131/2010 «possa essere attribuita una mera incidenza su di un piano esclusivamente processuale»

in quanto la possibilità di richiedere la limitazione giudiziale esplica i suoi effetti principalmente sul piano sostanziale nella misura in cui consente una possibilità di intervento sull'ampiezza di protezione del brevetto mediante la modifica, in senso riduttivo, del testo delle rivendicazioni, destinata a influire direttamente sulle posizioni dei terzi ⁽¹⁾.

Successivamente, la giurisprudenza di merito ha mutato il proprio orientamento, riconoscendo la natura principalmente processuale dell'art. 79, comma terzo, c.p.i., da cui discenderebbe l'applicabilità dell'istituto della limitazione giudiziale delle rivendicazioni ai procedimenti giurisdizionali pendenti al momento dell'entrata in vigore della riforma ⁽²⁾, a prescindere da quanto gli stessi siano iniziati, in virtù del principio *tempus regit actum* ⁽³⁾.

In particolare, nella citata sentenza n. 2580 del 26 febbraio 2015, il Tribunale di Milano ha affermato che la disciplina di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i. ha natura processuale in quanto la disposizione regola la disciplina di una facoltà, già prevista in sede amministrativa, estendendola in sede contenziosa e fornendo precise indicazioni in merito al tipo

¹ Trib. Bologna, ord., 27 febbraio 2013, in *Darts*; Trib. Bologna, 10 gennaio 2012, in *Darts*; Trib. Milano, ord., 7 luglio 2011, in *Darts*; nonché in *Dir. ind.*, 2011, 5, pp. 433 ss., con nota adesiva di PRADO, *Riformulazione delle rivendicazioni in sede giurisdizionale e giudizio di contraffazione*, in cui i giudici hanno peraltro osservato che il legislatore del decreto correttivo non ha previsto alcuna norma di carattere transitorio, il che dovrebbe confermare – secondo la giurisprudenza in esame – l'inapplicabilità dell'istituto di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i. ai processi pendenti.

² Così Trib. Milano, 21 luglio 2016, n. 9133, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Milano, 19 giugno 2015, n. 7643, in *Darts*; Trib. Milano, 26 febbraio 2015, n. 2580, in *DeJure*; Trib. Milano, 3 febbraio 2015, n. 1407, in *Darts*; Trib. Milano, 11 giugno 2014, n. 7708, cit.; Trib. Milano, 28 febbraio 2014, in *Darts*. La natura anche processuale dell'art. 79, comma terzo, c.p.i. era già stata evidenziata, prima della pubblicazione delle sentenze citate, da BOSCARIOL DE ROBERTO, *La limitazione del brevetto in corso di causa*, cit., p. 105, il quale però, oltre ad avere prospettato le due tesi, non sembra aver preso posizione sul punto. In argomento anche PRADO, *La nuova disciplina delle rivendicazioni*, in *Dir. ind.*, 2010, 6, p. 533, il quale segnala che la norma è bivalente: ha natura sostanziale in quanto attribuisce al titolare del brevetto la facoltà di riformulare le rivendicazioni; ha natura processuale perché stabilisce il tempo e il modo in cui tale facoltà può essere esercitata nel processo.

³ Sui rapporti tra tempo e legge processuale v. CAPONI, *Tempus regit processum*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 449 ss.; COMOGLIO, *Minime riflessioni di ordine sistematico in tema di perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum e overruling processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, pp. 525 ss.

di processo in cui tale facoltà può essere esercitata (nel «giudizio di nullità»), ai termini di esercizio della stessa («in ogni stato e grado») e al soggetto nei confronti del quale l'istanza va formulata («il giudice»). Tali principi erano già stati formulati dal medesimo Tribunale nella sentenza n. 7708 dell'11 giugno 2014 ⁽⁴⁾, ove peraltro si è aggiunto che il fatto che l'istituto della limitazione brevettuale produca effetti anche sul piano sostanziale (trattandosi di una rinuncia all'ambito di protezione conferita dalla privativa, e dunque in una "limitazione" del diritto soggettivo), non fa venir meno anche la «natura innanzitutto processuale» del rimedio in questione. Il Tribunale, a conferma della propria tesi, ha argomentato che «molte norme hanno sicura natura processuale, pur dispiegando effetti anche nei rapporti sostanziali (si pensi ad esempio all'art. 164 c.p.c. ed al regime degli effetti sostanziali della proposizione della domanda giudiziale nulla)».

La soluzione che consente l'applicabilità della disciplina della limitazione giudiziale delle rivendicazioni anche ai procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. 131/2010 appare condivisibile per una serie di ragioni.

In primo luogo, va osservato che una parte della giurisprudenza aveva ritenuto ammissibile la limitazione giudiziale delle rivendicazioni del brevetto italiano anche prima che tale possibilità fosse consacrata a livello normativo con la riforma del 2010 ⁽⁵⁾, sicché dovrebbe ritenersi a maggior ragione consentita l'operatività dell'istituto in questione successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 131/2010, a prescindere dal fatto

⁴ In *DeJure*. Il giudizio vedeva contrapposte due società italiane attive nel settore della produzione e commercio di ferramenta. L'attrice aveva esperito nei confronti della concorrente una domanda di nullità di tre brevetti italiani e di due domande di brevetto italiani, oltre che la domanda di accertamento negativo dell'interferenza di un prodotto dell'attrice con i suddetti titoli della convenuta. La convenuta, costituitasi in giudizio, dava atto dell'estraneità dei prodotti dell'attrice con tre delle privative oggetto di causa, le cui domande venivano quindi stralciate per essere decise in separato giudizio. Rispetto a due delle privative oggetto del giudizio di nullità, la società convenuta eccepiva l'interferenza dei prodotti avversarie con i due residui titoli, chiedendo in via riconvenzionale la pronuncia di inibitoria, assistita dalla penalità di mora, oltre al risarcimento del danno. Nel corso della CTU la convenuta depositava istanza di limitazione delle rivendicazioni dei due brevetti interessati dalle domande di nullità.

⁵ Per un approfondimento cfr. paragrafo 8.3.4, del capitolo I.

che il processo in cui la riformulazione delle rivendicazioni dovrebbe essere proposta dal titolare del brevetto sia iniziato prima o dopo l'entrata in vigore della novella. Tale argomento si rinviene anche nella citata sentenza del Tribunale di Milano n. 7708/2014, ove si legge che «la scelta legislativa recepisce la prassi giudiziaria che ante novella già consentiva al titolare di riformulare in senso limitativo il testo del brevetto nel corso del processo (cfr. Corte d'Appello di Milano, 25.6.2002); dunque in ogni caso tale facoltà nel presente giudizio può essere esercitata».

In secondo luogo, ammettendo che il titolare del brevetto possa riformulare le rivendicazioni brevettuali anche nel corso dei processi già pendenti al momento dell'entrata in vigore del decreto correttivo del c.p.i. verrebbe rispettata la *ratio* dell'istituto in esame, che consiste nel favorire il più possibile la conservazione degli atti nulli (in questo caso parzialmente), principio mutuato dal diritto civile (art. 1424 c.c.) e che ha trovato spazio nella materia industriale anche con riferimento alla conversione del brevetto nullo *ex art. 76*, comma terzo, c.p.i.

In terzo luogo, la tesi contraria all'ammissibilità dello strumento in esame nei processi pendenti finirebbe per "discriminare" i brevetti concessi in pari data o rispetto ai quali la domanda di brevetto è stata depositata lo stesso giorno per il solo fatto che il giudizio di nullità sia stato instaurato in un momento antecedente (o successivo) all'entrata in vigore della riforma del 2010: per i primi, sarebbe infatti possibile la limitazione giudiziale delle rivendicazioni; per i secondi, tale facoltà sarebbe invece preclusa. La disciplina processuale, e al contempo gli strumenti di tutela per le parti, differirebbero a seconda del momento in cui il brevetto è stato "attaccato" in sede giurisdizionale ⁽⁶⁾, il che appare privo di giustificazione.

Infine, l'applicazione dell'art. 79 c.p.i. novellato ai giudizi pendenti non determinerebbe – a nostro avviso – conseguenze pregiudizievoli per nessuna delle parti: né per il titolare della privativa, il quale anzi si

⁶ Al riguardo cfr. BOGNI, *La procedura nazionale di limitazione, da EPC 2000 alle applicazioni nazionali*, in *Dir. ind.*, 2016, 2, p. 126. In giurisprudenza cfr. Trib. Milano, 28 febbraio 2014, cit., per cui l'esclusione dell'applicazione dell'art. 79 c.p.i. nella nuova riformulazione ai giudizi instaurati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 131/2010 avrebbe determinato «un'inammissibile disparità di trattamento in caso di brevetti coevi impugnati in tempi diversi».

troverebbe dinanzi a un ulteriore strumento da spendere nel processo in corso per evitare una declaratoria di nullità totale del brevetto ⁽⁷⁾, né per la controparte che, da un lato, nel contraddittorio con il richiedente e i consulenti tecnici, “partecipa” alla limitazione della privativa e, dall’altro lato, conseguirebbe comunque il medesimo risultato, ossia la nullità del brevetto altrui (anche se qui solo parziale), non già con una sentenza di nullità, bensì attraverso un atto volontario del titolare ⁽⁸⁾.

Ciò chiarito, va comunque evidenziato che la questione circa l’applicabilità dell’art. 79, terzo comma, c.p.i. ai giudizi iniziati prima dell’entrata in vigore del d.lgs. 131/2010 ha perso rilevanza, non solo per il fatto che la giurisprudenza maggioritaria, e lo stesso dicasi per la dottrina, è ormai orientata in senso possibilista, ma anche perché, dopo quasi sette anni dalla riforma del 2010, le controversie in materia di nullità brevettuale istaurate prima di tale data e ancora pendenti sono poche (o addirittura nessuna).

3. *L’ambito di applicazione dell’art. 79, comma terzo, c.p.i.: «in un giudizio di nullità»*

Il terzo comma dell’art. 79 c.p.i. indica l’ambito di applicazione del procedimento di limitazione giudiziale delle rivendicazioni nella parte in cui si afferma che il titolare del brevetto può richiedere di modificare

⁷ Trib. Bologna, 26 agosto 2015, n. 2592, in *DeJure*, ha espressamente affermato che la *ratio* dell’art. 79, comma terzo, c.p.i. è quella di riconoscere al titolare del brevetto di intervenire in corso di giudizio per sottoporre al giudice una riformulazione delle rivendicazioni oggetto di causa «che gli permetta di evitare una declaratoria *tout court* di nullità».

⁸ La soluzione proposta nel testo è vera se si condivide con noi che la limitazione produce i suoi effetti *ex tunc*, analogamente alla sentenza di nullità del brevetto. A favore dell’efficacia *ex tunc* v. BOGNI, *La procedura nazionale di limitazione, da EPC 2000 alle applicazioni nazionali*, cit., p. 127, la quale rileva che la tesi contraria si porrebbe in contrasto con l’art. 77 c.p.i. secondo cui la declaratoria di nullità ha effetto retroattivo, nonché con l’art. 68 CBE, a mente del quale qualora il brevetto europeo sia stato limitato «nel corso di una procedura di opposizione, di limitazione o di annullamento», la domanda di brevetto e il brevetto stesso «sono considerati sin dall’inizio non produttivi degli effetti»; SENA, *Contenuto del brevetto*, in AA.VV., *Studi in onore di Remo Franceschelli*, cit., p. 21, secondo il quale nel caso di limitazioni «gli effetti operano retroattivamente». A favore della tesi dell’efficacia *ex nunc* v. App. Milano, 12 maggio 2014, n. 1702, citata da BOGNI, *loc. ult. cit.*

in senso limitativo le rivendicazioni «in un giudizio di nullità» e, specialmente, «in ogni stato e grado» di tale giudizio.

Se da una mera interpretazione letterale della norma si può senza difficoltà affermare che la limitazione giudiziale delle rivendicazioni *ex art. 79*, comma terzo, c.p.i. non possa essere chiesta dal titolare della privativa nell'ambito di un processo di contraffazione brevettuale, ove non si discuta direttamente della questione della validità del titolo, non altrettanto chiaro è se la questione di nullità del brevetto – che legittima la riformulazione delle rivendicazioni in corso di causa – debba essere introdotta in giudizio con una domanda (principale o riconvenzionale) ovvero se sia a tal uopo sufficiente la proposizione di un'eccezione.

La giurisprudenza che si è interrogata sul punto ha adottato l'impostazione restrittiva: si è infatti escluso che la riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni possa essere richiesta in un giudizio in cui la questione della nullità della privativa sia introdotta al solo fine di ottenere il rigetto della domanda di contraffazione avversaria, e non anche per ottenere una pronuncia con efficacia di giudicato, *erga omnes* ed *ex tunc*, sulla (in)validità della privativa⁹). In assenza di un'espressa domanda di nullità del titolo – si è sostenuto – il titolare del brevetto non potrà fare uso dell'istituto della limitazione giudiziale delle rivendicazioni di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i., potendo semmai richiedere la limitazione amministrativa dinanzi all'UIBM.

La ragione sottesa a tale orientamento giurisprudenziale è evidente: siccome la riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevet-

⁹ In questo senso Trib. Bologna, ord., 27 febbraio 2013, cit., ove si afferma che «presupposto ineludibile per l'applicazione della disciplina introdotta è pur sempre un giudizio di nullità del brevetto, nel caso in esame assente in quanto la nullità del brevetto [...] è stata fatta valere solo in via di eccezione, e quindi l'accertamento o meno dei requisiti di legge del titolo avrà effetto solo ai fini della domanda proposta dall'impresa attrice di accertamento negativo della contraffazione»; Trib. Bologna, 10 gennaio 2012, cit. In dottrina v. PRADO, *La nuova disciplina delle rivendicazioni*, cit., nota 3, per il quale «è evidente che non può darsi una riformulazione, che avrebbe portata *erga omnes*, nell'assenza di una domanda (la domanda di nullità) e di una pronuncia (la pronuncia di nullità parziale) che ne sono il necessario presupposto». V. però GIUS-SANI, *Corso di diritto processuale delle imprese*, Bologna, 2015, p. 27, il quale rileva che, secondo l'opinione prevalente, la riformulazione delle rivendicazioni brevettuali dovrebbe trovare applicazione anche quando la nullità sia dedotta in via di mera eccezione.

tuali operata dal titolare del brevetto *ex art. 79*, comma terzo, c.p.i. conduce inevitabilmente a una sentenza di nullità parziale del brevetto oggetto di causa ⁽¹⁰⁾, allora, affinché il giudice adito possa dichiarare la nullità del titolo, occorre che sia stata formulata una domanda di nullità; in caso contrario, infatti, il giudice andrebbe *ultrapetita* violando il disposto dell'art. 112 c.p.c. La disciplina introdotta dal legislatore con il decreto correttivo non lascia spazio alla configurazione di una deroga al principio della domanda.

Va infine precisato che taluno in dottrina ha ritenuto che l'istanza di limitazione delle rivendicazioni possa essere proposta anche in sede cautelare in quanto «nell'ambito del procedimento cautelare si deve tenere conto anche delle difese che il titolare del brevetto potrebbe dispiegare nella fase di merito, allo scopo di evitare che all'esito del procedimento, provvedimenti vengano concessi o negati sulla base di presupposti in fatto e in diritto errati o “parziali”» ⁽¹¹⁾. La tesi ci sembra condivisibile, anche se non possiamo esimerci dal rilevare che consentendo al titolare del brevetto di riformulare in senso limitativo le rivendicazioni del proprio titolo in sede cautelare si verrebbe inevitabilmente a determinare un allungamento del processo ⁽¹²⁾, il che ci pare in contrasto con le esigenze di speditezza ed effettività della tutela che stanno alla base di tale giudizio, senza dimenticare poi i dubbi circa la compatibilità della consulenza tecnica – la quale costituisce un sbocco quasi obbligato in tema di controversie brevettuali – con un giudizio necessariamente sommario e sperabilmente celere quale quello cautelare. Sotto questo profilo, va infatti osservato che l'art. 132, ult. comma, c.p.i. prevede che «in tutti i procedimenti

¹⁰ Il secondo comma dell'art. 76 c.p.i. prevede che «se le cause di nullità colpiscono solo parzialmente il brevetto, la relativa sentenza di nullità parziale comporta una corrispondente limitazione del brevetto stesso, e nel caso previsto dall'articolo 79, comma 3, stabilisce le nuove rivendicazioni conseguenti alla limitazione».

¹¹ Così BOGNI, *La procedura nazionale di limitazione, da EPC 2000 alle applicazioni nazionali*, cit., p. 126. Per una limitazione richiesta in sede cautelare cfr. Trib. Torino, 7 aprile 2011, citata da BOGNI, *loc. ult. cit.*

¹² Va anticipato – ma sul punto si avrà modo di tornare *infra* – che, in genere, la proposizione dell'istanza di riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni rende necessario lo svolgimento di una consulenza tecnica o, laddove questa sia già stata disposta, una rinnovazione della stessa, con conseguenze in tema di allungamento dei tempi del processo.

cautelari, il giudice, ai fini dell'ottenimento di sommarie indicazioni tecniche, può disporre una consulenza tecnica». ⁽¹³⁾. È quindi lecito chiedersi se, nel caso di riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali, che comporta necessariamente una dichiarazione di invalidità parziale del titolo, sia sufficiente per il giudice ottenere «sommarie indicazioni tecniche» da parte del C.T.U. o se, al contrario, sia necessaria un'indagine tecnica completa, e quindi non sommaria.

4. «In ogni stato» del giudizio di nullità del brevetto

Ulteriore questione interpretativa suscitata dal nuovo terzo comma dell'art. 79 c.p.i. è quella inerente al momento (*rectius* alla fase) in cui l'istanza di limitazione giudiziale delle rivendicazioni può essere formulata dal titolare del brevetto. Il terzo comma della disposizione citata, infatti, si limita ad affermare che la richiesta di limitare le rivendicazioni può essere formulata dal titolare del brevetto in ogni grado del giudizio di nullità (e quindi in primo e secondo grado, come pure nel giudizio di cassazione) ⁽¹⁴⁾, nonché «in ogni stato» del processo medesimo.

Sulla base di un'interpretazione meramente letterale della disposizione normativa, sembrerebbe corretto affermare che la richiesta di limitazione delle rivendicazioni possa essere formulata dal titolare del brevetto tanto in quella che, convenzionalmente, viene definita “fase introduttiva” del giudizio di primo grado, quanto nelle fasi cc.dd. “di trattazione in senso stretto” e “di istruzione probatoria”.

¹³ In generale, sulla consulenza tecnica cautelare in materia di proprietà industriale cfr. F. FERRARI, *La disciplina cautelare in materia di proprietà industriale ed intellettuale*, in TARZIA-SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, V ed., 2016, pp. 713 ss., secondo la quale sarebbe preferibile che venissero disposte consulenze rapide, anche se non necessariamente sommarie, provvedendo alla scelta di consulenti tecnici esperti non solo al mondo delle private, ma anche allo specifico oggetto della lite. In generale sul tema v. anche ANSANELLI, *La disciplina speciale della C.T.U. in materia IP*, in GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Quaderni di AIDA n. 23, Torino, 2012, pp. 241 ss.

¹⁴ Sulle questioni derivanti dalla facoltà per il titolare del brevetto di proporre un'istanza di limitazione giudiziale nel giudizio di appello ovvero in quello di cassazione v. paragrafi 5 e seguenti di questo capitolo.

Non ci si può, tuttavia, adagiare su un'interpretazione meramente testuale della disposizione citata perché, così facendo, si giungerebbe a ottenere conseguenze difficilmente accettabili sul lato pratico e teorico. Infatti, attraverso la limitazione giudiziale delle rivendicazioni di brevetto il titolare introduce in giudizio un fatto nuovo che va ad incidere, modificandolo, sul diritto sostanziale dedotto in giudizio. Ebbene, tale facoltà concessa al titolare del brevetto dall'art. 79, comma terzo, c.p.i. riformato va inevitabilmente a scontrarsi con i limiti preclusivi all'introduzione di nuove circostanze di fatto nel processo civile, limiti che – ovviamente – valgono anche per il processo industrialistico.

Tuttavia, né la dottrina né tantomeno la giurisprudenza sembrano avere sollevato la questione, essendosi soffermate principalmente (*rectius* esclusivamente) sull'esigenza di interpretare l'espressione «in ogni stato» del processo di nullità di cui al terzo comma dell'art. 79 c.p.i. in modo tale da garantire il pieno contraddittorio tra le parti¹⁵). Muovendo da tale esigenza, la giurisprudenza di merito ha chiarito che l'istanza di limitazione delle rivendicazioni brevettuali può essere depositata sino alla (e non oltre la) udienza di precisazione delle conclusioni di cui all'art. 189 c.p.c.¹⁶), udienza in cui – come noto – il giudice istruttore, dopo che le

¹⁵ In questi termini v. Trib. Milano, 24 aprile 2014, n. 5425, in *Darts*. Nella vicenda esaminata dal Tribunale di Milano, la titolare e la licenziataria di un brevetto europeo hanno proposto domanda di accertamento della contraffazione della frazione italiana del titolo nei confronti di due società, rispettivamente produttrice e distributrice in Italia dei prodotti ritenuti interferenti, le quali hanno entrambe svolto domande di accertamento della nullità della frazione italiana del brevetto. Nella prima memoria *ex art.* 183, sesto comma, c.p.c., parte attrice ha chiesto l'accertamento della validità del titolo, con indicazione, in via tra loro subordinata, di tre diverse ipotesi di emendazione delle rivendicazioni e tale richiesta di limitazione è stata poi ribadita anche in sede di CTU, ove sono state presentate una richiesta principale e cinque «richieste ausiliarie». Successivamente il G.I. ha invitato la titolare del brevetto a formalizzare una riformulazione delle rivendicazioni, invito accolto dall'attrice con apposita memoria autorizzata. Nella prima relazione il CTU ha concluso per la nullità parziale del titolo. Successivamente il titolare del brevetto ha depositato una nuova richiesta di riformulazione delle rivendicazioni, a fronte della quale il giudice ha disposto un supplemento di CTU. Anche all'esito della seconda CTU, il consulente ha concluso per la nullità della frazione italiana del brevetto europeo oggetto di causa, nullità dichiarata con la sentenza *de qua*.

¹⁶ In questo senso cfr. Trib. Milano, 20 ottobre 2016, n. 11544, in *www.marchiebrevevettoweb.it*, con nota adesiva di FRUSCALZO; Trib. Milano, 18 settembre 2015, n. 10512, cit. In un caso isolato (Trib. Bologna, 26 agosto 2015, n. 2592, cit.) è stata ritenuta inammissibile, perché tardiva, la riformulazione delle rivendicazioni brevettuali formulata dal consulente tecnico di parte nella memoria di osservazioni alla bozza di consulenza tecnica d'ufficio, «quindi, successivamente alla chiusura del contraddittorio e, inoltre, non risulta fondata su elementi nuovi che non

parti hanno precisato le loro richieste (anche istruttorie), può ritenere la causa in decisione se si tratta di una di quelle controversie di competenza del giudice monocratico *ex art. 50 ter* c.p.c. o può rimetterla al collegio composto da tre giudici nei casi di cui all'*art. 50 bis* c.p.c., tra i quali rientrano le controversie di competenza delle sezioni specializzate ⁽¹⁷⁾.

sarebbe stato possibile rilevare già al momento dello scambio delle prime memorie da parte dei Ctp». Deve comunque osservarsi che, nella specie, l'inammissibilità dell'istanza di limitazione delle rivendicazioni avrebbe potuto essere fondata anche sul fatto che tale istanza non sembrerebbe essere stata proposta dal titolare del brevetto, come invece espressamente previsto dal terzo comma dell'*art. 79* c.p.i. Dalla sentenza del Tribunale di Bologna, infatti, non emerge se l'istanza di limitazione formulata dal c.t.p. fosse stata previamente sottoscritta dal titolare del brevetto, ovvero se quest'ultimo abbia conferito procura speciale al proprio consulente tecnico al fine di proporre l'istanza *de qua*.

¹⁷ Tutte le cause devolute alle sezioni specializzate in materia di impresa sono sempre di competenza del tribunale in composizione collegiale, in ossequio a quanto previsto dall'*art. 50 bis*, comma primo, n. 3), c.p.c. Le sezioni specializzate a composizione collegiale per la trattazione dei procedimenti giudiziari in materia di «marchi nazionali, internazionali e comunitari, brevetti di invenzione e per nuove varietà vegetali, modelli di utilità, disegni e modelli e diritto di autore nonché fattispecie di concorrenza sleale interferenti con la tutela della proprietà industriale ed intellettuale» sono state istituite con il d.lgs. n. 168 del 27 giugno 2003, in attuazione della legge 12 dicembre 2002 n. 273 recante «Misure per favorire l'iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza», presso i Tribunali e le Corti di Appello di Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia. Il legislatore è intervenuto in materia dapprima nel 2012: con l'*art. 2* del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni nella legge 24 marzo 2012, n. 27, recante «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività», è stato istituito il c.d. «Tribunale delle imprese», competente, oltre che per le materie già devolute alle «trasformate» sezioni specializzate, anche in materia di tutela della concorrenza e del mercato, per le controversie relative alla violazione della normativa *antitrust* dell'Unione europea, nonché quelle in materia societaria. All'incremento delle materie di competenza del tribunale per l'impresa si è accompagnato un ampliamento del numero delle sezioni che, dalle originarie 12, sono divenute le attuali 21. Nel 2013 il legislatore è nuovamente intervenuto modificando la disciplina del Tribunale delle Imprese: l'*art. 10* del decreto legge 23 dicembre 2013 n. 145 (c.d. «Destinazione Italia»), rubricato «Tribunale delle società con sede all'estero», ha inserito un nuovo comma (*1-bis*) all'*art. 4* del d.lgs. n. 168/2003, stabilendo che per le cause nelle quali è parte, anche nel caso di cumulo soggettivo passivo *ex art. 33* c.p.c., una società, in qualunque forma costituita, con sede all'estero, anche avente sedi secondarie con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato, sono inderogabilmente competenti le sezioni specializzate in materia di impresa di Bari, Cagliari, Catania, Genova, Milano, Napoli, Roma, Torino o Venezia. Da ultimo giova ricordare che l'*art. 1*, comma primo, lett. a) del ddl n. 2284 delega il Governo ad adottare «entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti l'integrazione della disciplina del tribunale delle imprese e l'istituzione del tribunale della famiglia». Quanto alla disciplina del tribunale delle imprese si prevede, in primo luogo, l'ampliamento della competenza delle esistenti sezioni specializzate in materia di impresa, mantenendone invariato il numero e modificandone la denominazione in quella di «sezioni specializzate per l'impresa e il mercato»; in secondo luogo la razionalizzazione della disciplina della competenza per materia, comprendendovi, le controversie in materia di concorrenza sleale, ancorché non interferenti con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale e intellettuale; le controversie

In particolare, nella sentenza del 18 settembre 2015, n. 10512¹⁸), le sezioni specializzate in materia di impresa del Tribunale di Milano hanno affermato che l'art. 79, comma terzo, c.p.i. va coordinato con le regole proprie del processo e in particolare con il principio secondo cui «le domande delle parti rimangono fissate nei termini articolati in sede di precisazione delle conclusioni e non può essere ammessa una modifica, sia pure in termini asseritamente limitativi del brevetto, che vada ad incidere sul contraddittorio tecnico». Di conseguenza, è inammissibile l'istanza di limitazione presentata dal titolare del brevetto in sede di comparso conclusionale e quindi, per l'appunto, dopo la precisazione delle conclusioni.

in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita; le *class actions*; le controversie riguardanti gli accordi di collaborazione nella produzione e nello scambio di beni o servizi, relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo, di cui all'articolo 2341-bis, terzo comma, del codice civile; le controversie di cui all'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni, relative a società di persone. In generale sulle sezioni specializzate in materia di impresa cfr. P. COMOGLIO, *Il giudice specializzato in materia d'impresa*, 2014; TAVASSI, *Dalle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate per l'impresa*, in *Corr giur.*, 2012; GIUSSANI, *Corso di diritto processuale delle imprese*, cit., pp. 10 ss.; ID., *Questioni di competenza in senso stretto e in senso lato nella nuova disciplina delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale*, in NIVARRA (a cura di), *L'Enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2005, p. 187; BONELLI, *Sezioni specializzate di diritto industriale: speranze o illusioni?*, in *Dir. ind.*, 2004, p. 105; SCOTTI, *Le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale (DL 27.6.2003 n. 168) osservazioni relative ad alcune questioni processuali*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 2638; CASABURI, *L'istituzione delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, I, p. 251, ID., *Le sezioni distrettuali della proprietà intellettuale ed industriale. Perché poi non si dica "peccato"*, in *Dir. ind.*, 2003, p. 204; ID., *L'istituzione delle sezioni specializzate per la proprietà industriale ed intellettuale: (prime) istruzioni per l'uso*, in *Dir. ind.*, 2003, p. 405; ID., *L'evoluzione delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, II, p. 263; BARBUTO, *Brevetti: processi più rapidi con le sezioni specializzate*, in *Guida al diritto*, 2002, 49, 35; ID., *Il ritardo di dieci anni lascia l'Italia in fuorigioco nella corte europea sulla proprietà intellettuale; Rito e collegialità, i nodi ancora da sciogliere*, in *Guida al diritto*, 2003, 30, pp. 18 ss.; CERRETTO, *Marchi e brevetti: sezioni specializzate condizionate dall'incognita delle sedi*, in *Guida al dir.*, 2003, 10, p. 112; FLORIDIA, *Il riordino della proprietà intellettuale*, in *Dir. ind.*, 2003, p. 22; SCUFFI, *Le sezioni specializzate di diritto industriale per cooperazione comunitaria ed applicazione decentrata delle regole di concorrenza*, in *Dir. ind.*, 2003, p. 213; L. C. UBERTAZZI, *Le sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, I, p. 219; ID., *La competenza per materia delle sezioni IP*, in *AIDA*, 2005, pp. 281 ss. In argomento v. anche F. FERRARI, *Il sequestro dell'anima. Natura e funzione del sequestro in materia di proprietà intellettuale*, Torino, 2016, pp. 11 ss. e 48 ss.

¹⁸ In www.giurisprudenzadelleimprese.it.

In una sentenza successiva (n. 11544 del 30 giugno 2016, pubblicata il 20 ottobre dello stesso anno), il medesimo Tribunale ha ritenuto che non può essere presa in considerazione l'istanza di limitazione delle rivendicazioni presentata dopo l'udienza di precisazione delle conclusioni, posto che in tale udienza viene «definitivamente cristallizzato il *thema decidendum*»⁽¹⁹⁾. In particolare si è affermato che «va operata un'interpretazione costituzionalmente orientata del dettato di cui all'art. 79, comma 3, c.p.i. che consente al titolare di riformulare il proprio brevetto “in ogni stato e grado del processo”. Alla luce della regola della ragionevole durata del processo presidiata dall'art. 111, comma 1, della Carta, tale facoltà, per ciascun grado, non può comunque essere spesa successivamente all'udienza di precisazione delle conclusioni. Pena infatti il regresso del giudizio, ormai concluso, alle precedenti fasi – anche istruttorie – per consentire anche sulla riformulazione del brevetto il necessario contraddittorio, non solo tecnico».

La *ratio* sottesa all'impostazione seguita dalla giurisprudenza di merito sta in ciò, che l'udienza di precisazione delle conclusioni costituisce l'ultimo atto della trattazione della causa e segna il passaggio dalla fase di trattazione a quella decisoria. Inoltre, la precisazione delle conclusioni segna il limite temporale per l'efficacia della sentenza; questa, infatti, statuisce in merito alla situazione fattuale esistente al momento della precisazione delle conclusioni, sicché solo i fatti nuovi e sopravvenuti successivamente all'udienza di p.c. potranno essere posti a fondamento di un'altra domanda, non anche quelli dedotti o comunque deducibili.

La tesi sinora esposta è stata criticata da una parte della dottrina che l'ha ritenuta troppo rigida. Muovendo sempre dalla premessa per cui l'applicazione della regola di cui all'art. 79 c.p.i. deve coniugarsi con il

¹⁹ Pubblicata in www.marchiebrevettiweb.it. L'attrice aveva convenuto in giudizio diverse imprese concorrenti per contraffazione del proprio brevetto europeo, le quali avevano proposto, in via riconvenzione, l'azione di nullità. A seguito della decisione della divisione di opposizione dell'EPO di mantenere il brevetto oggetto di causa in forma limitata, l'attrice aveva presentato, ai sensi dell'art. 79, comma terzo, c.p.i., un'istanza di riformulazione delle rivendicazioni contestate. Il Tribunale di Milano ha rigettato la richiesta di limitazione delle rivendicazioni formulata oltre l'udienza di precisazione delle conclusioni, anche se l'esigenza di riformulare le rivendicazioni era sorta, nel caso di specie, oltre l'udienza di p.c., e precisamente in seguito al deposito della decisione in sede europea.

rispetto del principio del contraddittorio, si è sostenuto che tale principio non risulterebbe leso qualora l'istanza di limitazione fosse formulata successivamente all'udienza di precisazione delle conclusioni *ex art.* 189 c.p.c., prima del (o consensualmente al) deposito della comparsa conclusionale ⁽²⁰⁾. Ciò in quanto, da un lato, la proposizione dell'istanza di limitazione nella comparsa conclusionale consentirebbe comunque alla controparte di contro-dedurre nella memoria di replica in merito all'attività emendativa posta in essere dalla controparte e, dall'altro lato, tale soluzione sarebbe conforme al principio di economia processuale, dato che, in caso contrario, il titolare del brevetto potrebbe chiedere la medesima limitazione nel giudizio di appello ⁽²¹⁾.

In realtà, tale ultimo argomento non ci sembra decisivo per la seguente ragione (che verrà meglio illustrata nel paragrafo successivo): nonostante il chiaro tenore del terzo comma dell'art. 79 c.p.i., a mente del quale la riformulazione delle rivendicazioni può essere richiesta al giudice in ogni grado del giudizio di nullità, e quindi anche in appello, in concreto siffatta possibilità non ha mai trovato applicazione, né potrebbe essere altrimenti stante la conformazione strutturale del processo di secondo grado che, salvo rare eccezioni, impedisce l'ingresso di *nova ex art.* 345 c.p.c. ⁽²²⁾.

Con riferimento al primo argomento avanzato dalla dottrina in esame (*i.e.* possibilità per la controparte di contro-dedurre nella memoria di replica) va osservato che il fatto che la controparte abbia un termine di venti giorni per “difendersi” (*rectius* per replicare a quanto affermato nella comparsa conclusionale ove è stata formulata l'istanza di limita-

²⁰ L'art. 189 c.p.c. prevede che il giudice istruttore, quando rimette la causa al collegio perché la ritiene matura per la decisione (art. 187, comma primo, c.p.c.) o perché ritiene vi siano questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito (specialmente giurisdizione e competenza) idonee a definire il merito (art. 187, commi secondo e terzo, c.p.c.), invita le parti a precisare davanti a lui le conclusioni che intendono sottoporre al collegio stesso, nei limiti di quelle formulate negli atti introduttivi o a norma dell'art. 183 c.p.c.

²¹ In questi termini anche BOGNI, *La procedura nazionale di limitazione, da EPC 2000 alle applicazioni nazionali*, cit., p. 129.

²² Per la dimostrazione di quanto brevemente affermato in questa sede cfr. paragrafo 5.1. di questo capitolo.

zione giudiziale), se in una certa qual misura è idoneo a garantire il rispetto del principio del contraddittorio, certamente non consente di tutelare, pienamente ed effettivamente, il diritto di difesa inteso in senso ampio, comprensivo sia del diritto di difendersi mediante la proposizione mere difese, di domande o eccezioni, sia del diritto di difendersi attraverso la formulazione di istanze istruttorie e la produzione di documenti che dimostrino la fondatezza delle proprie difese ovvero l'infondatezza o inammissibilità di quelle svolte dalla controparte. Tutte le menzionate attività, infatti, sono senza dubbio precluse nell'ambito della memoria di replica, con buona pace per il diritto di difesa di colui che ha proposto la domanda di nullità del brevetto e che, in corso di causa, vede mutata la situazione di fatto che lo aveva indotto a richiedere la tutela giurisdizionale.

In realtà, tale ultima critica ha una portata ben più ampia in quanto non è limitata solo all'ipotesi in cui la riformulazione giudiziale delle rivendicazioni sia proposta successivamente all'udienza di precisazione delle conclusioni. Infatti, a nostro sommo giudizio, l'ipotizzata lesione del diritto di difesa della controparte di colui che ha limitato giudizialmente il brevetto si potrebbe realizzare ogniqualvolta l'istanza di limitazione delle rivendicazioni di brevetto venga proposta oltre la prima udienza (o oltre la prima memoria *ex art. 183*, comma sesto, c.p.c.), posto che, in tal caso, sarebbe preclusa alla controparte di allegare nuovi fatti, proporre nuove domande o eccezioni o di modificare quelle inizialmente formulate, e lo stesso dicasi con riferimento alla produzione di documenti e la formulazione di istanze istruttorie, i cui termini preclusivi sono rappresentati dalla seconda memoria *ex art. 183*, comma sesto, c.p.c. (ovvero dalla terza memoria per quanto concerne la prova contraria) ⁽²³⁾.

²³ In realtà nel processo industrialistico le preclusioni circa l'introduzione di nuovi documenti sono meno rigide rispetto al processo civile "ordinario", se tale attività è compiuta nel contesto della consulenza tecnica d'ufficio. Il quinto comma dell'art. 121 c.p.i. prevede infatti che il CTU può ricevere i documenti inerenti ai quesiti posti dal giudice istruttorie anche se non ancora prodotti in causa, il che induce a ritenere che la possibile lesione del diritto di difesa – *sub specie* di diritto di difendersi provando – potrebbe essere aggirata con l'applicazione dell'art. 121 c.p.i.

In ogni caso, tenuto conto dell'ampia formulazione adottata dal legislatore nell'art. 79, comma terzo, c.p.i., nonché dell'orientamento unanime della giurisprudenza che ha ritenuto che l'istanza in esame possa essere formulata sino all'udienza di precisazione delle conclusioni, bisogna concludere che, al fine di rimediare agli effetti distorsivi che la riformulazione delle rivendicazioni in ogni fase del processo potrebbe determinare rispetto al diritto di difesa, un possibile correttivo potrebbe essere rappresentato dall'istituto della rimessione in termini *ex art. 153 c.p.c.* della parte che sia incorsa nella perdita del potere processuale a causa del decorso di un termine perentorio non rispettato per fatto a lei non imputabile⁽²⁴⁾.

5. «E grado» del giudizio di nullità

Come già si è detto, l'art. 79, comma terzo, c.p.i. ha riconosciuto la facoltà per il titolare del brevetto di riformulare le rivendicazioni in ogni (stato e) grado del giudizio di nullità, e quindi non solo nel giudizio di prime cure, bensì anche in quello di appello e, addirittura, avanti la Corte di Cassazione. La soluzione adottata dal legislatore domestico appare immediatamente in contrasto con i principii che regolano il sistema delle impugnazioni nel processo civile. Il riferimento è, in particolare, al divieto dei *nova* in appello di cui all'art. 345 c.p.c., al principio del doppio grado di giurisdizione e al divieto per la Corte di Cassazione di esaminare il merito della controversia, trattandosi notoriamente di un giudice di legittimità.

Prima di passare all'analisi del tema, cui verranno dedicati i paragrafi che seguono, giova ribadire che, nonostante siano ormai trascorsi oltre sei anni dall'entrata in vigore del decreto correttivo del c.p.i., né la

²⁴ La legge 18 giugno 2009, n. 69 ha, da un lato, abrogato l'art. 184 *bis* c.p.c. avente ad oggetto la disciplina della rimessione in termini nella fase di trattazione nel processo di primo grado, e, dall'altro lato, ha inserito la nuova disciplina generale nell'art. 153, secondo comma, c.p.c. a mente del quale «la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini». In argomento v. per tutti CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996.

giurisprudenza né la dottrina sembrano essersi interrogate circa la compatibilità di tale istituto con il nostro sistema processuale. Il silenzio sul punto pare poter essere così giustificato: da un lato, non costano (al momento) casi in cui il titolare di un brevetto abbia richiesto la limitazione delle rivendicazioni brevettuali nel corso del giudizio di appello o in quello di cassazione; dall'altro lato, coloro i quali hanno affrontato il tema della limitazione giudiziale delle rivendicazioni, commentando il novellato art. 79, terzo comma, c.p.i., hanno approfondito principalmente (anche se non esclusivamente) le questioni di diritto sostanziale, trattandosi di studiosi del diritto della proprietà industriale.

Queste le premesse, ci proponiamo dunque di trattare tale questione, con la dovuta cautela e con la consapevolezza di non avere, per il momento, una base giurisprudenziale e dottrinale con cui confrontare quanto di seguito esposto.

5.1. *Segue: la riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali nel giudizio di appello*

Come anticipato, la facoltà riconosciuta al titolare del brevetto di proporre un'istanza di limitazione delle rivendicazioni nel giudizio di secondo grado va inevitabilmente a scontrarsi con il divieto di *nova* in appello sancito dall'art. 345 c.p.c.

Nel corso degli anni, la norma che ha subito numerose modifiche⁽²⁵⁾. In particolare, per quanto qui ci interessa, con la riforma del 1990 è stata abolita la possibilità per le parti di proporre nuove eccezioni e istanze

²⁵ Nella versione originaria dell'art. 345 c.p.c. era consentita solo la proposizione di nuove eccezioni, sempreché sussistessero gravi motivi accertati dal giudice. Una disciplina meno rigida in materia di *ius novorum* è stata introdotta con la riforma del codice di rito del 1950, che ha abolito qualsivoglia limite all'ammissione di nuove eccezioni e di nuovi mezzi di prova. Le domande nuove in appello sono sempre state vietate; ciò al fine di garantire lo svolgimento del secondo grado di giudizio sullo stesso oggetto del primo, consentendo così un riesame della stessa causa. Sulle modifiche all'art. 345 c.p.c. successive alla riforma del 1950 v. subito nel testo. In generale, sulla disciplina dei *nova* in appello v., anche per una ricostruzione storica del tema, TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino, 2016, pp. 251 ss.

istruttorie nel corso del processo di appello ⁽²⁶⁾, e tali limiti preclusivi valevano anche, e a maggior ragione, per le domande nuove. Con la legge n. 69 del 2009, il limite allo *ius novorum* è stato maggiormente irrigidito: il legislatore ha, infatti, definitivamente sancito che la preclusione circa le nuove prove *ex art. 345 c.p.c.* riguarda anche i documenti non prodotti nel giudizio di prime cure, recependo così un principio già affermatosi in giurisprudenza ⁽²⁷⁾.

Se, quindi, nel giudizio di appello non è (tendenzialmente) possibile allegare nuovi fatti, né tantomeno è consentito alle parti di proporre nuove domande, va da sé che deve escludersi la possibilità per il titolare del brevetto di riformulare in senso limitativo le rivendicazioni nel giudizio di secondo grado. Infatti, con la richiesta di limitare le rivendicazioni brevettuali, il titolare del brevetto introduce in giudizio un fatto nuovo dal quale contestualmente consegue, da un lato, l'estinzione del diritto di privativa derivante dal brevetto originario ⁽²⁸⁾ e, dall'altro lato, la nascita di un diverso diritto di privativa ⁽²⁹⁾.

²⁶ L'art. 345 c.p.c., nel testo modificato dall'art. 52 della legge n. 353/1990, prevede che non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio. La norma ammette, tuttavia, la proposizione di domande relative agli interessi, ai frutti e agli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. Quanto alle eccezioni, il secondo comma dell'art. 345 c.p.c. esclude la proponibilità in appello di quelle in senso stretto.

²⁷ Sul punto cfr. CAVALLONE, *Anche i documenti sono «mezzi di prova» agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 3, pp. 1072 ss. (in commento a Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8202 e Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8203); MENGALI, *La produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1, pp. 99 ss. Giova da ultimo ricordare che con la riforma del 2012 è stata abolita la possibilità di introdurre nel giudizio di appello nuovi mezzi di prova e nuovi documenti che siano ritenuti dal giudice indispensabili ai fini della decisione (come, invece, prevedeva il vecchio art. 345 c.p.c.). Oggi sono ammessi in appello solo quei mezzi di prova (ivi inclusi i documenti) che la parte dimostri di non aver potuto richiedere (o produrre) nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile, e fatta salva sempre la possibilità di deferire il giuramento decisorio. In generale, sulle riforme del giudizio di appello v. POLI, *La evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione alla luce delle recenti riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 128 ss.; ID., *Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione nella giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, pp. 43 ss.; PUNZI, *Il nuovo giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 120 ss.

²⁸ Attraverso la riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni di brevetto il titolare rinuncia al suo diritto soggettivo e, mediante un atto dispositivo, va ad incidere sull'estensione della tutela conferita dal brevetto originario.

²⁹ Dal punto di vista sostanziale, infatti, le rivendicazioni fungono da elemento costitutivo del brevetto: in mancanza delle rivendicazioni non può sorgere il diritto di privativa in quanto il

La facoltà concessa al titolare del brevetto dall'art. 79 c.p.i. di proporre un'istanza giudiziale di limitazione delle rivendicazioni si pone in contrasto non solo con il divieto di *ius novorum*, bensì anche con il principio del doppio grado di giurisdizione, comunemente ritenuto di ordine pubblico e quindi non derogabile nemmeno su accordo delle parti. Queste ultime, infatti, hanno diritto a che una determinata vicenda sia conosciuta e decisa da due differenti giudici, tanto è vero che l'oggetto della cognizione decisoria del giudice di secondo grado consiste nella controversia già decisa dal giudice di prime cure⁽³⁰⁾ e si sovrappone potenzialmente all'oggetto del giudizio di primo grado, garantendo alle parti un doppio grado di giudizio pieno di merito.

Ebbene, va anticipato – ma sul punto si avrà modo di tornare diffusamente nel prosieguo – che l'oggetto del giudizio di nullità del brevetto è rappresentato dal brevetto stesso e che la riformulazione delle rivendicazioni determina una modifica dell'oggetto del processo⁽³¹⁾. È quindi

brevetto non può essere rilasciato. Anche dal punto di vista processuale, le rivendicazioni svolgono un "ruolo costitutivo": quanto espressamente rivendicato determina l'oggetto del diritto *erga omnes* in capo al titolare e delimita l'ambito di protezione riconosciuto a quest'ultimo. Una determinata rivendicazione fa sorgere l'effetto giuridico consistente nel diritto del titolare del brevetto di commercializzare, produrre, vendere ecc. un certo prodotto o di utilizzare un determinato procedimento, con esclusione di qualsivoglia terzo concorrente.

³⁰ Va precisato che l'ampiezza della cognizione del giudice di appello è limitata dai motivi di appello, specificamente proposti dagli appellanti a pena di inammissibilità dell'appello *ex art. 342 c.p.c.* (sulla riforma dell'art. 342 c.p.c. cfr. per tutti POLI, *Il nuovo giudizio di appello*, cit., pp. 121 ss. In giurisprudenza v. Cass., 5 febbraio 2015, n. 2143, che ha chiarito la portata preceettiva della citata disposizione), e dalle questioni su cui insistono i motivi di gravame effettivamente proposti (*tantum devolutum, quantum appellatum*). L'effetto devolutivo dell'appello, infatti, non è automatico. Per effetto di questa ampia devoluzione, la sentenza di appello sostituisce totalmente o parzialmente quella impugnata, la quale risulterà in ogni caso assorbita (fatta eccezione di quei sei casi di appello c.d. rescindente o annullatorio disciplinati dagli artt. 353 e 354 c.p.c. rispetto ai quali la sentenza di appello non conduce ad una nuova decisione ma alla rimessione della causa al giudice di primo grado). Ai fini della determinazione dell'ambito di riesame del giudice di appello rileva anche la disciplina dell'onere di riproposizione delle allegazioni e delle eccezioni non accolte *ex art. 346 c.p.c.* le quali, se non espressamente riproposte, si intendono rinunciate. Inoltre, giova aggiungere che l'oggetto del giudizio di secondo grado può essere più limitato di quello di quello di prime cure alla luce del fatto che le parti possono prestare acquiescenza parziale o totale alla sentenza, a norma dell'art. 329, comma secondo, c.p.c. Trattasi di un'ipotesi di formazione graduale e progressiva del giudicato in cui solo i capi della sentenza non impugnati passeranno immediatamente in giudicato (salvo che si tratti di capi dipendenti) e il giudizio proseguirà rispetto agli altri.

³¹ Cfr. paragrafo 9 di questo capitolo.

evidente che laddove fosse consentito di limitare giudizialmente le rivendicazioni brevettuali e, dunque, in tal modo modificare l'oggetto del processo nel corso del giudizio di secondo grado, le parti verrebbero private della possibilità di sottoporre alla cognizione di due giudici diversi, uno dei quali "superiore" all'altro, la medesima controversia già passata al vaglio di un precedente giudice.

A conclusioni diverse non porterebbe – a nostro parere – nemmeno la circostanza che, alla luce delle riforme del giudizio di appello, quest'ultimo sia passato da un mezzo di gravame, in cui il giudice di secondo grado deve pronunciare immediatamente e direttamente sulla domanda già oggetto del giudizio di prime cure, a mezzo di impugnazione in senso stretto, in cui il giudice deve prima verificare la fondatezza dei motivi di appello e dopodiché pronunciare sulla domanda. Nonostante il progressivo avvicinamento del giudizio di appello a quello per cassazione⁽³²⁾, sia per funzione, sia per struttura (e dunque per oggetto)⁽³³⁾, il primo, a differenza del secondo, ha comunque un oggetto indiretto consistente nella situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio con la domanda, salvo poi potersi parlare di un oggetto diretto consistente nelle singole

³² Su questa evoluzione del giudizio di appello e sul suo progressivo avvicinamento al giudizio di cassazione v. POLI, *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 48 ss.; ID., *Appello come revisio prioris instantiae e acquisizione del documento erroneamente interpretato e valutato dal giudice di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 1186 ss.

³³ Già si è visto che l'oggetto del giudizio di appello è rigidamente delimitato dai motivi (non tassativi) di impugnazione, salvo per le eccezionali questioni (di rito o di merito) rilevabili *ex officio* dal giudice. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3033, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1184 ss., con nota di POLI, *Appello come revisio prioris instantiae e acquisizione del documento erroneamente interpretato e valutato dal giudice di primo grado*, cit.; Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1397 ss., con nota di POLI, *L'oggetto del giudizio di appello*; Cass., sez. un., 29 gennaio 2000, n. 16, in *Foro it.* 2000, I, cc. 1606 ss., con note di BALENA, C.M. BARONE e PROTO PISANI. Sulla questione della rilevanza d'ufficio delle eccezioni v. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 2, pp. 299 ss.; CAVALLINI, *L'eccezione "nuova" rilevabile d'ufficio nel giudizio di appello riformato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 3, pp. 588 ss.; ORIANI, *Sulle eccezioni proponibili in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 2, pp. 734 ss. (nota a Cass., 24 maggio 2005, n. 10918); ID., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. A proposito dell'interruzione della prescrizione e di non condivisibili interpretazioni dell'art. 345, comma 2, c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 2005, pp. 1162 ss.

parti della sentenza che l'appellante, principale o incidentale, ha inteso censurare⁽³⁴⁾.

A favore di una possibile ammissibilità dell'istanza di limitazione di brevetto nel giudizio di appello non ci sembra nemmeno si possa menzionare la circostanza che in taluni casi eccezionali sono ammesse “nuove” domande nel giudizio di secondo grado. Il riferimento è, ovviamente, alla richiesta degli interessi, dei frutti e degli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché alla domanda di risarcimento dei danni intervenuti o aggravatisi dopo la deliberazione della sentenza medesima. Queste ultime, in realtà, non costituiscono propriamente nuove domande, bensì altro non sono che la prosecuzione, lo svolgimento logico/cronologico, l'aggiornamento delle domande già svolte nel giudizio di prime cure. Al contrario, invece, la domanda di nullità del nuovo brevetto, come risultante dalla riformulazione delle sue rivendicazioni, costituisce una “nuova” domanda⁽³⁵⁾: essa si fonda su fatti (anche se sopravvenuti) che non costituiscono il naturale sviluppo del processo.

Un'interpretazione dell'art. 79, comma terzo, c.p.i. che sia conforme ai principii generali e alle regole (codificate e non) che caratterizzano il giudizio di appello dovrebbe condurre – si ritiene, immancabilmente – alla concreta impossibilità di applicazione dell'istituto della limitazione giudiziale nel giudizio di secondo grado⁽³⁶⁾ nonostante tale rimedio sia espressamente previsto dalla legge speciale. Le difficoltà pratiche e giuridiche innanzi accennate dovrebbero portare il legislatore a un ripensamento della disciplina della limitazione giudiziale «in ogni stato e grado del giudizio di nullità». Ma sul punto avremo modo di ritornare anche *infra*.

³⁴ Sulla duplicità dell'oggetto del giudizio di appello v. POLI, *La evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione alla luce delle recenti riforme*, cit., p. 134.

³⁵ Sul punto v. ampiamente *infra*, paragrafi 10 e seguenti.

³⁶ E di quello di cassazione come si avrà modo di specificare nel prossimo paragrafo.

5.2. Segue: la riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali nel procedimento per cassazione

Se la possibilità di proporre un'istanza di limitazione delle rivendicazioni di brevetto nel giudizio di appello appare problematica – e in una certa qual misura inconciliabile con il sistema –, ancor più difficilmente accettabile risulta essere la possibilità di richiedere tale limitazione nel corso del giudizio di cassazione, stante le caratteristiche funzionali e strutturali di tale processo. È noto, infatti, che il processo di cassazione è un giudizio di pura legittimità³⁷: la Suprema Corte può conoscere solo di errori di diritto (c.d. *errores in procedendo o in iudicando*) e censurare solo le sentenze viziate e non genericamente ingiuste, senza possibilità di estendere la cognizione al merito della controversia e alle questioni di fatto. A differenza dell'appello, infatti, il ricorso per cassazione non ha effetto devolutivo, nel senso che non introduce una rinnovazione del giudizio e perciò non può essere considerato una terza istanza di giudizio.

In realtà quanto appena affermato è solo parzialmente corretto. In taluni casi, eccezionalmente ed espressamente previsti dalla legge, la Suprema Corte può decidere la causa nel merito, chiudendo il giudizio rescindente con l'eliminazione del provvedimento impugnato e passando al giudizio rescissorio, da concludersi con la pronuncia di merito emessa dalla stessa Corte. In particolare, la cassazione della sentenza con decisione sul merito può avvenire, ai sensi dell'art. 384, comma secondo, seconda parte, c.p.c. quando «non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto», né sia necessaria una nuova valutazione degli accertamenti compiuti dal giudice di merito. In quei casi in cui la Suprema Corte può completare il giudizio senza bisogno di compiere quegli accertamenti sui fatti

³⁷ Il ricorso per cassazione è un'impugnazione ordinaria nel senso che impedisce il passaggio in giudicato formale della sentenza (arg. *ex* art. 324 c.p.c.) ed è un mezzo a critica vincolata, in quanto esperibile solo per motivi tassativi, espressamente previsti dall'art. 360 c.p.c. Il ricorso per cassazione mira all'annullamento della sentenza (fase rescindente), a cui consegue, generalmente, il rinvio della causa ad altro giudice che dovrà emettere una nuova decisione (fase rescissoria). Oggetto di vaglio è dunque la sentenza, non la lite: il giudizio che viene introdotto con il ricorso per cassazione resta, almeno tendenzialmente (salvo per i casi di cui al secondo comma dell'art. 384 c.p.c.), limitato all'esame della sussistenza o meno degli errori nel procedimento o nel giudizio lamentati dal ricorrente. In altri termini, nel giudizio di cassazione, oggetto della decisione è un'azione di invalidazione il cui titolo è il vizio denunciato.

per i quali è strutturalmente inidonea, essa svolge tanto la fase rescindente mediante l'annullamento della sentenza impugnata, quanto quella rescissoria, applicando direttamente la *regola iuris* ai fatti così come ricostruiti nel grado precedente⁽³⁸⁾. Giova comunque ricordare che in sede di giudizio per cassazione non è mai possibile l'allegazione di ulteriori fatti rilevanti ai fini della decisione di merito, ivi inclusi i fatti sopravvenuti, nemmeno allorquando la Suprema Corte svolga anche la funzione rescissoria di merito.

Ebbene, ritornando al nostro tema, deve concludersi nel senso dell'incompatibilità strutturale della richiesta di limitazione delle rivendicazioni di brevetto formulata dal titolare nel giudizio di cassazione. Essa, infatti, si risolve in una *quaestio facti*, determinando l'esigenza di svolgere ulteriori accertamenti fattuali accompagnati il più delle volte (se non la totalità) dallo svolgimento dell'istruttoria, tutte attività che – come si è visto – sono assolutamente precluse nel giudizio di legittimità dinanzi alla Corte di Cassazione.

Essendo impedito alla Corte di Cassazione di decidere nel merito la controversia, accertando la validità o l'invalidità del brevetto come risultante a seguito della riformulazione delle rivendicazioni, le uniche strade ipotizzabili sono le seguenti: o i motivi di ricorso sono infondati, e allora la Suprema Corte rigetterà il ricorso con conseguente passaggio in giudicato della sentenza impugnata, oppure i motivi sono fondati e la Corte dovrà cassare la sentenza impugnata e rinviare la causa ad altro giudice (il giudice di rinvio) dinanzi al quale il titolare potrebbe proporre istanza di riformulazione delle rivendicazioni. Entrambe le soluzioni, tuttavia, svuotano di significato l'art. 79, comma terzo, c.p.i. e la disciplina della limitazione giudiziale delle rivendicazioni in ogni stato e grado del processo; ciò in quanto, sia nel caso di rigetto del ricorso sia in quello di accoglimento con rinvio, la decisione della Suprema Corte verrebbe presa

³⁸ A differenza di quanto prevedeva l'art. 384 c.p.c. previgente, oggi la possibilità che la Corte di cassazione emetta una pronuncia rescissoria sul merito non è più limitata ai casi di accoglimento del ricorso per il motivo di cui all'art. 360, n. 3, c.p.c. ma, più in generale, è ammissibile in ogni caso di accoglimento del ricorso. In argomento cfr. M. DE CRISTOFARO, *La cassazione sostitutiva sul merito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 279 ss.

a prescindere dalla richiesta di riformulazione delle rivendicazioni, vale a dire come se tale istanza non fosse mai stata proposta.

L'impossibilità di un'applicazione concreta dell'istituto di cui all'art. 79 c.p.i. è certamente in contrasto con il chiaro tenore della disposizione normativa che – lo si ricorda – prevede la possibilità per il titolare del brevetto di richiedere al giudice, «in ogni stato e grado» del giudizio di nullità, la riformulazione delle rivendicazioni del brevetto oggetto di causa. Tuttavia, riteniamo che – allo stato – non siano ipotizzabili e praticabili strade alternative, pena un'inaccettabile deformazione del sistema e il superamento di un principio, da sempre acquisito, per cui la Corte di Cassazione è solo giudice di legittimità.

Anche rispetto al giudizio di cassazione, così come per il processo d'appello, non può non evidenziarsi l'esigenza di un ripensamento della disciplina della riformulazione giudiziale delle rivendicazioni di brevetto introdotta dal legislatore del decreto correttivo nel 2010 forse troppo frettolosamente.

6. La limitazione giudiziale delle rivendicazioni brevettuali e le preclusioni in materia di allegazione di fatti nuovi: lex specialis derogat generali. Alcuni rimedi per limitare gli effetti distorsivi derivanti dall'istituto di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i.

A questo punto del nostro lavoro possiamo fornire al lettore una prima risposta ai quesiti che abbiamo indicato all'inizio del presente studio: attraverso la limitazione giudiziale delle rivendicazioni brevettuali *ex art. 79, comma terzo, c.p.i.* il titolare del brevetto introduce in giudizio un *fatto nuovo*, il quale rappresenta, da un lato, un fatto impeditivo (o comunque modificativo o estintivo) ⁽³⁹⁾ del brevetto originario e, dall'altro

³⁹ La qualifica di “fatto impeditivo” o di “fatto modificativo” dipende dall'interpretazione che si intende fornire della seguente questione: se si ritenesse – come noi riteniamo – che a seguito della limitazione delle rivendicazioni di un brevetto, il brevetto oggetto di limitazione si estingue (*rectius* è come se non fosse mai venuto ad esistenza atteso che gli effetti si producono *ex tunc*, dal momento del deposito della domanda di brevetto, con evidenti conseguenze anche in tema di asserita contraffazione del titolo antecedentemente la limitazione) e contemporaneamente si viene a costituire un nuovo brevetto, *i.e.* il brevetto limitato, senza che sia tuttavia necessario il

lato, un fatto costitutivo del brevetto limitato. Ciò in quanto, a seguito della riformulazione delle rivendicazioni, il brevetto come inizialmente rilasciato dall'Ufficio amministrativo (UIBM o EPO) viene meno, non esistendo più con la stessa conformazione strutturale originaria. Contestualmente, viene a formarsi un nuovo titolo, il brevetto limitato, che dal punto di vista oggettivo è diverso e produce effetti differenti rispetto al brevetto *ante* limitazione.

Il fatto nuovo allegato dal titolare del brevetto a seguito del deposito dell'istanza di limitazione di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i. vincola il giudice adito, il quale, anche laddove si convincesse della validità del brevetto originario, non potrebbe per ciò solo dichiararla con sentenza all'esito del giudizio e quindi rigettare la domanda di nullità⁽⁴⁰⁾, essendo appunto intervenuta l'allegazione di un fatto impeditivo del diritto dedotto in giudizio, allegazione che, in quanto atto imperativo/normativo, impone

deposito di una nuova domanda di brevetto presso l'UIBM o l'EPO, allora saremo portati a ritenere che il fatto *de quo* sia *impeditivo* del diritto originario; se, al contrario, si ritenesse che attraverso la limitazione giudiziale il brevetto oggetto dell'attività emendativa venga solamente modificato, allora si sarà indotti a ritenere tale fatto come *modificativo*. In realtà, se è vero che il brevetto originario, limitato giudizialmente, è come se non fosse mai venuto validamente ad esistenza in quella determinata conformazione, posto che la sentenza di nullità parziale pronunciata all'esito del giudizio produce i suoi effetti retroattivamente (il che conduce a ritenere che si tratti di un fatto impeditivo), è altresì vero che l'effetto concreto derivante dalla limitazione è, *inter alia*, quello di estinguere il titolo (il che porta a sostenere che si tratti di un fatto estintivo). Pertanto, stante la peculiarità della fattispecie, sarebbe forse dunque più corretto parlare di un *fatto estintivo con efficacia retroattiva*.

In ogni caso, a nostro sommo giudizio la soluzione da noi sostenuta, che vuole che il fatto in questione sia qualificato come impeditivo (o estintivo con efficacia retroattiva), trova conferma in quelle pronunce giurisprudenziali – che verranno ampiamente citate *infra* – secondo le quali con la riformulazione giudiziale delle rivendicazioni *ex art. 79 c.p.i.* il titolare del brevetto rinuncia al diritto soggettivo che sorge dal brevetto, introducendo nel giudizio nuovi temi di indagine, limitando l'oggetto della domanda mediante un atto dispositivo del diritto controverso e così modificando radicalmente l'oggetto della controversia. Va inoltre anticipato che la ricostruzione in chiave di fatto impeditivo/costitutivo ci servirà per dimostrare che con la limitazione giudiziale delle rivendicazioni (i) l'oggetto del processo viene modificato (sul punto v. paragrafo 9); (ii) la domanda di nullità viene modificata (sul punto v. paragrafi 10 e seguenti).

⁴⁰ Ciò non toglie che a seguito della limitazione giudiziale delle rivendicazioni il giudice possa pronunciare la nullità del titolo come limitato nell'ipotesi in cui il brevetto – nonostante la modifica in senso limitativo operata dal titolare *ex art. 79*, comma terzo, c.p.i. – sia comunque sprovvisto dei requisiti di validità. È stata pronunciata la nullità integrale del brevetto nonostante la limitazione dello stesso da Trib. Milano, 23 giugno 2011; Trib. Milano, 14 luglio 2011; Trib. Milano, 13 ottobre 2011, Trib. Brescia, 24 luglio 2013, tutte pubblicate nella banca dati *Darts*.

al giudice di prendere in considerazione il fatto, se provato, ai fini della decisione ⁽⁴¹⁾.

Non solo. Nella specie, il fatto nuovo allegato deve ritenersi provato, addirittura con efficacia di prova piena. La limitazione giudiziale delle rivendicazioni brevettuali rappresenta infatti, sotto questo profilo, un “atto complesso”: da un lato, essa comporta l’allegazione di un fatto nuovo nel processo e, dall’altro lato, essa costituisce una dichiarazione confessoria resa dal titolare del brevetto medesimo ⁽⁴²⁾ di un fatto a sé sfavorevole (tanto è vero che conduce alla rinuncia del diritto *sub iudice* e ad una pronuncia di nullità parziale dello stesso) e favorevole all’altra parte, vale a dire a colui che ha proposto la domanda di nullità ⁽⁴³⁾, il quale in una certa qual misura ottiene così un accoglimento parziale della propria domanda. Con l’istanza di riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni, infatti, il titolare del brevetto – il quale può essere tanto il convenuto nel giudizio di nullità quanto l’attore in un giudizio di validità

⁴¹ In realtà occorre precisare che l’effetto di quello che abbiamo definito come fatto impeditivo, vale a dire la riformulazione delle rivendicazioni brevettuali, non si produce immediatamente a seguito della formulazione dell’istanza di limitazione giudiziale da parte del titolare della privativa; al contrario è sempre necessaria la sentenza di nullità pronunciata dal giudice adito (*arg. ex art. 79, comma terzo, c.p.i. e art. 76, comma secondo, c.p.i.*). Il che significa che se il titolare del brevetto formula l’istanza di limitazione nel corso del giudizio avente ad oggetto l’accertamento dell’invalidità del brevetto e medesimo, e tale processo non giunge al suo naturale epilogo (*i.e.* la sentenza di merito) perché, ad esempio, si estingue per inattività delle parti o per rinuncia agli atti, allora la suddetta richiesta di limitazione non produrrà alcun effetto sul titolo come rilasciato dall’Ufficio brevetti.

⁴² In conformità alla disciplina in materia di confessione che prevede che l’autore della stessa può essere soltanto la parte personalmente. L’art. 229 c.p.c. dispone infatti che la confessione giudiziale spontanea può essere contenuta in qualsiasi atto processuale firmato dalla parte personalmente. Va anticipato – ma sul punto si tornerà *infra* – che la giurisprudenza unanime ritiene che la riformulazione delle rivendicazioni brevettuali deve essere necessariamente proposta dal titolare del brevetto personalmente, trattandosi di un atto di rinuncia del diritto sostanziale. Nello stesso senso dispone peraltro lo stesso terzo comma dell’art. 79 c.p.i. a mente del quale «il titolare del brevetto ha facoltà di sottoporre al giudice [...] una riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni».

⁴³ La confessione è la «dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all’altra parte» (art. 2730 c.c.). La dichiarazione confessoria, per produrre la sua efficacia probatoria, deve essere a sua volta provata. Nei casi in cui tale dichiarazione avviene in giudizio (c.d. confessione giudiziale), la prova è acquisita al momento stesso in cui viene resa e si può dire che essa viene in essere come già provata (c.d. *probatio probata*) sicché la prova della dichiarazione è già prova del fatto.

avente ad oggetto il brevetto – riconosce la verità del fatto (ad esso sfavorevole e favorevole alla controparte) “nullità parziale del proprio brevetto”⁽⁴⁴⁾. Rappresentando una dichiarazione confessoria resa in corso di causa dal titolare del diritto disponibile, essa ha efficacia di prova legale che, in quanto tale, vincola il giudice nel suo apprezzamento⁽⁴⁵⁾.

Ebbene, premesso che la riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni brevettuali può essere richiesta dal titolare in ogni stato e grado del giudizio di nullità, da ciò consegue che quello che abbiamo definito come “fatto nuovo” può sempre essere introdotto (*rectius* allegato) dalla parte in ogni fase del giudizio, tanto di primo grado, quanto d’appello o di cassazione, a prescindere dai limiti preclusivi previsti dalla legge processuale, il che determina una violazione delle disposizioni normative, previste dal codice di rito, che impongono la fissazione del *thema decidendum* e del *thema probandum in limine litis*⁽⁴⁶⁾.

Tuttavia, trattandosi di un caso in cui la legge speciale (*i.e.* l’art. 79, comma terzo, c.p.i.) deroga alla legge generale (*i.e.* le norme previste dal c.p.c. in materia di preclusioni), tale affermata violazione va accettata senza troppe remore con tutte le conseguenze del caso. Ciò non significa, però, rassegnarsi acriticamente al volere del legislatore. Al contrario, appare quanto mai necessario fare uno sforzo ulteriore al precipuo fine di individuare tutti quegli strumenti idonei a ridurre, per quanto possibile, gli effetti distorsivi che l’applicazione concreta dell’istituto potrebbe determinare sul regolare svolgimento del processo.

Sotto questo profilo, è innegabile che uno dei principali problemi rappresentato dall’istituto in esame consiste nel rischio di un eccessivo protrarsi del contraddittorio fra le parti⁽⁴⁷⁾, posto che, da un lato, l’art. 79

⁴⁴ Ciò significa dunque che la limitazione giudiziale delle rivendicazioni è un “atto complesso” in cui l’allegazione del fatto è contestuale alla prova dello stesso.

⁴⁵ È noto infatti che ai sensi dell’art. 2733, comma secondo, c.p.c. la confessione giudiziale «forma piena prova contro colui che l’ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili».

⁴⁶ Sembra essersi avveduto del problema Trib. Milano, 24 aprile 2014, n. 5425, cit., ove ha affermato che l’art. 79 c.p.i. non risulta essere conforme «ai principi generali che regolano il contraddittorio, fondati sulle preclusioni *in limine*».

⁴⁷ L’esigenza di coordinare l’istituto della limitazione giudiziale con il principio del giusto processo è stata avvertita anche da Trib. Milano, 19 giugno 2015, n. 7643, in *Darts*, secondo cui

c.p.i. non limita in alcun modo il numero di riformulazioni che la parte può compiere nel corso del processo sullo stesso titolo di privativa (sicché non sarebbe illegittimo per il titolare del brevetto proporre innumerevoli riformulazioni delle rivendicazioni, sino a trovare quella che impedisca una pronuncia di nullità da parte del giudice); dall'altro lato, siffatta riformulazione può avvenire in ogni stato e grado del giudizio di nullità e quindi, in ipotesi, anche dopo diversi anni dall'inizio del processo. È dunque necessario che la facoltà, concessa al titolare del brevetto dall'art. 79, comma terzo, c.p.i., sia sottoposta ad alcuni limiti, i quali peraltro sono indispensabili anche al fine di evitare di snaturare la *ratio* dell'istituto tramite un susseguirsi, potenzialmente infinito, di istanze di limitazione.

Un primo limite potrebbe essere rinvenuto nel fatto che al titolare del brevetto dovrebbe essere concesso di depositare *una sola* istanza di limitazione in sede giudiziale durante tutto il corso del giudizio. Ciò significa che se è stata richiesta una limitazione nel corso del giudizio di prime cure, un'ulteriore limitazione non potrà essere proposta nello stesso processo di primo grado, o in secondo grado o addirittura nel processo per cassazione, sempreché riguardi lo stesso brevetto già in precedenza limitato⁽⁴⁸⁾. Tale soluzione troverebbe un fondamento normativo nel testo dell'art. 79, comma terzo, c.p.i., nella parte in cui prevede che il titolare ha facoltà di sottoporre al giudice «una riformulazione delle rivendicazioni» in ogni stato e grado del giudizio di nullità⁽⁴⁹⁾.

Si è tuttavia osservato che fissare un limite numerico alle limitazioni giudiziali ammissibili forzerebbe eccessivamente il dato letterale

l'art. 79, comma terzo, c.p.i. è una «norma speciale che confligge gravemente con i principi generali del processo e rischia di mettere in discussione anche la garanzia costituzionale di ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost.»; Trib. Milano, 24 aprile 2014, n. 5425, cit., secondo cui la nuova formulazione dell'art. 79 c.p.i. non risulta essere conforme «ai principi generali che regolano il contraddittorio, fondati sulle preclusioni *in limine*, ed alle esigenze di celerità della decisione».

⁴⁸ In senso contrario Trib. Milano, 19 giugno 2015, n. 7643, in *Darts*, ove si afferma che, «per come formulata con riferimento ad ogni stato e grado del giudizio, la norma rende ammissibili anche riformulazioni in grado di appello, anche ove già il giudice di primo grado abbia valutato e provveduto su una riformulazione differente».

⁴⁹ In questo senso cfr. BOSCARIOL DE ROBERTO, *La limitazione del brevetto in corso di causa*, cit., p. 102, il quale peraltro aggiunge che «tale interpretazione sembra individuare un soddisfacente punto di equilibrio, tenendo conto che il titolare potrebbe, anche per la prima volta, sottoporre al Giudice di secondo grado una riformulazione delle rivendicazioni».

(*rectius* numerico) dell'art. 79, comma terzo, c.p.i. Inoltre, tale soluzione sarebbe in contrasto con l'istituto della limitazione del brevetto europeo di cui all'art. 138 CBE che non prevede alcun limite al numero delle riformulazioni richiedibili. In realtà, il terzo comma dell'art. 138 CBE, se è vero che non indica che la limitazione può essere una sola, nemmeno statuisce il contrario. La disposizione menzionata, infatti, dispone che «nelle procedure dinanzi ai tribunali o all'amministrazione competente, concernenti la validità del brevetto europeo, il titolare del brevetto può limitare il brevetto modificando le rivendicazioni. Il brevetto in tal modo limitato serve da base alla procedura».

Un ulteriore correttivo che potrebbe essere introdotto, quanto meno *de jure condendo*, attiene al momento in cui la riformulazione delle rivendicazioni può essere formulata al giudice in corso di causa. Si è già detto, infatti, che, a seconda del momento in cui l'istanza è formulata, essa può richiedere un'integrazione della consulenza tecnica o addirittura l'espletamento di una nuova CTU, con conseguente allungamento dei tempi e aumento dei costi di causa. Per evitare un eccessivo allungamento dei tempi del processo, l'istanza di limitazione delle rivendicazioni brevettuali dovrebbe essere formulata al più tardi nell'ambito delle operazioni peritali che costituiscono il passaggio obbligato della maggior parte (se non tutte) delle cause brevettuali. Più precisamente, la richiesta di modificare le rivendicazioni dovrebbe essere formulata dal titolare del brevetto, al più tardi, con la memoria di osservazioni alla bozza di relazione del CTU, depositata dai consulenti tecnici di parte nei termini fissati dal giudice⁵⁰). In tal modo, infatti, il consulente tecnico, già nominato dal tribunale, potrebbe esaminare la validità o meno del brevetto limitato, previo adeguamento del quesito da parte del giudice, e rispondere al quesito medesimo già nel contesto della relazione definitiva. Semmai il CTU po-

⁵⁰ Sul punto v. anche PIOVESANA, Relazione tenuta alla tavola rotonda “*Limitazione delle rivendicazioni in corso di causa*”, pp. 3-4, reperibile al seguente link: <http://www.ficpi.it/documenti/Limitazione%20rivendicazioni%20-%20Piovesana.pdf>, secondo il quale non bisognerebbe considerare ammissibili le istanze di limitazione dopo la relazione preliminare in quanto la memoria di osservazioni delle parti dovrebbe servire a commentare ciò che il CTU ha già valutato e non a fargli fare ulteriori valutazioni su nuovi documenti.

rebbe richiedere al giudice un termine più lungo per il deposito della relazione, laddove la complessità della materia lo richieda, oppure che questi fissi un termine per il deposito di una memoria autorizzata avente ad oggetto esclusivamente la questione della riformulazione delle rivendicazioni; alle parti sarebbe così consentito, nel pieno contraddittorio anche tecnico, di dedurre, contro-dedurre, difendersi anche mediante il deposito di nuovi documenti (⁵¹). In tal modo, la questione relativa alla limitazione giudiziale delle rivendicazioni non sarebbe “gestita” dalla parte che propone l’istanza (vale a dire il titolare del brevetto), bensì sarebbe dal CTU, il quale – giova ribadirlo – rappresenta pur sempre un ausiliario del giudice e, in quanto terzo e imparziale rispetto alle parti, non avrebbe alcun intento di procrastinare la decisione o di favorire una pronuncia di validità o nullità del brevetto (⁵²).

⁵¹ Va anticipato, ma sul punto si avrà modo di tornare *infra*, che nel processo industrialistico il CTU può ricevere i documenti inerenti ai quesiti posti dal giudice anche se non ancora prodotti in causa. Così dispone infatti il quinto comma dell’art. 121 c.p.i.

⁵² Va, tuttavia, escluso che il CTU possa assumere un ruolo attivo, dal punto di vista sostanziale, nell’attività di riformulazione delle rivendicazioni, potendo egli solo gestire, dal punto di vista procedurale, le operazioni peritali. Ciò significa che la modifica delle rivendicazioni in corso di causa non può derivare da un’autonoma iniziativa del consulente nominato dal giudice (o del giudice stesso), il quale nemmeno potrà “dialogare” con il titolare della privativa al fine di individuare la formulazione che consenta di “salvare” il titolo oggetto di causa. A ciò si aggiunga che secondo la giurisprudenza prevalente il titolare del brevetto non potrà proporre set alternativi di rivendicazioni, dovendo l’istanza di limitazione essere precisa e non meramente ipotetica. In questo senso cfr. Trib. Milano, 24 aprile 2014, n. 5425, cit., secondo cui non è possibile investire il CTU dell’espressione di uno o più pareri su possibili diverse riformulazioni ipotetiche del brevetto, «quasi fosse un consulente di parte, così introducendo nella fase di contraddittorio tecnico una procedura para-amministrativa di selezione delle possibili rivendicazioni, secondo una serie di richieste ausiliarie che certamente sono compatibili con la fase di rilascio (avanti all’EPO, o anche in sede nazionale) ma appaiono sicuramente estranee al processo civile, regolato dal principio della domanda e non dalla selezione officiosa della soluzione preferibile»; Trib. Milano, 15 novembre 2012, in *Riv. dir. ind.*, 2014, II, p. 87, con nota adesiva di FRUSCALZO, per cui la limitazione giudiziale «si deve risolvere in una istanza contenente una riformulazione precisa in ogni suo punto e non in una proposta di alternative diverse che varrebbero a rimettere al giudice l’effetto della validità della brevettazione». Nello stesso senso v. anche Trib. Milano, 24 gennaio 2017, n. 885, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*. *Contra*: Trib. Milano, sent., 19 giugno 2015, n. 7643, ove è stata ritenuta ammissibile la formulazione di una duplice limitazione *ex art. 79*, comma terzo, c.p.i., escludendo peraltro qualsivoglia forma di abuso del potere conferito al titolare del brevetto dalla legge. In dottrina, hanno accolto la tesi “ampia”: HASSAN, relazione tenuta alla tavola rotonda “*Limitazione delle rivendicazioni in corso di causa*”, reperibile al seguente link: <http://www.ficpi.it/documenti/Limitazione%20rivendicazioni%20-%20Hassan.pdf>, p. 2, secondo il quale non vi sarebbe differenza tra una causa italiana di nullità ed un’opposizione europea poiché, in entrambi i casi, si tratta di valutare un

Da ultimo – e solo per scopo deterrente – si potrebbe ipotizzare una condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata *ex art. 96*, comma primo, c.p.c. del titolare del brevetto laddove si dimostrasse che quest'ultimo ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il che potrebbe verificarsi nel caso in cui il titolare del brevetto abbia proposto in corso di causa plurime limitazioni giudiziali del brevetto al solo scopo di ritardare la dichiarazione di nullità totale del brevetto medesimo, così violando i doveri di lealtà, probità e collaborazione di cui all'art. 88 c.p.c. (⁵³). Anche in assenza di mala fede o colpa grave da parte del titolare del brevetto, si potrebbe ciononostante procedere a una condanna nei suoi confronti *ex art. 96*, terzo comma, c.p.c., ai sensi del quale «in ogni caso» il giudice può condannare anche d'ufficio la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata.

Questi – a nostro sommo giudizio – sono alcuni correttivi che potrebbero essere utilizzati dalla giurisprudenza al fine di eliminare, o comunque limitare sensibilmente, gli inevitabili effetti distorsivi che l'istituto introdotto dal legislatore del decreto correttivo del 2010 ha già mostrato nei suoi pur pochi casi di applicazione.

brevetto già concesso, la decisione viene presa previo contraddittorio tra le parti, non essendo rilevante il fatto che l'organo si chiami tribunale o EPO; PIOVESANA, Relazione tenuta alla tavola rotonda “*Limitazione delle rivendicazioni in corso di causa*”, cit., pp. 3-4, per il quale non vi sarebbe controindicazioni in merito alla possibilità di formulare richieste subordinate (*auxiliary request*) di limitazione, «salvo una possibile maggior complessità della consulenza tecnica sia per il CTU che per i CTP, che anziché analizzare e discutere una rivendicazione limitata, ne dovrebbero analizzare e discutere più di una», aggiungendo peraltro che bisognerebbe limitare quanto più possibile «il ricorso a richieste subordinate, dato che ciascuna di queste comporta una completa analisi di ammissibilità oltre che di validità».

⁵³ GIUSSANI, *Corso di diritto processuale delle imprese*, cit., p. 27, dopo aver osservato che a seguito dell'applicazione dell'istituto di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i. «il processo potrebbe essere rallentato quasi *ad infinitum* attraverso una serie di riformulazioni», afferma che «allo stato [...] l'unico rimedio immaginabile per prevenire questo fenomeno sembra potersi rintracciare nella disciplina dell'abuso del processo (che secondo alcune a onor del vero non pacifiche interpretazioni potrebbe giustificare, oltre all'irrogazione di sanzioni pecuniarie *ex art. 96*, c. 3, c.p.c., in ragione della virtuale soccombenza determinata dall'almeno parziale nullità del titolo anche a seguito della prima riformulazione, persino l'inammissibilità di ulteriori atti modificativi del titolo stesso nel corso del giudizio)».

7. La limitazione giudiziale delle rivendicazioni del brevetto e gli effetti sulla sull'oggetto del giudizio e sulla domanda di nullità. I termini del problema

I dubbi di (in)compatibilità dell'istituto della limitazione giudiziale delle rivendicazioni di brevetto con il sistema non attengono esclusivamente all'esigenza di rispettare il sistema di preclusioni, bensì riguardano anche i divieti in tema di modificazione dell'oggetto del giudizio e della domanda di nullità in corso di causa. Ciò che ci proponiamo di fare nel prosieguo di questo lavoro è quindi fornire una risposta alle seguenti domande: con la riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni di brevetto la situazione sostanziale che costituisce l'oggetto del giudizio di nullità viene modificata? La domanda di nullità *ab origine* formulata subisce una variazione? In caso di risposta affermativa a tale ultimo quesito, si tratta di una *mutatio libelli* o di una mera *emendatio libelli*? Nella prima ipotesi, come si concilia l'istituto previsto dall'art. 79, comma terzo, c.p.i. con il generale divieto di *mutatio libelli*, certamente applicabile anche nel processo industrialistico? Nella seconda ipotesi, come si concilia l'istituto di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i. con il rigido sistema delle preclusioni previsto dal processo civile domestico?

Per fornire una risposta a tali quesiti dovremo così procedere: innanzitutto, dovremo verificare quale sia l'oggetto del giudizio di nullità del brevetto e quale ruolo svolgano, al riguardo, le rivendicazioni brevettuali. Fatto ciò, dovremo capire se, attraverso la limitazione delle rivendicazioni in corso di causa, venga modificato l'oggetto del giudizio, e quali effetti l'istituto in esame produce sulla domanda di nullità del brevetto originario e poi limitato. In seguito, e solo nel caso in cui giungessimo a ritenere che l'istituto di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i. comporta una modifica dell'oggetto del processo e della domanda inizialmente proposta, dovremo verificare se la stessa sia da inquadrare nel solco della mera *emendatio libelli* ovvero della *mutatio libelli*, esaminandone le relative conseguenze.

8. *L'oggetto del giudizio di nullità del brevetto*

L'oggetto del giudizio di nullità consiste nel brevetto italiano concesso dall'UIBM o nella frazione nazionale del brevetto europeo rilasciato dall'EPO⁽⁵⁴⁾. Rappresenta l'oggetto del giudizio anche il brevetto scaduto, purché, in tal caso, sia rilevante stabilire se il brevetto fosse o meno valido al tempo in cui si sono verificati i fatti di causa (ad esempio un'asserita contraffazione del titolo)⁽⁵⁵⁾.

Il fatto che l'oggetto del processo di nullità brevettuale consista nel brevetto medesimo e nel diritto di esclusiva che sorge dal titolo in questione è del resto conforme a quanto da tempo sostenuto dalla giurisprudenza in un settore analogo, vale a dire quello della nullità del contratto, ove anche di recente le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che nell'azione di nullità del contratto, come in generale nelle azioni di impugnativa negoziale, l'oggetto del processo (e del giudicato) è costituito non già dal diritto potestativo fondato sul singolo motivo di nullità, annullamento, rescissione, risoluzione dedotto in giudizio, ma dal negozio e dal rapporto giuridico sostanziale che ne scaturisce⁽⁵⁶⁾.

⁵⁴ Per GANDIN, sub art. 76 c.p.i., in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., 2016, p. 464, «oggetto del giudizio di nullità è sicuramente il brevetto già concesso ed avente efficacia nel territorio italiano (dunque, pure la frazione italiana di un brevetto europeo)». L'Autore aggiunge che è discusso se possa costituire oggetto del giudizio di nullità anche la domanda di brevetto o, più in generale, se possa essere istaurato un giudizio di nullità avente ad oggetto un brevetto non ancora concesso o non efficace in Italia.

⁵⁵ Trib. Torino, 7 aprile 2010, in *GADI*, 2010, 532.

⁵⁶ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, 2015, 3, I, 862, con note di ADORNO, PALMIERI-PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*; DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*; PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «quid iuris»?*; MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*; PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*; in *Giur. it.* (s.m.), 2015, pp. 70 ss., con nota di PAGNI, *Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite*; in *Corr. giur.*, 2015, con note di CARBONE, *«Porte aperte» delle sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto* (pp. 88 ss.) e di CONSOLO-GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale* (pp. 225 ss.), in *Cont.*, 2015, pp. 113 ss., con nota di PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*. In generale, sull'oggetto della domanda di nullità del contratto v. CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, suppl. al n. 1, pp. 59 ss.; E.F. RICCI, *Sull'accertamento*

9. *Le conseguenze derivanti dalla limitazione giudiziale delle rivendicazioni sull'oggetto del processo*

Premesso, dunque, che l'oggetto del giudizio di nullità del brevetto consiste nel brevetto medesimo⁽⁵⁷⁾, dobbiamo a questo punto chiederci se attraverso la limitazione giudiziale delle rivendicazioni *ex art. 79*, comma terzo, c.p.i. tale oggetto venga modificato. Per fornire una risposta a tale interrogativo è necessario ribadire quanto in precedenza affermato in merito al ruolo assunto dalle rivendicazioni nell'individuazione del brevetto e, più precisamente, del diritto di privativa che nasce dal brevetto medesimo.

Ebbene, abbiamo visto⁽⁵⁸⁾ che, dal punto di vista statico, le rivendicazioni costituiscono uno degli elementi della domanda di brevetto, insieme alla descrizione, ai disegni, al titolo e al riassunto. Dal punto di vista dinamico, invece, le rivendicazioni individuano l'ambito di protezione conferito al titolare dal brevetto: quanto rivendicato nel brevetto definisce sia i limiti del diritto di esclusiva in capo al titolare, sia i confini degli obblighi di astensione in capo ai terzi per tutta la durata del monopolio brevettuale. Le rivendicazioni fungono, dunque, da elemento costitutivo del diritto di esclusiva che nasce dal brevetto, inteso quale atto amministrativo concesso dall'ufficio brevetti nazionale (UIBM per l'Italia) o europeo (EPO).

La modifica (in senso riduttivo o aggiuntivo), l'eliminazione o l'aggiunta di una rivendicazione determina, quindi, la modifica del titolo e la produzione di un effetto giuridico diverso da quello derivante dal brevetto originario, vale a dire rispetto al brevetto nella versione antecedente la modifica/eliminazione/aggiunta delle rivendicazioni. In altre parole, qualsivoglia intervento sulle rivendicazioni di un brevetto già concesso comporta la modifica del brevetto⁽⁵⁹⁾, oltre che del diritto di privativa

della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari, in *Riv. dir. proc.*, 1994, pp. 652 ss.

⁵⁷ Sul punto v. il paragrafo precedente.

⁵⁸ Cfr. paragrafo 4.4 del capitolo I.

⁵⁹ Va chiarito che con la riformulazione delle rivendicazioni brevettuali non viene meno il brevetto inteso quale atto amministrativo rilasciato dall'Ufficio brevetti nazionale o europeo, né

posto alla base di quel titolo di proprietà industriale. La limitazione, quindi, comporta contestualmente il venir meno del diritto di esclusiva connesso al brevetto originario e la nascita di un nuovo e diverso diritto di esclusiva ⁽⁶⁰⁾.

Il fatto che con la limitazione delle rivendicazioni il brevetto e il diritto di esclusiva che dallo stesso sorge venga modificato trova conferma anche nella giurisprudenza che ha fatto applicazione dell'istituto in esame. Si è in più occasioni affermato che il novellato art. 79, comma terzo, c.p.i. ha natura (anche) sostanziale e che la limitazione delle rivendicazioni comporta una rinuncia parziale del diritto soggettivo e quindi dell'ambito di protezione conferito dal brevetto. La limitazione delle rivendicazioni – si è sostenuto – si concreta in una riduzione del monopolio brevettuale e del perimetro del diritto soggettivo che deriva dal brevetto ⁽⁶¹⁾. In una delle prime pronunce sul punto, il Tribunale di Milano ha affermato che la facoltà attribuita al titolare del brevetto dall'art. 79, comma terzo, c.p.i. «non è espressione del generale principio secondo cui è sempre ammessa la rinuncia delle domande già formulate, in quanto non sem-

tantomeno si viene a creare un nuovo brevetto, sempre (correttamente) inteso come nuovo atto amministrativo (sulla distinzione tra brevetto e diritto di privativa v. paragrafo 2 del capitolo I). In altri termini, la limitazione delle rivendicazioni non costituisce una modalità di concessione del brevetto. Da ciò consegue ad esempio che, rispetto al brevetto limitato, la durata del monopolio si calcola non già dall'intervenuta limitazione bensì dal deposito della domanda presso il competente ufficio.

⁶⁰ Si è sostenuto che l'istanza in questione potrebbe sostanzialmente essere trattata come una domanda di brevetto che, tuttavia, non darà il via al rilascio di un nuovo attestato di privativa (così GANDIN, sub *art. 79 c.p.i.*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., cit., p. 480). Giova precisare che il brevetto inteso come atto amministrativo rilasciato dall'UIBM o dall'EPO rimane lo stesso nel senso che, attraverso la limitazione giudiziale (e lo stesso dicasi anche rispetto alla limitazione amministrativa) non viene rilasciato un nuovo atto amministrativo. Si tratta, semplicemente, di vicende modificative del brevetto concesso, così come la nullità parziale o la rinuncia. V. però DI CATALDO, in MARCHETTI, *Revisione della legislazione nazionale in materia di brevetti per invenzioni industriali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1981, pp. 811 ss., secondo il quale a seguito di una sentenza di nullità del brevetto, il titolare avrebbe l'onere di intraprendere la procedura necessaria al rilascio di un nuovo brevetto conforme alla sentenza stessa e la sua inazione verrebbe sanzionata con la decadenza. Tale conclusione dovrebbe dunque applicarsi – se ben intendiamo le parole dell'Autore – anche all'ipotesi di nullità parziale conseguente ad una limitazione giudiziale delle rivendicazioni.

⁶¹ In questo senso cfr. tra le tante: Trib. Milano, 21 luglio 2016, n. 9133, cit.; Trib. Milano, 19 giugno 2015, n. 7643 cit.; Trib. Milano, 11 giugno 2014, n. 7708, cit.

plifica l'attività istruttoria, bensì *introduce nuovi temi di indagine, modificando radicalmente l'oggetto della controversia*» (corsivo nostro) ⁽⁶²⁾. Più recentemente, lo stesso Tribunale, in una sentenza di ben oltre cinquanta pagine, molte delle quali dedicate al tema della limitazione giudiziale delle rivendicazioni brevettuali, ha affermato che, «nel momento stesso in cui la parte si avvale del diritto sostanziale di riformulazione del brevetto, il giudice di qualunque grado sia (di merito e di legittimità) non può che prenderne atto, *essendosi avuta una limitazione dell'oggetto della domanda* [e quindi del processo, *ndr*] mediante disposizione del diritto controverso» (corsivo nostro) ⁽⁶³⁾. Infine, ancor più recentemente le Sezioni Specializzate del Tribunale di Milano hanno sostenuto che «la limitazione *ex art. 79, comma 3, c.p.i.* comporta una *rinuncia al brevetto come depositato*» (corsivo nostro) che, in quanto dichiarazione di volontà, determina un effetto diretto sul titolo sostanziale ⁽⁶⁴⁾.

Ulteriore argomento a sostegno della tesi per cui la riformulazione in senso limitativo incide sul piano sostanziale, determinando una rinuncia del diritto soggettivo, consiste nel fatto che l'istanza deve essere formulata, tanto in sede giudiziale quanto in sede amministrativa, dal titolare del brevetto personalmente o da altro soggetto purché munito, da parte del titolare del brevetto, di appositi poteri mediante il rilascio di una procura speciale ⁽⁶⁵⁾. Trattandosi, infatti, di un'attività, volontaria e discrezionale,

⁶² In questi termini Trib. Milano, 19 giugno 2015, n. 7643, cit.

⁶³ Così Trib. Milano, sent., 24 gennaio, 2017, n. 885, cit., che aggiunge peraltro che non si tratta di un'ipotesi di *mutatio libelli*, «ma di disposizione del diritto sostanziale, sempre riconosciuta alla parte, purché esercitata con modalità non abusive e compatibilmente con il principio costituzionale del giusto processo, attesi gli accertamenti peritali che normalmente si rendono indispensabili per la natura tecnica della materia successivamente all'esercizio di tale diritto». Nello stesso senso anche Trib. Milano, sent., 20 febbraio 2017, n. 2054, in *Darts*.

⁶⁴ Così Trib. Milano, sent., 20 febbraio 2017, n. 2054, in *Darts*.

⁶⁵ Trib. Milano, 24 gennaio 2017, n. 885, cit., ove si afferma che il potere di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i., essendo collegato al diritto sostanziale della parte quale dedotto in giudizio, va esercitato personalmente mediante procuratore speciale, in quanto esulante dallo *ius postulandi*; Trib. Milano, 11 giugno 2014, n. 7708, cit.; Trib. Milano, ord., 1-2 dicembre 2014 (citata da Trib. Milano, 20 febbraio 2017, in *Darts*), ove si afferma che l'istanza di limitazione deve essere formulata dalla parte personalmente o dal suo procuratore speciale, essendo un'attività che esula dallo *ius postulandi* del difensore. Va osservato che non può ritenersi sufficiente la mera procura alle liti conferita dalla parte all'avvocato per essere rappresentata e difesa in giudizio, a meno che nella stessa non venga espressamente conferito al difensore anche il potere, sostanziale, di richiedere le limitazioni del brevetto. Il Tribunale di Milano, nella sentenza n.

che incide sul diritto sostanziale, unico soggetto legittimato a porla in essere è il titolare del diritto medesimo⁽⁶⁶⁾.

Da quanto sopra possiamo trarre la seguente conclusione: premesso che oggetto del giudizio di nullità del brevetto è rappresentato dal brevetto medesimo e che la riformulazione delle rivendicazioni brevettuali comporta sempre la modifica del brevetto sottoposto all'attività

1407 del 3 febbraio 2015, n. 1407, in *Darts*, ha chiarito che la richiesta di limitazione, in quanto «incide radicalmente sul contenuto del diritto sostanziale di privativa del titolare», può essere presentata dall'avvocato in giudizio purché tale potere sia conferito espressamente dal titolare della privativa *ex art.* 84, comma secondo, c.p.c., salvo sempre l'esercizio del diritto effettuato dalla parte personalmente. La pronuncia citata ha peraltro precisato che l'art. 84, comma secondo, c.p.c. è dettato a tutela della sola parte rappresentata da procuratore che ha compiuto l'atto dispositivo, sicché la parte medesima è l'unico soggetto legittimato a dolersi dell'eventuale eccesso di mandato, legittimazione che, invece, non compete alla controparte. In tale vicenda è stata ritenuta ammissibile la ratifica da parte del procuratore speciale del titolare del brevetto munito di appositi poteri, ratifica effettuata con il deposito di un atto, sottoscritto dal predetto procuratore speciale, dopo la presentazione dell'istanza da parte dell'avvocato della parte sostanziale. Lo stesso vale, secondo la giurisprudenza, anche per la «revoca» dell'istanza di limitazione, che può avvenire solo con un «atto uguale e contrario» della stessa parte sostanziale che ha la disposizione del diritto in contesa (così Trib. Milano, 20 febbraio 2017, cit.; Trib. Milano, 24 gennaio 2017, n. 885, cit.; Trib. Milano, 11 giugno 2014, n. 7708, cit., secondo cui la mancata indicazione, da parte del difensore del titolare del brevetto, della proposta di riformulazione delle rivendicazioni nell'atto di precisazione delle conclusioni non è idonea a comportare revoca della precedente rinuncia ritualmente manifestata dalla parte sostanziale. L'applicazione di questa linea interpretativa ha comportato, nel caso di specie, una limitazione delle rivendicazioni del titolo che era stato considerato valido già nella formulazione antecedente alla limitazione. Nello stesso senso anche BOGNI, *La procedura nazionale di limitazione, da EPC 2000 alle applicazioni nazionali*, cit., p. 126.). In realtà, a noi sembra che la dottrina e la giurisprudenza da ultimo citate abbiano troppo frettolosamente concluso in merito all'ammissibilità della revoca dell'istanza di limitazione. Infatti, se è indubbio che la limitazione delle rivendicazioni brevettuali comporta una rinuncia parziale dell'oggetto del brevetto, la revoca di detta rinuncia non dovrebbe ritenersi ammissibile, in ossequio a quanto previsto dall'art. 78 c.p.i. Se infatti non è certamente ammessa la revoca di una rinuncia totale del brevetto rilasciato, nondimeno dovrebbe ritenersi ammissibile la revoca di una rinuncia parziale. A maggior ragione allorché la limitazione delle rivendicazioni brevettuali e la successiva revoca della stessa siano richieste dal titolare della privativa nell'ambito di un procedimento giurisdizionale. In tal caso, infatti, questo «tira e molla» si presterebbe a rilevanti censure in materia di abuso del processo.

⁶⁶ Va escluso che il licenziatario possa richiedere una modifica limitativa del brevetto oggetto del contratto di licenza, e lo stesso può dirsi con riferimento all'inventore, laddove quest'ultimo non coincida con il titolare. Nemmeno il CTU potrà proporre al giudice una riformulazione delle rivendicazioni del brevetto oggetto d'esame, in assenza di una specifica richiesta del titolare. Per Trib. Roma, 18 luglio 2011, in *Darts*, «il c.t.u. ha esteso la sua relazione oltre i limiti del quesito, spingendosi ad accertare la validità delle rivendicazioni più limitate» mentre «il convenuto non ha nemmeno formulato una domanda in tal senso, sicché una riformulazione delle rivendicazioni eseguita d'ufficio risulta inammissibile anche sotto il profilo meramente processuale». Cfr. però Trib. Milano, 17 maggio 2012, in *Darts*, in cui è stato ammesso un intervento autonomo del consulente d'ufficio nel caso di mero accorpamento delle rivendicazioni.

emendativa oltre che del diritto a esso connesso, ogniqualvolta si faccia utilizzo dell'istituto della limitazione di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i. l'oggetto iniziale del processo viene inevitabilmente modificato. In altri termini, se la limitazione delle rivendicazioni determina una modifica del brevetto, ciò significa che la modifica del brevetto determina anche la variazione dell'oggetto del processo ⁽⁶⁷⁾.

10. *...e sulla domanda di nullità del brevetto. La cessazione della materia del contendere o la rinuncia della domanda iniziale*

Nei precedenti paragrafi abbiamo visto che la modifica del brevetto conseguente alla limitazione giudiziale delle rivendicazioni determina una modifica dell'oggetto del processo. Occorre a questo punto verificare quali effetti produce l'istituto di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i. sulla domanda di nullità originariamente proposta, avendo comunque ben chiaro che con la riformulazione delle rivendicazioni in corso di causa muta lo scenario che ha indotto una parte ad agire con un'azione (principale o riconvenzionale) di accertamento della nullità di una determinata privativa ⁽⁶⁸⁾.

Per rispondere al nostro quesito appare utile muovere da un esempio. Tizio, ritenendo che il suo brevetto italiano "X caratterizzato da A+B" sia stato violato dal concorrente Caio, cita in giudizio quest'ultimo al fine di ottenere, *inter alia*, l'accertamento della contraffazione del brevetto oggetto di causa e l'inibitoria del convenuto dalla prosecuzione delle attività asseritamente illecite. Il convenuto si costituisce in giudizio nei termini di cui all'art. 167 c.p.c., chiedendo il rigetto delle domande avversarie e proponendo domanda riconvenzionale di nullità del brevetto avversario. A fondamento della propria domanda di nullità, il convenuto produce una serie di documenti da quali si evince la nullità del brevetto

⁶⁷ Così anche BOSCARIOL DE ROBERTO, *La limitazione del brevetto in corso di causa*, in *Riv. dir. ind.*, II, 2014, p. 106.

⁶⁸ Così anche PIOVESANA, relazione tenuta alla tavola rotonda "*Limitazione delle rivendicazioni in corso di causa*", Milano, 21 febbraio 2014, cit., p. 1; HASSAN, relazione tenuta alla tavola rotonda "*Limitazione delle rivendicazioni in corso di causa*", Milano, 21 febbraio 2014, cit.

dell'attore in quanto anticipato da altre invenzioni precedenti. Sulla base delle convincenti difese poste in essere dal convenuto Caio, l'attore, anche al fine di evitare una sgradita sentenza dichiarativa di nullità totale del brevetto, propone, nella prima udienza di comparizione e trattazione della causa, un'istanza di limitazione delle rivendicazioni del brevetto sottoposto al vaglio del giudizio di nullità. Ipotizziamo che il brevetto derivante dall'attività emendativa sia il seguente: "X caratterizzato da A+B+C". Diamo per assunto che, nel caso di specie, la riformulazione delle rivendicazioni sia stata compiuta dal titolare del brevetto nel rispetto dei requisiti previsti *ex lege* (perché l'istanza è stata proposta dall'avvocato munito di procura speciale; la riformulazione delle rivendicazioni non ha determinato un ampliamento della tutela conferita dal brevetto originario ed è rimasta nei limiti della domanda di brevetto come originariamente depositata presso l'UIBM e così via). Orbene, a seguito dell'attività emendativa regolarmente compiuta dal titolare del brevetto, quali effetti si producono sulla domanda di nullità di "X caratterizzato da A+B" proposta dal convenuto in via riconvenzionale nella comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata? ⁽⁶⁹⁾.

Procediamo con ordine.

⁶⁹ Quanto alla domanda di contraffazione svolta nel nostro esempio dall'attore, giova precisare che è la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione ha chiarito che la contemporanea pendenza del giudizio avente ad oggetto la dichiarazione di nullità comporta la necessità di sospendere quello riguardante la contraffazione, dovendo il giudice della contraffazione attendere la decisione della questione pregiudiziale relativa alla validità del brevetto, e non potendo quindi, risolverla egli stesso in via incidentale, essendo prospettabile l'eventualità di un contrasto di giudicati. Ove, tuttavia, la decisione sulla contraffazione abbia preceduto quella sulla validità sul brevetto essa non è idonea ad assumere autorità di giudicato in ordine alla questione relativa alla validità del brevetto, potendo dar luogo esclusivamente ad un contrasto tra gli effetti pratici delle due pronunce, espressamente contemplato dall'art. 59 bis del r.d. n. 1127 del 1939 e dall'art. 77 del d.lgs. n. 30 del 2005 e risolto con l'attribuzione di efficacia retroattiva alla dichiarazione di nullità, con salvezza degli atti esecutivi già compiuti in base a quella di contraffazione (così Cass., 25 luglio 2016, n. 15339, in *Dir. & Giust.*, 26 luglio 2016). In senso contrario cfr. Cass., 22 novembre 2006, n. 24859, in *DeJure*, secondo cui « a contemporanea pendenza del giudizio avente ad oggetto la dichiarazione di nullità non comporta la necessità di sospendere quello riguardante la contraffazione, non sussistendo alcuna norma che imponga al giudice della contraffazione di attendere la decisione della questione pregiudiziale relativa alla validità del brevetto, e ben potendo, quindi, risolverla egli stesso in via incidentale, senza che sia prospettabile l'eventualità di un contrasto di giudicati» (nello stesso senso anche Trib. Torino, 28 luglio, 2008, in *SSPI*, 2008, 1, 376).

Va innanzitutto chiarito che con la limitazione giudiziale delle rivendicazioni brevettuali l'effetto che in concreto si raggiunge è il medesimo di una sentenza di nullità parziale del brevetto ⁽⁷⁰⁾. Tale effetto, però, non si ottiene direttamente mediante la sentenza del giudice adito, bensì in forza di un atto dispositivo posto in essere dal titolare del brevetto, che ha comunque bisogno della pronuncia giudiziale per produrre l'effetto in questione.

Va, altresì, chiarito che con la riformulazione delle rivendicazioni viene meno il brevetto originario e con esso il collegato diritto di privativa. L'estinzione del diritto posto alla base della domanda di nullità originariamente proposta dall'attore (nel nostro esempio, la domanda di nullità del brevetto italiano "X caratterizzato da A+B") rende tale domanda priva di fondamento. Tuttavia, sarebbe contrario ad ogni logica prevedere, quale conseguenza della limitazione delle rivendicazioni posta in essere dal titolare del brevetto, e quindi dalla controparte che ha svolto la domanda di nullità del titolo limitato, l'automatico rigetto nel merito di siffatta domanda. Colui che ha proposto una domanda giudiziale a tutela di un proprio diritto non può infatti risultare soccombente a fronte della sopravvenuta soddisfazione (anche parziale) del diritto stesso, che, determinandone l'estinzione, rende la domanda priva di fondamento. In altri termini, non può tollerarsi l'idea di dover dichiarare soccombente la parte che ha sostanzialmente ragione.

Pertanto, per motivi di giustizia, si dovrebbe far ricorso alla formula neutra, di matrice giurisprudenziale, della pronuncia della cessazione della materia del contendere.

⁷⁰ Cfr. Trib. Milano, sent., 24 gennaio 2017, n. 885, cit.: «posto che l'art. 76 comma 2 CPI disciplina le cause di nullità che colpiscono solo parzialmente il brevetto, assimilando a tali ipotesi anche quelle di riformulazione del brevetto medesimo mediante l'esercizio dello *ius poenitendi* sostanziale di cui all'art. 79 comma 3 CPI, si può concludere che la norma si occupi sempre e comunque di fattispecie di nullità parziale, *quoad partes* relativamente alla prima ipotesi contemplata dall'art. 76 comma 2, *quoad tempus* relativamente alla seconda ipotesi, nella quale il brevetto, inizialmente invalido, diviene valido a seguito della riformulazione e la relativa sentenza di nullità parziale "stabilisce le nuove rivendicazioni conseguenti alla limitazione" evidentemente al periodo successivo alla stessa». Cfr. anche Trib. Milano, sent., 17 marzo 2017, n. 3140, ove si afferma che «se il titolare del brevetto chiede espressamente che il brevetto sia limitato, egli ammette in sostanza la nullità parziale dello stesso»; Trib. Milano, sent., 20 febbraio 2017, n. 2054, cit.

Di recente, però, la giurisprudenza ha sostenuto che l'esercizio del diritto sostanziale di riformulazione delle rivendicazioni di brevetto «implica che la domanda principale e quelle subordinate non debbano neppure essere esaminate, in quanto ormai superate dall'esercizio del suddetto potere di disposizione del diritto sostanziale sulla privativa industriale»⁽⁷¹⁾, aggiungendo che l'esercizio di tale potere da parte del titolare del brevetto «*ha comportato la rinuncia ad altre domande, siano esse svolte in via principale o subordinata, circa la validità del medesimo brevetto*» (corsivo nostro)⁽⁷²⁾.

Il discorso, tuttavia, non può concludersi qui. Va infatti osservato che nel caso disciplinato dall'art. 79, comma terzo, c.p.i. la situazione sopravvenuta (vale a dire la limitazione delle rivendicazioni) non elimina *in toto* la posizione di contrasto tra le parti e non fa venir meno la necessità della pronuncia del giudice. In questi casi, invero, il fatto sopravvenuto non si pone quale elemento di risoluzione del conflitto, bensì modifica i termini della contesa, rendendo necessario un adeguamento del contesto processuale al mutato contesto di diritto sostanziale.

11. Gli effetti dell'istituto della limitazione giudiziale delle rivendicazioni di brevetto sulla domanda di nullità non possono essere descritti in chiave di cumulo di domande condizionato o di continenza della domanda di nullità del brevetto limitato in quella di nullità del brevetto originario

La conclusione raggiunta nel paragrafo precedente non fornisce – come visto – una risposta al quesito relativo a quali siano gli effetti sulla domanda di nullità determinati dalla limitazione giudiziale delle rivendicazioni. Se, infatti, si potesse parlare esclusivamente di cessazione della materia del contendere o di rinuncia della domanda di nullità originaria bisognerebbe concludere nel senso che, a seguito della limitazione giudi-

⁷¹ Trib. Milano, sent., 20 febbraio 2017, n. 2054, in *Darts*; Trib. Milano, sent., 24 gennaio 2017, n. 885, cit.; Trib. Milano, 17 gennaio 2017, n. 490.

⁷² V. sempre Trib. Milano, sent., 24 gennaio 2017, n. 885, cit.

ziale delle rivendicazioni, il processo si conclude (salva ovviamente l'ipotesi di cumulo di domande, come nel caso in cui si stata proposta, a parte invertite, la domanda di contraffazione brevettuale o quella di concorrenza sleale o qualsivoglia altra domanda).

Tale soluzione, però, non corrisponde alla realtà.

Se è pur vero che con la limitazione delle rivendicazioni viene meno il brevetto/diritto di privativa originario e quindi la domanda di nullità originariamente proposta può ritenersi abbandonata/rinunciata, è altrettanto vero che al contempo si viene a creare un nuovo brevetto/diritto di privativa. Rispetto a tale ultimo brevetto non è stata proposta *ab origine* una domanda di nullità, sicché il giudice, in assenza di apposita richiesta di parte, non potrebbe pronunciarsi sulla validità o meno dello stesso. È, quindi, necessario che la parte interessata a ottenere una declaratoria di invalidità del brevetto limitato proponga apposita domanda.

Tornando al nostro esempio si potrebbe ipotizzare che a seguito della richiesta di limitazione del brevetto “X caratterizzato da A+B” formulata dal titolare del brevetto nella prima udienza *ex art.* 183 c.p.c. l'attore in accertamento negativo proponga, nella medesima udienza o nella prima memoria *ex art.* 183, comma sesto, c.p.c., la domanda di nullità del brevetto limitato, ossia di “X caratterizzato da A+B+C”. Ebbene, quali sono gli effetti e le conseguenze di tale modifica della domanda di nullità originaria? Si tratta di una domanda nuova (e in quanto tale vietata) ovvero di una domanda semplicemente modificata (e perciò ammissibile nei termini preclusivi previsti *ex lege*)?

Anticipiamo sin d'ora, rinviando ai paragrafi successivi la dimostrazione di quanto qui affermato, che – a nostro sommesso giudizio – la domanda di nullità del brevetto limitato è diversa da quella avente ad oggetto il brevetto originario. Prima di spiegarne le ragioni, riteniamo opportuno sgombrare il campo di indagine da alcune ipotesi ricostruttive alternative, che abbiamo comunque esplorato, ma che non ci sono parse persuasive. La prima di queste consiste nel ritenere che, nella specie, si realizzi una sorta di cumulo di domande condizionato tra la domanda di nullità del “brevetto 1” e la domanda di nullità del “brevetto 2”. La seconda consiste nell'ipotizzare che la domanda iniziale avente a oggetto la

nullità del brevetto non limitato (nel nostro esempio, “X caratterizzato da A+B”) “contenga” la diversa domanda di nullità del brevetto successivamente limitato (nel nostro esempio, “X caratterizzato da A+B+C”).

Entrambe le soluzioni – come detto – non ci sembrano accettabili.

Quanto alla prima, va escluso che l’attore possa formulare in via principale la domanda di nullità di un certo brevetto e in via subordinata, condizionatamente al rigetto della domanda principale, la domanda di nullità di tutti quei brevetti, nemmeno noti al momento della proposizione della domanda, che ipoteticamente potrebbero derivare dall’attività emendativa in corso di causa, con la conseguenza che, verificatasi la condizione (*i.e.* il rigetto della domanda principale), il giudice dovrebbe esaminare e decidere le domande proposte in via condizionale. Ebbene, non vi è chi non veda che tale ipotizzata domanda condizionata dovrebbe essere dichiarata nulla *ex art. 164 c.p.c.* per indeterminatezza dell’oggetto (quale brevetto deve essere dichiarato nullo?), oltre che per la totale assenza delle ragioni del domandare, vale a dire delle cause di nullità del brevetto oggetto di censura.

Altrettanto inaccettabile ci sembra essere la seconda soluzione, che ravvisa un parallelismo con l’istituto della continenza di cause *ex art. 39*, comma secondo, *c.p.c.* (⁷³); ciò in quanto l’oggetto del processo di nullità del brevetto limitato non rappresenta un *quid minus* rispetto all’oggetto del processo iniziale; il secondo processo non contiene il primo. La limitazione delle rivendicazioni di brevetto, infatti, non comporta una modifica quantitativa del brevetto e dell’ambito di protezione dallo stesso conferito al titolare e non si può quindi ravvisare un’ipotesi di continenza tra i diritti dedotti in giudizio. E la ragione crediamo di averla spiegata in

⁷³ In realtà, in questo caso, il parallelo con l’istituto della continenza di causa appare in una certa qual misura azzardato. È infatti noto che la disciplina della continenza, contenuta nel secondo comma dell’art. 39 *c.p.c.*, ha lo scopo di garantire il *simultaneus processus* laddove siano proposte, dinanzi a giudici diversi, la domanda “contenente” e quella “contenuta”. Nel nostro caso, invece, le due cause penderebbero dinanzi allo stesso ufficio giudiziario. Sulla continenza di cause v. GARBAGNATI, voce *Continenza di cause (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1957, pp. 403 ss.; FABI, voce *Continenza di cause*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 649 ss.; BALBI, *Connessione e continenza nel dir. proc. civ.*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, pp. 457 ss., spec. pp. 465 ss.; LORENZETTO PERSICO, *La continenza di cause*, Padova, 1992.

precedenza: il brevetto limitato è cosa ben diversa dal brevetto *ante* limitazione, sicché non sembra corretto affermare che la domanda di nullità del brevetto originario è più ampia e “contiene” anche la domanda (nemmeno proposta) di nullità del brevetto *post* limitazione.

Inoltre, a sostegno della tesi contraria all’ipotizzata continenza tra le due domande di nullità ci sembra possa essere citata una pronuncia del Tribunale di Torino in tema di nullità parziale del brevetto *ex art. 76 c.p.i.*, in cui si è sostenuto che la relativa domanda debba essere formulata espressamente, non potendo essere considerata ricompresa in una più ampia istanza di nullità del brevetto ⁽⁷⁴⁾. Quindi, anche a voler ritenere – come difatti è – che la limitazione delle rivendicazioni determina la nullità parziale del brevetto, perché la stessa possa essere dichiarata dal giudice con sentenza idonea al passaggio in giudicato è necessario che colui che abbia interesse formuli apposita domanda.

Da quanto sopra consegue che la soluzione circa gli effetti della limitazione delle rivendicazioni sulla domanda di nullità va cercata altrove.

12. La domanda di nullità del brevetto limitato è una domanda diversa da quella originaria. *Mutatio o emendatio libelli?*

Nei paragrafi precedenti abbiamo visto che a seguito della limitazione delle rivendicazioni in corso di causa il brevetto – che costituisce l’oggetto del giudizio di nullità e il *petitum* della domanda di accertamento negativo – viene modificato. Con la riformulazione delle rivendicazioni di brevetto, dunque, la domanda di nullità viene modificata; ciò che varia, in particolare, è il *petitum* mediato (e, in taluni casi, anche la *causa petendi*). In particolare, la domanda di nullità del brevetto originario *ante* limitazione (nel nostro esempio: “X caratterizzato da A+B”) viene abbandonata/rinunciata dall’attore, il quale potrà proporre una (nuova) domanda di nullità avente a oggetto il brevetto *post* limitazione (nel nostro esempio: “X caratterizzato da A+B+C”).

⁷⁴ In questi termini cfr. Trib. Torino, 10 ottobre 2008, in *SSPI*, 2008-2009, p. 381.

A questo punto dobbiamo chiederci se sia possibile per l'attore proporre tale domanda – che è diversa da quella originaria – nel contesto del giudizio di nullità in cui è stata depositata l'istanza di limitazione giudiziale o se sia necessario instaurare un autonomo giudizio.

Inoltre, dobbiamo verificare se, nella specie, la modifica della domanda iniziale rientri nel solco della mera *emendatio libelli* ovvero in quello della *mutatio libelli*.

Gli effetti dell'una o dell'altra ipotesi ricostruttiva non sono trascurabili: nel primo caso (*emendatio libelli*), a seguito della limitazione delle rivendicazioni di brevetto, colui che ha proposto la domanda di nullità potrebbe modificare la stessa (solamente) nella prima udienza o nella prima memoria *ex art. 183*, comma sesto, c.p.c.; nel secondo caso (*mutatio libelli*), invece, tale facoltà sarebbe esclusa, con la conseguenza che il primo processo si concluderebbe con una pronuncia di cessata materia del contendere sulla questione della nullità del brevetto *ante* limitazione (salvo che non siano state proposte ulteriori domande, come, per esempio, quella di contraffazione formulata a parti invertite) e l'attore dovrebbe proporre la domanda di nullità del nuovo brevetto in un autonomo e separato processo.

La risposta a tale interrogativo dipende da quale orientamento giurisprudenziale si intende seguire in tema di modifica della domanda giudiziale.

Se si aderisse all'orientamento giurisprudenziale ⁽⁷⁵⁾ prevalente sino alla sentenza n. 12310 del 15 giugno 2015 delle Sezioni Unite, secondo il quale qualsivoglia modifica degli elementi oggettivi di individuazione dell'azione determina un mutamento della domanda iniziale, bisognerebbe concludere nel senso che il passaggio dalla domanda di nullità del brevetto originario alla domanda di nullità del brevetto limitato costituisca una *mutatio libelli*; ciò in quanto – come già si è detto – la riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni di brevetto determina sempre una modifica del *petitum* della domanda di nullità.

⁷⁵ Cfr. paragrafo 5 del capitolo IV.

Tale orientamento restrittivo è stato però superato dal *revirement* delle Sezioni Unite del 2015, le quali hanno fornito un'innovativa interpretazione dell'art. 183 c.p.c. e dei confini tra *emendatio* e *mutatio libelli*. In particolare, la Suprema Corte ha chiarito che per distinguere le ipotesi di modifica ammessa della domanda giudiziale da quella di mutamento vietato non è sufficiente verificare rigidamente se uno degli elementi oggettivi di individuazione dell'azione e di individualizzazione della situazione sostanziale dedotta in giudizio sia variato. Al riguardo la Corte ha precisato che si ha una modifica ammissibile della domanda quando (i) la domanda modificata si sostituisce (e non si aggiunge) a quella *ab origine* proposta; (ii) vi è identità della «vicenda sostanziale ed esistenziale» dedotta in giudizio o comunque un collegamento tra quella originaria e quella successiva alla modifica; (iii) sono rispettati i principi del giusto processo, del contraddittorio e il diritto di difesa della controparte. Al contrario, si ha una modifica vietata della domanda quando (a) la domanda modificata si aggiunge a quella originaria, determinando un cumulo sopravvenuto di domande nel corso del processo; (b) la «vicenda sostanziale ed esistenziale» dedotta in giudizio varia; (c) sono violati i principi del giusto processo, del contraddittorio e il diritto di difesa della controparte che “subisce” la modifica ⁽⁷⁶⁾.

L'adesione al nuovo orientamento giurisprudenziale inaugurato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione non consente, tuttavia, di fornire una risposta immediata al nostro quesito di partenza, vale a dire se il passaggio dalla domanda di nullità del brevetto originario alla domanda di nullità del brevetto limitato sia inquadrabile come ipotesi di *mutatio libelli* ovvero di *emendatio libelli*. Sarà quindi necessario esaminare uno ad uno i requisiti previsti dal Supremo Collegio e confrontare gli stessi con il caso concreto. Ed è ciò che ci proponiamo di fare nel prosieguo di questo lavoro.

Ma prima di procedere in tale direzione dobbiamo rilevare che il nostro sforzo sarà diretto a “salvare il salvabile”. Abbiamo in più occasioni osservato che – a nostro sommo giudizio – l'istituto della limitazione giudiziale delle rivendicazioni di cui all'art. 79, comma terzo, c.p.i.

⁷⁶ In argomento si rinvia al capitolo IV, spec. paragrafi 6 e seguenti.

sembra contrastare con i principi di ragionevole durata del processo e di economia (endo ed extra) processuale, oltre che con le regole in materia di impugnazioni e preclusioni, con il diritto di difesa e così via. Nonostante ciò, abbiamo preso atto della riforma normativa e – pur prospettando l'esigenza di un ripensamento della materia – abbiamo tentato di individuare dei correttivi ⁽⁷⁷⁾ che siano sperabilmente in grado di limitare gli effetti distorsivi che l'istituto in esame sembra inevitabilmente idoneo a determinare.

Anche rispetto al tema della modifica della domanda di nullità, l'obiettivo deve essere il medesimo, vale a dire trovare una giustificazione teorica in forza della quale si possa affermare la compatibilità, nei termini più ampi possibili, del passaggio della domanda di nullità del brevetto originario a quella di nullità del brevetto limitato con il sistema normativo processuale vigente.

12.1. Per escludere che si tratti di un mutamento vietato della domanda occorre che (i) la domanda modificata avente ad oggetto il brevetto limitato si sostituisca a quella avente ad oggetto il brevetto originario

Analizzando il primo elemento indicato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 12310/2015 – vale a dire che per configurare una modifica ammissibile della domanda quest'ultima deve sostituirsi a quella originaria – e rapportando lo stesso al caso di specie, possiamo agevolmente concludere nel senso che il passaggio dalla domanda di nullità del brevetto originario a quella di nullità del brevetto limitato rappresenta un'ipotesi di *emendatio libelli*. Ed infatti la domanda di nullità relativa al brevetto limitato non va ad aggiungersi a quella *ab origine* proposta e relativa al brevetto *ante* limitazione, bensì si sostituisce ad essa e il processo prosegue solo rispetto alla domanda come modificata ⁽⁷⁸⁾.

⁷⁷ Cfr. paragrafo 6 di questo capitolo.

⁷⁸ Con riferimento alla domanda iniziale abbiamo visto (paragrafo 10) che, cessando la materia del contendere, non avrebbe senso proseguire il processo verso il suo normale epilogo, vale a dire la sentenza di merito sulla validità o meno del brevetto originario. La prima domanda, dunque, si ha per rinunciata, abbandonata.

Al riguardo appare sufficiente richiamare la recentissima giurisprudenza del Tribunale di Milano che ha sostenuto che l'applicazione dell'istituto della limitazione giudiziale delle rivendicazioni brevettuali *ex art. 79, comma terzo, c.p.i.* implica una rinuncia alle domande iniziali (principali o subordinate) relative all'accertamento della validità o della nullità del brevetto oggetto di causa, le quali, quindi, non devono essere esaminate dal giudice ⁽⁷⁹⁾.

12.2. ... (ii) siano rispettati i principi del contraddittorio e del giusto processo, nonché sia garantito il diritto di difesa delle parti

Perché vi sia una modifica ammissibile della domanda è necessario che l'attività emendativa non comporti una violazione dei principi del giusto processo, del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti. Vi è quindi da chiedersi se la modifica della domanda di nullità del brevetto proposta dall'attore a seguito della riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni *ex art. 79, comma terzo, c.p.i.* determini o meno una lesione dei menzionati principii e diritti costituzionalmente tutelati.

Iniziando dal principio del contraddittorio, esso risulta certamente salvaguardato laddove si interpretasse – con la giurisprudenza unanime ⁽⁸⁰⁾ – il disposto dell'art. 79, comma terzo, c.p.i. nel senso che l'istanza di limitazione delle rivendicazioni brevettuali deve essere formulata dal titolare del brevetto entro e non oltre l'udienza di precisazione delle conclusioni, sempreché entro tale termine avvenga anche il passaggio dalla domanda di nullità del brevetto originario a quella di nullità del brevetto limitato ⁽⁸¹⁾. In tal modo, le parti avrebbero due scritti difensivi per prendere posizione sia in merito all'istanza di limitazione giudiziale, sia in

⁷⁹ Trib. Milano, sent., 20 febbraio 2017, n. 2054, cit.; Trib. Milano, sent., 24 gennaio 2017, n. 885, cit.; Trib. Milano, 17 gennaio 2017, n. 490, cit.

⁸⁰ Cfr. paragrafo 4 di questo capitolo.

⁸¹ Va precisato che ciò che intendiamo verificare in questa sede è se l'ipotetico passaggio dalla domanda di nullità del brevetto originario alla domanda di nullità del brevetto successivo all'attività emendativa determini o meno una violazione del principio del contraddittorio (nonché del principio del giusto processo e del diritto di difesa delle parti, come subito si dirà nel testo). Nel

merito alla domanda di nullità del brevetto limitato proposta in corso di causa.

Con riferimento al diritto di difesa delle parti le conclusioni non cambiano: tale diritto non risulta in alcun modo leso laddove si consenta all'attore in accertamento negativo (facoltà, non obbligo) di modificare la domanda di nullità in corso di causa a seguito della modifica della situazione sostanziale controversa determinata da un atto dispositivo posto in essere dalla controparte, in luogo della possibilità di proporre autonoma domanda di nullità del brevetto limitato in altro processo. Tuttavia, va ribadito che il rispetto del diritto di difesa è solo tendenziale: ai fini di una garanzia piena di tale diritto sarebbe in realtà necessario non solo prevedere l'utilizzabilità in astratto di un istituto, bensì garantirne l'operatività anche in concreto. In altri termini, se certamente consentire all'attore di modificare la domanda in corso di causa determinerebbe benefici per lo stesso, il quale potrebbe ottenere la tutela richiesta nel contesto di un processo già avviato (e magari quasi concluso laddove la limitazione venga formulata all'ultima udienza) in luogo di un processo autonomo, in realtà una garanzia piena di tale diritto si otterrebbe solo se, contestualmente alla modifica della domanda, l'attore potesse anche svolgere tutte quelle attività ormai precluse per il decorso dei termini previsti *ex lege*, quali allegare nuovi fatti e provare gli stessi attraverso la produzione di documenti o la formulazione di istanze istruttorie⁽⁸²⁾. E allora, in questo caso, l'unica soluzione percorribile ci pare essere quella di fare ampio utilizzo dell'istituto della rimessione in termini *ex art. 153 c.p.c.*

In realtà, con riferimento all'ipotizzata lesione del diritto di difesa derivante dall'impossibilità di produrre nuovi documenti divenuti rilevanti a seguito della limitazione delle rivendicazioni brevettuali in corso di causa, giova precisare quanto segue. L'istituto della limitazione delle rivendicazioni si inserisce nell'ambito di un contenzioso, quale quello in

fare ciò si prescinderebbe volutamente dall'analisi delle conseguenze in tema di preclusioni nella modifica della domanda, tema a cui sarà dedicata la parte finale di questo lavoro.

⁸² Per GIUSSANI, *Corso di diritto processuale delle imprese*, cit., p. 27, ammettere che il titolare del brevetto possa modificare le rivendicazioni in ogni stato e grado del giudizio di nullità «impone di concedere alle parti la possibilità di adattarvi le rispettive difese, necessariamente in pregiudizio delle aspirazioni alla celerità della definizione della causa perseguite dal sistema delle preclusioni».

materia brevettuale, in cui la consulenza tecnica d'ufficio segue una disciplina "particolare", che, in una certa qual misura, deroga alle regole previste dal codice di rito⁽⁸³⁾. Infatti, per il contenzioso in materia di proprietà industriale, l'art. 121, comma quinto, c.p.i. dispone che il C.T.U. può esaminare tutti i documenti inerenti ai quesiti posti dal giudice, anche se prodotti per la prima volta nel corso della consulenza, purché ciò avvenga nel rispetto del contraddittorio. La norma corrisponde all'art. 77 l. inv., introdotto nel codice della proprietà industriale con il d.lgs. n. 198 del 19 marzo 1996⁽⁸⁴⁾, rispetto alla quale un Autore aveva avuto modo di osservare che essa è giustificata «in considerazione del fatto che nel nostro ordinamento i brevetti vengono concessi senza esame preventivo dei requisiti di validità, sicché tale esame viene postergato in sede giudiziaria ed attuato con l'unico mezzo a disposizione del giudice che è quello della consulenza tecnica. Occorreva pertanto che la consulenza tecnica si potesse svolgere senza gli ostacoli delle preclusioni processuali che avrebbero potuto falsare il suo risultato, con la gravissima conseguenza di un giudizio di validità del brevetto non conforme ad una valutazione rapportata alla sua reale collocazione nel contesto della tecnica nota»⁽⁸⁵⁾. L'art. 121 c.p.i., dunque, deve porsi in rapporto di specialità con gli artt. 183 e

⁸³ GIUSSANI, *Corso di diritto processuale delle imprese*, cit., p. 26, rileva che nella materia *antitrust* la giurisprudenza afferma che il giudice ha il dovere di riequilibrare le asimmetrie informative fra le parti, soprattutto quando non vi sia a monte un accertamento dell'AGCM, allo scopo di assicurare effettività alla tutela della concorrenza, disponendo la CTU alla sola condizione che le allegazioni di violazione risultino plausibili.

⁸⁴ Il decreto citato è stato emanato al fine di adeguare la legislazione italiana in materia di proprietà industriale alle prescrizioni obbligatorie dell'accordo relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale concernenti il commercio – Uruguay Round (meglio noto come Accordo *TRIPs*). L'*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Including Trade in Counterfeit Goods* è un allegato all'accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC o, nell'acronimo inglese, WTO). In generale sui *TRIPs* cfr. AA.VV., *Resource book on TRIPs and the development*, Cambridge, 2005, pp. 575 ss.; CORREA, *Trade related aspects of intellectual property rights. A commentary on TRIPs agreement*, Oxford, 2007, p. 438; LAVAGNINI, *Introduzione all'Accordo TRIPs*, in P. MARCHETTI - L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, IV ed., Padova, 2007, p. 5; CONTALDI, *La tutela delle invenzioni nel sistema OMC. Esclusiva brevettuale e valori emergenti nella comunità internazionale*, Milano, 2009, p. 79; MORGESE, *L'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs)*, Bari, 2009, p. 410.

⁸⁵ FLORIDIA, *L'attuazione italiana dei TRIPs*, in *Dir. ind.*, 1996, 5, p. 431.

184 c.p.c., atteso che consente alle parti di depositare i documenti nel corso dell'espletanda consulenza tecnica d'ufficio e decorsi i termini preclusivi per il deposito di documenti e, più in generale, per la formulazione di istanze istruttorie a prova diretta o contraria, in deroga anche all'art. 87 disp. att. c.p.c. ⁽⁸⁶⁾.

Quanto al principio del giusto processo, ivi compreso il principio della ragionevole durata, si osserva che la giurisprudenza ha ritenuto che «la facoltà di cui all'art. 79 comma terzo CPI, che esplicitamente riconosce lo *ius ponitendi* sostanziale, non può essere esercitata in modo abusivo e reiterato, ma deve esserlo sempre secondo i canoni del giusto processo, anche al fine di evitare e scongiurare il più possibile un'eccessiva durata dello stesso, rendendo necessari continui e reiterativi accertamenti peritali sulle riformulazioni via via avanzate» ⁽⁸⁷⁾.

Nel nostro caso, però, la questione non attiene alla compatibilità dell'istituto della limitazione giudiziale *ex art. 79*, comma terzo, c.p.i. con i principi del giusto processo; ciò che deve rispettare siffatti principi è la modifica della domanda giudiziale in corso di causa. Ebbene, ammettere che colui il quale ha proposto la domanda di nullità del brevetto originario, poi limitato a seguito di un atto volontario del titolare del brevetto medesimo, possa modificare la propria domanda in corso di causa produce evidenti benefici sul piano dell'economia extraprocessuale e della ragionevole durata dei processi globalmente intesi. Infatti, se ciò non fosse consentito, l'attore che ha proposto la domanda di nullità di un brevetto che non esiste più a seguito dell'attività emendativa compiuta dal suo titolare si vedrebbe rigettata la domanda (*rectius* andrebbe incontro a una pronuncia di cessata materia del contendere i cui effetti sono in parte gli stessi: *i.e.* il mancato accoglimento della domanda proposta), con la

⁸⁶ Va comunque osservato che, per espressa previsione normativa, i documenti devono essere inerenti ai quesiti formulati dal giudice, e dunque correlati alle domande ed eccezioni svolte nel processo. Inoltre deve sempre essere garantita la ragionevole durata del processo, per cui è necessario che il CTU fissi i termini (ordinatori) per le produzioni documentali ulteriori.

⁸⁷ Trib. Milano, sent., 24 gennaio 2017, n. 885, cit.; Trib. Milano, sent., 20 febbraio 2017, n. 2054, cit. Sul punto si consenta il rinvio al paragrafo 6 di questo capitolo, ove abbiamo prospettato alcuni correttivi che, *de jure condendo*, potrebbero rimediare agli effetti distorsivi sul processo civile determinati dall'operatività dell'istituto della limitazione giudiziale delle rivendicazioni di brevetto.

conseguenza che dovrebbe instaurare un altro separato giudizio nel contesto del quale proporre la domanda di nullità del brevetto limitato. Inoltre, consentire la modifica della domanda di nullità nell'ambito del processo pendente comporta che la vicenda sostanziale controversa sia (specievolmente) risolta una volta per tutte nell'ambito del procedimento pendente, ove già si discute della (in)validità del titolo che legittimerebbe il suo titolare a svolgere determinate attività in esclusiva, impedendo ai concorrenti di porre in essere attività in violazione del diritto di proprietà industriale altrui.

Qualche dubbio potrebbe manifestarsi, per vero, con riferimento al rispetto del principio di economia endoprocessuale e di ragionevole durata di quel determinato processo ove è stata formulata la modifica della domanda di nullità a seguito della limitazione delle rivendicazioni brevettuali. Ciò in quanto siffatta modifica della domanda determinerà, il più delle volte, l'esigenza di riaprire la fase istruttoria laddove conclusa o comunque integrare l'attività istruttoria già svolta, specialmente mediante un supplemento dell'indagine effettuata dal C.T.U. ⁽⁸⁸⁾. Tali dubbi, però, sono presto risolti non appena si consideri che un'eventuale lesione di

⁸⁸ La situazione tipica in cui ha trovato (e troverà) applicazione l'istituto della limitazione giudiziale delle rivendicazioni brevettuali è quella in cui il titolare della privativa viene convenuto in un giudizio di nullità del proprio brevetto ovvero, dopo aver instaurato una causa di contraffazione nei confronti di un concorrente per asserita violazione del proprio titolo, il convenuto proponga nei confronti del titolare della privativa una domanda riconvenzionale di nullità. In tale contesto, viene solitamente disposta una consulenza tecnica d'ufficio che – come noto – costituisce un passaggio quasi obbligato per la risoluzione delle controversie brevettuali. In questa situazione può accadere che il consulente tecnico d'ufficio, nell'espletamento del proprio incarico, accerti l'invalidità della privativa (totale o parziale). Al fine di evitare una declaratoria di nullità da parte del giudice, il titolare del brevetto, convenuto in nullità, può depositare un'istanza di limitazione delle rivendicazioni del brevetto oggetto di causa, formulando un nuovo set di rivendicazioni al C.T.U. (laddove la consulenza tecnica non sia ancora conclusa) ovvero direttamente al giudice (laddove, per esempio, l'istanza di limitazione fosse presentata dopo il deposito della relazione definitiva del consulente). In quest'ultimo caso, il giudice potrà valutare autonomamente l'ammissibilità dell'istanza e le conseguenze in tema di validità o meno del brevetto oppure – e pare questa essere la soluzione preferibile – potrà richiedere un'integrazione della consulenza d'ufficio. Per HASSAN, relazione tenuta alla tavola rotonda “*Limitazione delle rivendicazioni in corso di causa*”, Milano, 21 febbraio 2014, cit., p. 2, secondo il quale dopo una consulenza tecnica caratterizzata dallo scambio di due o tre memorie per parte, di una bozza e di una relazione finale del C.T.U., è ben difficile che il giudice non sia in grado di valutare un nuovo punto, che per forza deve avere un collegamento con quelli precedenti.

siffatti principii sarebbe determinata non già dal fatto di consentire all'attore di modificare la domanda di nullità in corso di causa, bensì proprio dall'ammissibilità dell'istituto di cui al terzo comma dell'art. 79 c.p.i., ammissibilità sulla quale non è possibile indugiare stante l'espressa previsione normativa. In altri termini, l'esigenza di svolgere un'integrazione dell'attività istruttoria – e le conseguenze in materia di (ir)ragionevole durata del processo – deriva direttamente dalla riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni di brevetto e non dalla modifica della domanda giudiziale.

Da quanto affermato deriva che la modifica della domanda di nullità del brevetto non viola i principii del giusto processo, ivi incluso quello della ragionevole durata e del contraddittorio, nonché il diritto di difesa (sempreché, occorrendo, si ammetta l'applicazione dell'istituto della rimessione in termini), con la conseguenza che, anche sotto questo profilo, nulla esclude che il passaggio dall'una all'altra domanda venga qualificato come mera *emendatio libelli*. Ma il discorso non può esaurirsi qui.

12.3. ... (iii) *la vicenda sostanziale ed esistenziale rimanga la stessa o sia collegata a quella originaria*

Le considerazioni svolte nei paragrafi che precedono conducono a ritenere che nella specie siamo dinanzi a un'ipotesi di mera *emendatio libelli*. Manca, tuttavia, da verificare l'ultimo elemento, vale a dire se, a seguito della modifica della domanda di nullità del brevetto, la «vicenda sostanziale ed esistenziale» resti la medesima o comunque sia «collegata» a quella dedotta in giudizio con la domanda di nullità iniziale.

Ebbene, muovendo dalla considerazione – già dimostrata nel quarto capitolo di questo lavoro (⁸⁹) – che la nozione di «vicenda sostan-

⁸⁹ Cfr. paragrafi 6 e seguenti ove abbiamo osservato che si ha la stessa vicenda sostanziale ed esistenziale laddove il diritto dedotto in giudizio non muta, il che accade, ad esempio, nelle ipotesi di mera precisazione della domanda o di modifica della qualificazione giuridica del diritto *sub iudice*. Inoltre, la vicenda sostanziale ed esistenziale è collegata a quella inizialmente dedotta in giudizio nelle ipotesi di connessione (per titolo *ex art. 33 c.p.c.* o “per alternatività”).

ziale ed esistenziale» è più ampia rispetto a quella di situazione soggettiva, e non coincide esattamente con il concetto di *petitum* mediato ⁽⁹⁰⁾, dobbiamo a questo punto chiederci quale sia la «vicenda sostanziale ed esistenziale» oggetto del giudizio di nullità brevettuale.

Giova al riguardo precisare che, con la domanda di nullità del brevetto originario, l'attore chiede non solo che un determinato atto amministrativo (il brevetto appunto) venga dichiarato nullo con efficacia retroattiva cosicché l'affermato titolare non se ne possa più servire, bensì anche che venga dichiarata inesistente la situazione sostanziale di fondo, vale a dire il diritto di esclusiva che origina da quel determinato brevetto. Da qui, infatti, l'interesse ad agire in capo all'attore per ottenere una declaratoria di invalidità con efficacia *erga omnes* di quel determinato brevetto, la cui apparente esistenza, efficacia e validità limita l'esercizio della sua attività d'impresa nonché di tutti gli altri possibili concorrenti.

Con la domanda di nullità del brevetto limitato, l'attore chiede sempre che un determinato titolo venga dichiarato invalido *ex tunc*, titolo che, però, sarà strutturalmente diverso da quello antecedente la riformulazione delle rivendicazioni. Inoltre, con siffatta domanda, l'attore chiede che venga dichiarata l'inesistenza del diritto del convenuto che sorge dal brevetto limitato di compiere tutte quelle attività che, nell'ipotesi di validità del brevetto, sarebbero state coperte dall'esclusiva, rimuovendo anche in questo caso l'ostacolo alla propria libertà di impresa costituito dal brevetto avversario.

Il *petitum* mediato, vale a dire il bene della vita richiesto con la domanda di nullità, viene modificato; tuttavia, il risultato pratico cui sono dirette le due domande di nullità è il medesimo. Si potrebbe dire – mutuando le parole di Consolo – che le due domande (quella avente ad oggetto il brevetto originario e quelle relativa al brevetto limitato) viaggiano complanarmente verso un medesimo risultato ⁽⁹¹⁾, ossia ottenere un prov-

⁹⁰ In questi termini PALAZZETTI, *Ammissibilità dei nova ex art. 183, 5° comma*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2105.

⁹¹ CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Giur. it.*,

vedimento giurisdizionale che costituisca per l'attore in accertamento negativo una "patente di legittimità" per l'esercizio dell'attività di impresa, che impedisca definitivamente alla controparte, convenuta nel giudizio di nullità, di avanzare qualsivoglia contestazione fondata su un titolo brevettuale che è stato dichiarato invalido con sentenza passata in giudicato valida *erga omnes* e con efficacia retroattiva alla data di deposito della domanda.

Ebbene, se è vero che nel passaggio dall'una all'altra domanda di nullità la «vicenda sostanziale ed esistenziale» non rimane propriamente la stessa, è altresì vero che la «vicenda sostanziale ed esistenziale» dedotta in giudizio con la domanda di nullità del brevetto *post* limitazione è «collegata» a quella già oggetto del giudizio "per alternatività" o, più precisamente, per incompatibilità. Infatti, il diritto dedotto in giudizio con la domanda di nullità del brevetto limitato è incompatibile con quello già oggetto del processo, posto che l'esistenza di quest'ultimo è fatto impeditivo o estintivo del diritto dedotto in giudizio.

Da quanto sopra deriva dunque che il passaggio dalla domanda iniziale avente a oggetto la nullità del brevetto del convenuto alla domanda di nullità del brevetto *post* riformulazione delle rivendicazioni *ex art. 79*, comma terzo, c.p.i. rappresenta un'ipotesi di mera *emendatio libelli*.

13. *Le conseguenze derivanti dalla ricostruzione del passaggio dalla domanda di nullità del brevetto originario alla domanda di nullità del brevetto limitato in chiave di mera emendatio libelli*

Ricostruendo il passaggio dalla domanda di nullità del brevetto originario alla domanda di nullità del brevetto limitato *ex art. 79*, comma terzo, c.p.i. in termini di mera *emendatio libelli*, le conseguenze appaiono chiare: a seguito della riformulazione in senso limitativo delle rivendicazioni operata dal titolare del diritto di proprietà industriale, l'attore in accertamento negativo potrà modificare l'originaria domanda giudiziale

2015, pp. 968 ss., spec. p. 969, il quale parla di due domande, aventi ad oggetto due diversi diritti, che viaggiano «*complanarmente* verso una meta sostanzialmente *unitaria*».

chiedendo al giudice una pronuncia di nullità non già (e non più) del titolo originario, bensì di quello emendato ai sensi dell'art. 79, comma terzo, c.p.i., sempreché tale modifica della domanda giudiziale venga compiuta dall'attore entro il termine preclusivo per il deposito della prima memoria *ex art. 183, comma sesto, n. 1) c.p.c.* Se proposta successivamente a tale momento, la modifica della domanda di nullità del brevetto dovrà essere dichiarata inammissibile dal giudice adito.

L'ovvia soluzione appena proposta non risolve affatto i dubbi che ci siamo posti all'inizio di questo lavoro. Ciò in quanto – come abbiamo visto – l'ipotesi per cui la modifica della domanda di nullità brevettuale venga compiuta nel termine di cui al sesto comma dell'art. 183 c.p.c. è difficilmente realizzabile nella pratica. È infatti improbabile che, nella fase iniziale del processo, si siano verificati i presupposti per la modifica della domanda di invalidità del titolo, i quali sono la proposizione dell'istanza di riformulazione delle rivendicazioni del brevetto da parte del titolare della privativa, la conseguente modifica del brevetto di cui è causa e dell'oggetto del processo di nullità. Al contrario, appare più credibile che la limitazione giudiziale delle rivendicazioni sia compiuta dal titolare del brevetto durante la fase istruttoria, e più precisamente nell'ambito o all'esito delle operazioni peritali affidate al consulente tecnico nominato dal giudice, posto che, da un lato, per espressa previsione normativa la richiesta di limitazione delle rivendicazioni può essere formulata dal titolare del brevetto «in ogni stato e grado» del giudizio di nullità e, dall'altro lato, l'unanime giurisprudenza di merito ha interpretato la locuzione citata nel senso che l'attività emendativa in questione possa essere compiuta sino all'udienza di precisazione delle conclusioni del giudizio di primo grado. Peraltro, nella prassi, è molte volte lo stesso consulente tecnico che “suggerisce” la limitazione alla parte.

Da quanto sopra dovrebbe quindi derivare la concreta impossibilità per l'attore di modificare la domanda di nullità del brevetto in corso di causa, con la conseguenza che quest'ultimo sarebbe sempre costretto a instaurare un nuovo giudizio per ottenere una sentenza di nullità del brevetto limitato, giudizio nel contesto del quale il convenuto potrebbe nuo-

vamente riformulare in senso limitativo le rivendicazioni del proprio titolo, con l'effetto che il contenzioso tra le parti potrebbe paradossalmente durare all'infinito. Inoltre, così facendo, sarebbe possibile per il titolare del brevetto proporre plurime riformulazioni giudiziali del proprio titolo, ognuna in ogni giudizio in cui è convenuto, così aggirando quello che abbiamo indicato come possibile limite numerico all'operatività dell'istituto in questione, vale a dire il fatto che il titolare del brevetto può proporre *una sola* riformulazione delle rivendicazioni nell'ambito dello stesso processo.

Come ben si comprende, tale conclusione, per cui sarebbe impedito all'attore di modificare la domanda di nullità in corso di causa, è inaccettabile per plurime ragioni. Innanzitutto, essa contrasta con il principio di ragionevole durata del processo e con quello di economia processuale, potendo comportare la configurazione di un contenzioso *ad infinitum* tra le parti, rispetto al quale non costituirebbe un valido deterrente il rischio di dover pagare le spese di lite in caso di soccombenza o di subire una condanna per responsabilità aggravata e abuso del processo (*rectius* degli strumenti processuali) *ex art. 96 c.p.c.* Inoltre, tale soluzione violerebbe il diritto di difesa dell'attore che, a seguito di un atto dispositivo posto in essere dalla controparte, rimarrebbe inerme dinanzi alla modificazione della realtà sostanziale che l'aveva indotto a instaurare il giudizio di nullità per la tutela di un proprio diritto.

La soluzione ai problemi derivanti dal "cambiamento delle carte in tavola" va dunque ricercata altrove, e al riguardo riteniamo che un possibile rimedio possa essere individuato nell'istituto della rimessione in termini *ex art. 153 c.p.c.*

Così ragionando, si potrebbe infatti affermare che, laddove la modifica della domanda di nullità venisse compiuta dall'attore entro il termine per il deposito della prima memoria, *nulla quaestio*, e ciò in ragione del fatto che il passaggio dalla domanda di nullità del brevetto originario a quella di nullità del brevetto limitato costituisce un'ipotesi di mera *emendatio libelli*. Al contrario, laddove la modifica della domanda giudiziale fosse compiuta oltre i termini preclusivi previsti dalla legge processuale, l'attore potrebbe fare ricorso all'istituto della rimessione in termini

di cui al secondo comma dell'art. 153 c.p.c., essendo pacificamente incorso in una decadenza per causa a lui non imputabile. Una volta rimesso in termini, egli potrebbe così modificare la propria domanda di nullità, avente ad oggetto il brevetto originario e non più esistente, nella domanda di nullità del nuovo brevetto limitato.

Solo in questo modo – noi riteniamo – si potrebbe trovare una giustificazione, processualmente accettabile, alla “modifica delle carte in tavola”, così riconducendo l'istituto in questione entro i confini posti dai principi e dalle regole propri del nostro ordinamento processuale civile.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Claims Limitation in Patent Litigation. European Patent: A Variable Geometry Right? Limitation and Amendments of Claims during Litigation*, coordinato da TAVASSI-JACOB, 2016;

AA.VV., *Diritto industriale - proprietà intellettuale e concorrenza*, V ed., Torino, 2016.

AA.VV., *Diritto industriale - proprietà intellettuale e concorrenza*, IV ed., Torino, 2012.

AA.VV., *I brevetti per invenzione fra diritto europeo e diritto nazionale, Atti del Convegno. Torino, 8 febbraio 2004*, a cura di RICOLFI, Milano, 2004.

AA.VV., *Resource book on TRIPs and the development*, Cambridge, 2005.

AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, Padova, 1958.

AA.VV., *Studi in memoria di Paola A. E. Frassi*, Milano, 2010.

AA.VV., *Studi in onore di Andriano Vanzetti*, Milano, 2004.

AA.VV., *Studi in onore di Remo Franceschelli. Sui brevetti d'invenzione e sui marchi*, Milano, 1983.

ABRIANI-COTTINO-RICOLFI, *Diritto industriale*, in *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2001.

ADORNO, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: il nuovo intervento delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2015, cc. 909 ss.

ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1955.

ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1958, I, pp. 399 ss.

BIBLIOGRAFIA

- ALLORIO, *Il «Sistema» del Carnelutti*, in *Riv. dir. comm.*, 1937.
- ALLORIO, *Il giuramento della parte*, Milano, 1937.
- ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, ristampa 1992.
- ALLORIO, *Litisconsorzio alternativo passivo e impugnazione incidentale*, in *Giur. it.*, 1947, e poi in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, I, pp. 515 ss.
- ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957.
- ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, pp. 8 ss.
- ALLORIO, *Per una teoria dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, pp. 266 ss.
- ALLORIO, *Ritrattazione del giuramento e disponibilità del diritto controverso*, in *Giur. it.*, 1948, IV, cc. 196 ss.
- AMMENDOLA, *La brevettabilità nella Convenzione di Monaco*, Milano, 1981.
- AMMENDOLA, *Priorità unionista, priorità interna e brevettazione del non avente diritto*, in *AA.VV., Studi in onore di Remo Franceschelli*, Milano, 1983, pp. 243 ss.
- ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940.
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I ed., Napoli, 1941.
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III ed., Napoli, 1957.
- ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979.
- ANDRIOLI, *Giuramento*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, pp. 943 ss.
- ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1973.

BIBLIOGRAFIA

ANDRIOLI, *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, pp. 329 ss.

ANDRIOLI, *Sentenza di rigetto dell'opposizione di merito e ipoteca giudiziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, pp. 198 ss.

ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, pp. 260 ss.

ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, III ed., Milano, 1960.

ASPRELLA, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari, 2015.

ATTARDI, *Diritto processuale civile. Parte generale*, Padova, 1999.

ATTARDI, *Frazionamento della domanda di danni ed estensione del giudicato*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, pp. 537 ss.

ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 475 ss.

ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, I, Padova, 1973.

ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958.

ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*, Padova, 1991.

ATTARDI, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 387.

AULETTA G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942.

AULETTA G., *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, pp. 557 ss.

AULETTA G., *Sentenza di condanna all'esecuzione e azioni di risoluzione per inadempimento*, in *Giur. it.*, 1953, c. 54.

AULETTA T., *Dei diritti sulle opere dell'ingegno e sulle invenzioni industriali*, in *Commentario del codice civile diretto da Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1982.

BIBLIOGRAFIA

AULETTA T.-MANGINI, *Delle invenzioni industriali, dei modelli di utilità e dei disegni ornamentali, della concorrenza. Artt. 2584-2601*, in *Commentario del codice civile diretto da Scialoja e Branca*, II ed., Bologna-Roma, 1973.

AULETTA T.-MANGINI, *Delle invenzioni industriali, dei modelli di utilità e dei disegni ornamentali, della concorrenza. Artt. 2584-2601*, in *Commentario del codice civile diretto da Scialoja e Branca*, III ed., Bologna, 1987.

BALBI, *Connessione e continenza nel dir. proc. civ.*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, pp. 457 ss.

BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, IV ed., I, Bari, 2015.

BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. it.*, 1996, I, pp. 265 ss.

BARATTA, *The Unified Patent Court – What is the ‘common’ trait about?*, in HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Torino, 2014, pp. 101 ss.

BARBARESCHI, *L'irretrattabilità del giuramento decisorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, pp. 982 ss.

BARBUTO, *Brevetti: processi più rapidi con le sezioni specializzate*, in *Guida al diritto*, 2002, 49, 35.

BARBUTO, *Il ritardo di dieci anni lascia l'Italia in fuorigioco nella corte europea sulla proprietà intellettuale. Rito e collegialità, i nodi ancora da sciogliere*, in *Guida al diritto*, 2003, 30, pp. 18 ss.

BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle Sezioni Unite*, in *NGCC*, 2009, I, pp. 102 ss.

BARLETTA, *Extra e ultrapetizione*, Milano, 2012.

BELFIORE, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 1307 ss.

BELLAVITIS, *L'identificazione delle azioni*, Venezia, 1924.

BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, in *Oeuvrea*, Bruxelles, 1840.

BIBLIOGRAFIA

- BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.
- BETTI, *Diritto processuale civile*, II, Roma, 1936.
- BIGIAMI, *Mutamento della domanda in corso di giudizio*, in *Giur. it.*, 1946, pp. 12 ss.
- BOGNI, *La procedura nazionale di limitazione, da EPC 2000 alle applicazioni nazionali*, in *Dir. ind.*, 2016, 2, pp. 125 ss.
- BOLAFFI, *L'eccezione nel diritto sostanziale*, Milano, 1936.
- BONACCORSI, "Chiedi e ti sarà dato": *l'unitarietà del danno non patrimoniale dalla domanda alla liquidazione*, in *NGCC*, 2010, 5, pp. 501 ss.
- BONELLI, *Sezioni specializzate di diritto industriale: speranze o illusioni?*, in *Dir. ind.*, 2004, 2, pp. 105 ss.
- BONELLI, voce *Privativa per invenzione industriale*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, pp. 899 ss.
- BONSIGNORI, *I limiti oggettivi della cosa giudicata in un recente libro tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pp. 236 ss.
- BOSCARIOL DE ROBERTO, *La limitazione del brevetto in corso di causa*, in *Riv. dir. ind.*, II, 2014, pp. 99 ss.
- BOSIO, *Le privative industriali nel diritto italiano*, Torino, 1891.
- BOSOTTI, *L'interpretazione del brevetto nella giurisprudenza dell'EPO e dopo EPC 2000*, in *Dir. ind.*, 2010, 2, pp. 107 ss.
- BOSOTTI-MAURO-MODIANO, *EPC 2000 alcuni interessanti commenti*, in *Notiziario dell'Ordine dei Consulenti in Proprietà Industriale*, maggio 2008, pp. 18 ss.
- BOSSHARD, *L'entrata in vigore del pacchetto sul brevetto unitario: il regime transitorio e la dichiarazione di opt out*, in HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Torino, 2014, pp. 203 ss.
- BOSSI, *Azioni di accertamento negativo: la ripartizione degli oneri probatori*, in www.eclegal.it, 28 settembre 2015.

BIBLIOGRAFIA

- BOSSI, *La provvisoria esecutività delle pronunce costitutive e di mero accertamento: un obiettivo o un mito da sfatare?*, in *NGCC*, 2015, 6, pp. 552 ss.
- BOTTERO (a cura di), *La riforma del codice della proprietà industriale*, Milano, 2011.
- BÖTTICHER, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess*, in *Beiträge zum Zivilprozessrecht*, München-Berlin, 1949.
- BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010.
- BOVE, *Individuazione dell'oggetto del processo e mutatio libelli*, in *Giur. it.*, 2016, 7, pp. 1067 ss.
- BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino, 1996.
- BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, II ed., Torino, 2006;
- BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali* *Giur. it.*, 2015, pp. 1387 ss.
- BRAMBILLA, *Riflessioni in materia di limitazione di brevetto*, in *Dir. ind.*, 2009, 4, pp. 305 ss.
- BRANDI, voce *Contumacia*, in *Enc. Dir.*, vol. X, Giuffrè, 1962, pp. 467 ss.
- BRIGUGLIO, *I danni da fumo in cassazione: un'occasione sfumata*, in *Giust. civ.*, 2008, I, pp. 109 ss.
- BRUGNOLI, *Ius variandi e risarcimento dei danni: la tutela unitaria del contraente fedele* in *Giur. it.*, 2014, pp. 1629 ss.
- BRUNETTI, *La nullità della citazione*, Milano, 1963.
- BRUNIALTI, *Abuso del processo e credito solo parzialmente certo e liquido*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, pp. 173 ss.
- BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, Padova, 2012.
- BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2002.

BIBLIOGRAFIA

BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, in *Riv. ital. dir. lav.*, 2013, pp. 251 ss.

BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, pp. 97 ss.

CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., Padova, 1943,

CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930.

CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, pp. 24 ss.

CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, pp. 123 ss.

CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, V, Napoli, 1972.

CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, pp. 314 ss., nonché in *Studi sul processo civile*, II, Padova, 1931.

CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, in ID., *Studi sul processo civile*, IV, Padova, 1939.

CAPONI *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2008, pp. 1519 ss.

CAPONI, *Ammissibilità della domanda giudiziale «frazionata» in più processi*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 1143 ss.

CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, suppl. al n. 1, pp. 59 ss.

CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 2, pp. 389 ss.

CAPONI, *L'efficacia civile del giudicato nel tempo*, Milano, 1991.

CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996.

BIBLIOGRAFIA

CAPONI, *Limiti oggettivi del giudicato nei rapporti complessi*, in *Foro it.*, 2002, II, cc. 2764 ss.

CAPONI, *Tempus regit processum*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 2, pp. 449 ss.

CAPPELLETTI, *Attività e poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico*, in *Scritti giuridici in memoria di Pietro Calamandrei*, vol. III, Padova, 1958, pp. 17 ss.

CAPPELLETTI, *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 1151 ss.

CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, pp. 152 ss.

CAPPELLETTI, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine genetico*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, Padova, 1958.

CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, pp. 266 ss.

CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962.

CAPPELLETTI, *Ritrattazione del giuramento della parte e revoca dell'ordinanza ammissiva del giuramento*, in *Annali della Università di Macerata*, vol. XXII, Milano, 1958, pp. 238 ss.

CAPRA, *Osservazioni in tema di modelli di utilità e di problema tecnico non individuato*, in *Riv. dir. ind.*, 6, 2010, pp. 422 ss.

CARBONARI, voce *Contumacia (procedimento in): I) diritto processuale civile*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Treccani, 1988, pp. 7 ss.

CARBONE, «*Porte aperte*» delle sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto in *Corr. giur.*, 2015, 1, pp. 88 ss.

CARBONE, *Inammissibilità del rapporto di subordinazione tra l'azione estimatoria e quella redibitoria*, in *Corr. giur.*, 1988, pp. 621 ss.

BIBLIOGRAFIA

- CARIGLIA, *La Corte di cassazione conferma il nuovo orientamento in tema di ammissibilità della domanda nuova*, in *Giur. it.*, 2016, 10, pp. 2152 ss.
- CARIGLIA, *La ripartizione dell'onere della prova nelle azioni di accertamento negativo*, in *Il giusto proc. civ.*, 2010, pp. 701 ss.
- CARIGLIA, *Mutatio o emendatio libelli e termine per la reconventio reconventionis nell'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 483.
- CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, 1951.
- CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, pp. 32 ss.
- CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1965.
- CARNELUTTI, *Eccezione e analisi dell'esperienza*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 648 ss.
- CARNELUTTI, *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, pp. 629 ss.
- CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956.
- CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale: il concetto giuridico della prova*, ristampa, Milano, 1992.
- CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1933.
- CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1931.
- CARNELUTTI, *Modificazione e successione nella lite*, in *Foro it.*, 1939, IV, cc. 193 ss.
- CARNELUTTI, *Natura del giuramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, pp. 183 ss.
- CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1936.
- CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936.

BIBLIOGRAFIA

- CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III, Roma, 1951.
- CARNELUTTI, *Un lapsus evidente?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 446 ss.
- CARPI-TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, VIII ed., Padova, 2015.
- CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale*, in *Giur. it.*, 2001, pp. 1143 ss.
- CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995.
- CARRATTA-TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2011.
- CARTELLA, *Brevetti per invenzioni industriali*, in FRANCESCHELLI, *Brevetti, marchio, ditta, insegna*, I, Torino, 2003, p. 250 ss.
- CARTELLA, *Brevi note in merito ai profili processuali del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131*, in *Riv. dir. ind.*, 6, 2011, pp. 255 ss.
- CARTELLA, *Il brevetto perfezionabile: modifica della domanda e del brevetto, priorità interna, altri rimedi*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 2, pp. 73 ss.
- CARTELLA, *La conversione del brevetto nullo*, Milano, 1993.
- CARTELLA, *Osservazioni alle disposizioni del codice della proprietà industriale. Alcuni profili relativi alle invenzioni*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, Quaderni di Aida n. 11, Milano, 2004, pp. 20 ss.
- CARTELLA, *Requisiti dell'invenzione*, in AA.VV., *Brevetti, marchio, ditta, insegna. Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, a cura di FRANCESCHELLI, I, Torino, 2003, pp. 21 ss.
- CASABURI, *Il processo industrialistico rinnovato – Dal codice della proprietà industriale al d.lgs. n. 140 del 2006*, in *Giur. mer.*, 2007, pp. 938 ss.

BIBLIOGRAFIA

CASABURI, *L'istituzione delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, 4-5, pp. 251 ss.

CASABURI, *L'istituzione delle sezioni specializzate per la proprietà industriale ed intellettuale: (prime) istruzioni per l'uso*, in *Dir. ind.*, 2003, 5, pp. 405 ss.

CASABURI, *Le sezioni distrettuali della proprietà intellettuale ed industriale. Perché poi non si dica "peccato"!*, in *Dir. ind.*, 2003, 3, pp. 207 ss.

CATAUDELLA, *Fattispecie e fatto. I. Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 926 ss.

CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, pp. 433 ss.

CAVALLARO, *L'ultima sul caso Carbadox*, in *Dir. ind.*, 2002, 2, pp. 121 ss.

CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003.

CAVALLINI, *Il principio della domanda e la «giustizia della decisione»: verso una nuova iurisprudenza?*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 2, pp. 302 ss.

CAVALLINI, *L'eccezione "nuova" rilevabile d'ufficio nel giudizio di appello riformato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 3, pp. 588 ss.

CAVALLINI, *L'oggetto del processo di rivendica*, Napoli, 2002.

CAVALLINI, *Rilievo d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, pp. 689 ss.

CAVALLONE, *Anche i documenti sono «mezzi di prova» agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 3, pp. 1072 ss.

CAVALLONE, *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, pp. 678 ss.

CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico critica*, in *Studi Parmensi*, vol. XXVIII, 1980, pp. 23

BIBLIOGRAFIA

ss. e ora in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, pp. 3 ss.

CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 861 ss.

CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991.

CAZZANIGA, *Conversione di brevetto d'invenzione nullo in brevetto per modello di utilità*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, II, pp. 273 ss.

CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio della Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2002, cc. 2017 ss.

CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro it.*, 2011. I, cc. 99 ss.

CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, pp. 173 ss.

CEA, *Tra "mutatio" ed "emendatio libelli": per una diversa interpretazione dell'art. 183 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2016, I, cc. 255 ss. in *Giur. it.*, 2015, cc. 2101 ss.

CECHELLA, *I poteri di iniziativa probatoria del giudice del lavoro*, in *Giust. civ.*, 1985, II, pp. 65 ss.

CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile a cura di E. Allorio*, II, 1, Torino, 1980, pp. 235 ss.

CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile a cura di E. Allorio*, II, 1, 1980, pp. 1 ss.

CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973.

CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, in *Riv. ital. dir. lav.*, 1986, pp. 454 ss.

CERNELUTTI, *Massime d'esperienza e fatti notori*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, pp. 639 ss.

BIBLIOGRAFIA

CERRETTO, *Marchi e brevetti: sezioni specializzate condizionate dall'incognita delle sedi*, in *Guida al diritto*, 2003, 10, p. 112.

CHIARELLI, *La definizione giuridica del fatto notorio*, in *Arch. Giur.*, 1927, pp. 227 ss.

CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992.

CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium»*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, pp. 158 ss.

CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1936, ristampa 1960.

CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912, rist. 1965.

CHIOVENDA, *Sulla eccezione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930.

CIACCIA CAVALLARI, *La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano, 1993.

CIACCIA CAVALLARI, voce *Contumacia*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, pp. 325-328.

CIFFO BONACCORSO, *Il giudicato civile*, Napoli, 1955.

CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989.

COLESANTI, *Nostalgie in tema di eccezioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 2, pp. 273 ss.

COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 172 ss.,

COMOGLIO L. P., *Le prove civili*, Milano, 2010.

COMOGLIO L. P., *Minime riflessioni di ordine sistematico in tema di perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum e overruling processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, pp. 525 ss.

BIBLIOGRAFIA

COMOGLIO L. P., voce *Allegazione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, pp. 272 ss.

COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980.

COMOGLIO L.P., *Modificazione della domanda, tutela effettiva ed economia dei giudizi (nuovi poteri per il giudice?)*, in *NGCC*, 2016, 4, p. 653.

COMOGLIO P., *Il giudice specializzato in materia d'impresa*, Torino 2014.

COMOGLIO P., *L'accertamento negativo cautelare*, in GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Quaderni di AIDA n. 23, 2012, pp. 283 ss.

COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 2012.

CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, Padova, 2015.

CONSOLO, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 1406 ss.

CONSOLO, *I nuovi artt. 180-183 e 184: una prima diagnosi sul nuovo rito «concentrato» ed «elastico»*, in *Corr. giur.*, 2007, 11, pp. 1607 ss.

CONSOLO, *Il concorso di azioni nella patologia di vendita. Diritto e processo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, pp. 765 ss.

CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, Padova, 1985.

CONSOLO, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 3, pp. 299 ss.

CONSOLO, *La trattazione della causa: gli artt. 167, 180, 183 e 184 e altre disposizioni sul processo di cognizione così come novellati dalle leggi n. 80 e n. 263 del 2005*, in CONSOLO-LUISSO-MENCHINI-SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma*, Milano, 2006;

CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012.

BIBLIOGRAFIA

CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande “complanari”: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Giur. it.*, 2015, 7, pp. 968 ss.,

CONSOLO, *Mutatio libelli: L'accettazione tacita o presunta e l'eccezione di domanda nuova, ovvero di un costrutto giurisprudenziale incoerente*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 620 ss.

CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 215 ss.

CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II. Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 569 ss.

CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 974 ss.

CONSOLO, *Preclusioni nel processo civile e preclusioni alla definizione del processo legislativo di riforma*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, pp. 765 ss.

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2015.

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Profili generali*, Torino, 2015.

CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, pp. 44 ss.

CONSOLO-GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale* in *Corr. giur.*, 2015, 2, pp. 225 ss.

CONSOLO-LUIISO-MENCHINI-SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma*, Milano, 2006;

CONSOLO-LUIISO-SASSANI (a cura di), *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1991.

CONTALDI, *La tutela delle invenzioni nel sistema OMC. Esclusiva brevettuale e valori emergenti nella comunità internazionale*, Milano.

BIBLIOGRAFIA

- CONTALDI, *La tutela delle invenzioni nel sistema OMC. Esclusiva brevettuale e valori emergenti nella comunità internazionale*, Milano, 2009, p. 79.
- CONTINI, *L'accertamento negativo in via cautelare*, in *Le riforme del codice della proprietà industriale*, in *Le nuove leggi civili*, Milano, 2011, p. 332 ss.
- CORDOPATRI, *A proposito di «rilevanza della prova» e di «giudizio di fatto»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, pp. 973 ss.
- CORONA, *La nuova procedura di limitazione dei brevetti, dentro e fuori il processo*, in *Atti del Convegno "Il nuovo codice della proprietà industriale. Le novità del C.P.I. introdotte dal d.lgs. n. 131/2010"*, Milano 22/23 novembre 2010.
- CORREA, *Trade related aspects of intellectual property rights. A commentary on TRIPs agreement*, Oxford, 2007.
- COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980.
- COSTA, voce *Contumacia (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1968, pp. 775 ss.
- COSTA, voce *Domanda giudiziale*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1968, pp. 166 ss.
- CROSS, *Evidence*, IV, London, 1967.
- D'ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Torino, 2012.
- D'ALESSANDRO, *Brevi riflessioni intorno ai rapporti tra giudizio possessorio e giudizio petitorio*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 1379 ss.
- D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, Torino, 2016.
- D'ALESSANDRO, *Le Sezioni unite si pronunciano sulla portata dell'art. 1453, 2° comma, c.c.*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 1624 ss.
- D'ONOFRIO, *Identificazione delle azioni in rapporto alla teoria della litispendenza e della cosa giudicata*, Benevento, 1924.

BIBLIOGRAFIA

DALLA BONTÀ, *Una «benefica inquietudine». Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, pp. 891 ss.

DANOVI, *Legittimazione attiva e passiva e tutela delle privative*, in GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Quaderni di AIDA n. 23, Torino, 2012, pp. 113 ss.,

DE CRISTOFARO M., *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 3, pp. 335 ss.

DE CRISTOFARO M., *La cassazione sostitutiva sul merito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 279 ss.

DE MEO, *Interpretazione della scrittura privata tra preliminare e definitivo*, in *Cont.*, 1997, 1, pp. 19 ss.

DE SANTIS A. D., *Sul concetto di «non inequivocabilità» della non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 560 ss.

DE SANTIS A.D., *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013.

DE STEFANO, *Collisione di prove civili*, Milano, 1951.

DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, Milano, 1967.

DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, 1967, pp. 999 ss.

DE STEFANO, voce *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1981, pp. 120 ss.

DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giur. comm.*, 2004, II, pp. 111 ss.

DE MIGUEL ASENSIO, *The Unified Patent Court Agreement and the Amendment to the Brussels I Regulation (Recast)*, in HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Torino, 2014, pp. 153 ss.

DELLA PIETRA, *La patologia della domanda giudiziale*, Roma, 2012.

BIBLIOGRAFIA

DELLACASA, *Ius variandi e risarcimento del danno tra disciplina legislativa e regole giurisprudenziali*, in *Cont.*, 2014, 8-9, pp. 755 ss.

DELLACASA, *Risoluzione giudiziale e «di diritto»: orientamenti e problemi*, in *Trattato del contratto a cura di Vincenzo Roppo*, VI, Milano, 2006, pp. 561 ss.

DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, pp. 40 ss.

DEMARCHI ALBENGO, *L'onere di contestazione specifica tra rigore formale, contumacia e conoscibilità dei fatti*, in *Giur. mer.*, 2011, pp. 1042 ss.

DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, pp. 264 ss.

DENTI, *In tema di eccezioni riconvenzionali*, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, pp. 119 ss.

DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, pp. 32 ss.

DENTI, *La verifica delle prove documentali*, Torino, 1957.

DENTI, voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, pp. 675 ss.

DI CATALDO, *Fra tutela assoluta del prodotto brevettato e limitazione ai procedimenti descritti ed agli usi rivendicati*, in AA.VV., *I brevetti per invenzione fra diritto europeo e diritto nazionale*, a cura di RICOLFI, Milano, 2004.

DI CATALDO, *I brevetti per invenzione e per modello di utilità: i disegni e modelli*, in SCHLESINGER (a cura di), *Commentario al codice civile*, 2012.

DI CATALDO, *Il nuovo codice della proprietà industriale*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 4, pp. 560 ss.

DI CATALDO, *L'originalità dell'invenzione*, Milano, 1983.

BIBLIOGRAFIA

DI CATALDO, *Primo intervento: su questioni generali*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, Quaderni di Aida n. 11, Milano, 2004, pp. 192 ss.

DI CATALDO, *Revisione della legislazione nazionale in materia di brevetti per invenzioni industriali in applicazione della delega di cui alla l. 26 maggio 1978, n. 260 (Commentario a cura di Marchetti)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1981, pp. 791 ss.

DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*.

DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Milano, 2008.

DIANA, *La confessione giudiziale nel processo civile*, in *Giur. it.*, 1901, IV, pp. 91 ss.

DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, in *Foro it.*, 2015, cc. 922 ss.

DITTRICH, *Appunti per uno studio del fatto notorio giudiziale*, in *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, pp. 819 ss.

DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000.

DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1, pp. 108 ss.

DONDI, *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, pp. 40 ss.

DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008.

FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964.

FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo civile*, in *Scritti in onore di C. Furno*, Milano, 1973.

BIBLIOGRAFIA

FABBRINI, *Preclusioni e processo di cognizione*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, Roma, 1986, e ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1993, pp. 327 ss.

FABI, voce *Continenza di cause*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 649 ss.

FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 1342 ss.

FABIANI, *Vecchio rito e nuove domande: le Sezioni Unite ripudiano l'accettazione presunta del contraddittorio*, in *Corr. giur.*, 1996, 11, pp. 1248 ss.

FALCE, *Diritto d'autore e innovazione «derivata» nelle information technologies*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, 1, pp. 74 ss.

FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 941 ss.

FARINA, *L'onere della prova nell'impugnazione del testamento olografo*, in *www.eclegal.it*, 19 luglio 2016.

FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pp. 1304 ss..

FAZZALARI, *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, pp. 593 ss.

FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960.

FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, I, Torino, 1989.

FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953.

FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, pp. 345 ss.

FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957.

FAZZALARI, voce *Sentenza civile*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, pp. 1245 ss.

BIBLIOGRAFIA

FERRARI F., *Il sequestro dell'anima. Natura e funzione del sequestro in materia di proprietà intellettuale*, Torino, 2016.

FERRARI F., *Il fatto notorio e la rete Internet: un rapporto difficile*, in *Problemi relativi alla prova nel processo civile, Atti dell'incontro di studio*, Como, 16 maggio 2014, Bologna, 2016, pp. 87 ss., nonché in *AIDA*, 2015, pp. 383 ss.

FERRARI F., *Il D. Lgs. n. 131/2010 e le norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 1, pp. 5 ss.

FERRARI F., *Il litisconsorzio nelle controversie IP*, GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Quaderni di AIDA n. 23, Torino, 2012, pp. 134 ss.

FERRARI F., *La disciplina cautelare in materia di proprietà industriale ed intellettuale*, in TARZIA-SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, V ed., Vicenza, 2016, pp. 696 ss., spec. pp. 703-704),

FERRARI F., *La recente riforma delle norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 6, pp. 1473 ss.

FERRARI F., *Le norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 277 ss.

FERRARI F., *Note a prima lettura sulle norme processuali contenute nel codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, 4-5, pp. 339 ss.

FERRARI F., voce *Proprietà intellettuale. Profili processuali*, in corso di pubblicazione in *Enc. Giur. Treccani*, 2017.

FERRARI F., *Regolamento 1215/2012/UE sulla competenza giurisdizionale*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., 2016, pp. 17 ss.

FERRARI, *L'interpretazione della descrizione del brevetto*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, I, pp. 196 ss.

FERRI C., *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970.

FERRI C., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975.

BIBLIOGRAFIA

- FERRI C., voce *Costitutiva (Azione)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1988, pp. 1 ss.
- FERRONI, «Mutatio» ed «emendatio libelli» nel processo civile di rito ordinario, in *Giust. civ.*, 1986, II, pp. 89 ss.
- FINOCCHIARO, *Sistema di diritto industriale*, I, Padova, 1932.
- FLORIDIA, *Il Codice della proprietà industriale: disposizioni generali e principi fondamentali*, in *Dir. ind.*, 2005, 1, pp. 11 ss.
- FLORIDIA, *Il decreto correttivo al codice della proprietà industriale: una riforma necessaria*, in *Dir. ind.*, 2010, 5, pp. 405 ss.
- FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, Milano, 2006.
- FLORIDIA, *Il riordino della proprietà intellettuale*, in *Dir. ind.*, 2003, 1, pp. 22 ss.
- FLORIDIA, *L'attuazione italiana dei TRIPs*, in *Dir. ind.*, 1996, 5, pp. 426 ss.
- FLORIDIA, *L'invenzione farmaceutica nel sistema italiano dei brevetti*, Milano, 1985.
- FORNACIARI, *La condanna come accertamento del credito esigibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 2, pp. 597 ss.
- FORNACIARI, *La definizione del thema decidendum e probandum nel processo civile di rito ordinario (art. 183, commi 3, 4, 5 cod. proc. civ.)*, in *Giust. civ.*, 2002, 6, pp. 297 ss.
- FORNACIARI, *La sentenza in futuro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 4, pp. 1315 ss.
- FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996.
- FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999.
- FRANCESCHELLI, *Brevetti, marchio, insegna*, Torino, 2003.
- FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963.

BIBLIOGRAFIA

- FRANCHI, *La perizia civile*, Padova, 1959.
- FRANZOSI, *Accorpare, integrare, riscrivere le rivendicazioni*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, 3, pp. 233 ss.
- FRANZOSI, *Definizione di invenzione brevettabile*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, 1, pp. 18 ss.
- FRANZOSI, *L'interpretazione delle rivendicazioni*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, 2, pp. 75 ss.
- FRANZOSI, *L'invenzione*, Milano, 1970.
- FRANZOSI, *La determinazione dell'ambito di protezione del brevetto*, in *Dir. ind.*, 1996, n. 3, pp. 21 ss.
- FRASSI-GIUDICI, *EPC 2000: una prima lettura*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, 6, pp. 205 ss.
- FRENDI, *La Cassazione torna sui suoi passi (ma fino ad un certo punto): l'ammissibilità della domanda risarcitoria e il limite dei fatti sopravvenuti* in *NGCC*, 2014, I, pp. 1001 ss.
- FRUS, *Un interessante (ma non condivisibile) principio in tema di onere di contestazione specifica, diretto a spezzare in taluni casi la necessaria circolarità tra onere di allegazione e di contestazione*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 131 ss.
- FRUSCALZO, *La limitazione del brevetto dopo il decreto correttivo*, in *Dir. ind.*, 2011, 4, pp. 319 ss.
- FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, rist. Milano, 1993.
- FURNO, *Confessione (dir. proc. civ., in Noviss. Dig. It., VIII, Milano, 1961, pp. 870 ss.*FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940.
- FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942.
- FURNO, *Natura giuridica del giuramento e libertà di valutazione giudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, pp. 362 ss.FUSCO, *La*

BIBLIOGRAFIA

conversione dell'azione di adempimento in domanda di risoluzione del contratto bilaterale, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, pp. 1870 ss.

GABRIELLI, *Proponibilità delle domande risarcitoria e risolutoria in corso di giudizio purché congiuntamente con quella di risoluzione del contratto di inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, pp. 597 ss.

GABRIELLI-FRANCESCHELLI, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. Teccani*, IX, Roma, 1988, pp. 11.

GALANTI, *Sulla modifica della domanda tra mero accertamento e costituzione della proprietà*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, pp. 947 ss.

GALLI (a cura di), *Codice della proprietà industriale, la riforma del 2010*, Milano, 2011.

GALLI C., *La revisione del codice della proprietà industriale: da un'impostazione "proprietaria" a un approccio market oriented*, in *Corr. Giur.*, 2011, 1, pp. 277 ss.

GALLI, *La protezione dei brevetti e dei segreti industriali dopo il codice della proprietà industriale e l'attuazione della direttiva 'Enforcement'*, in *Notiziario dell'Ordine dei Consulenti in Proprietà Industriale*, marzo 2007, pp. 3 ss.

GALLI-GAMBINO, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, Torino, 2011.

GAMBA, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, 2008.

GAMBA, *Le preclusioni della fase di trattazione e il principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, pp. 1309 ss.

GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, pp. 331 ss.

GARBAGNATI, voce *Continenza di cause (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1957, pp. 403 ss.

GARBAGNATI, voce *Continenza di cause (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1957, pp. 403 ss.

BIBLIOGRAFIA

- GASBARRINI, *Osservazioni in tema di modifica della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, pp. 1255 ss.,
- GASPERINI, *Garanzia per vizi: è ammissibile la subordinazione fra azione redibitoria e azione estimatoria?*, in *Corr. giur.*, 1997, pp. 75 ss.
- GEORGIADES, *Die Anspruchskonkurrens im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, Monaco, 1967.
- GHIDINI-DE BENEDETTI, *Codice della proprietà industriale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006.
- GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012.
- GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso della domanda giudiziale*, Milano, 2004.
- GHIRGA, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, pp. 445 ss.
- GHIRGA, *Sulla titolarità attiva e passiva del rapporto giuridico dedotto in giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1, pp. 238 ss.
- GIANNOZZI, *Azioni reali, azioni personali, oggetto del processo e oggetto del giudicato*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, c. 318.
- GIANNOZZI, *La contumacia nel processo civile*, Torino, 1963.
- GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, Milano, 1958.
- GIORGETTI, *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*, Torino, 2008.
- GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Cont. e impr.*, 1991, pp. 69 ss.
- GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1959.
- GIULIANI, *L'ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, pp. 598 ss.
- GIULIANI, voce *Prova in generale (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 518 ss.

BIBLIOGRAFIA

GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Quaderni di AIDA n. 23, Torino, 2012.

GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 1564 ss.

GIUSSANI, *Corso di diritto processuale delle imprese*, Bologna, p. 2015.

GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999.

GIUSSANI, *Questioni di competenza in senso stretto e in senso lato nella nuova disciplina delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale*, in NIVARRA (a cura di), *L'Enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, Quaderni di Aida n. 12, Milano, 2005, pp. 187 ss.

GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechttage: Eine Kritik Des Prozessualen Denkens*, Berlin, 1925.

GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, Darmstadt, 1969, rist. della II ed., Berlin, 1932.

GRANIERI, *Brevetto unitario e giurisdizione unica in materia di brevetti tra Europa a due velocità e geometrie variabili*, in *Foro it.*, 2013, 5, IV, cc. 233 ss.

GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di E. Allorio, I, II, Torino, 1973, pp. 1254 ss.

GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, pp. 608 ss.

GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967.

GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Torino, 1948.

GRECO-VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1968.

GUARNIERI, *Contratto preliminare, contratto definitivo e mutatio libelli*, in *Corr. giur.*, 1996, 6, pp. 643 ss.

BIBLIOGRAFIA

GUARNIERI, *Inammissibile la proposizione in corso di causa della domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento*, in *Corr. Giur.*, 1996, 11, p. 1248 ss.

GUGLIELMETTI GIAN., *Le invenzioni e i modelli industriali dopo la riforma del 1979*, Torino, 1982.

GUGLIELMETTI GIOV., *Il processo*, in in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà intellettuale*, Quaderni di AIDA n. 11, Milano, 2004, pp. 154 ss.

GUGLIELMETTI GIOV., *La contraffazione del brevetto per equivalenti*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, 3, pp. 112 ss.

GUGLIELMETTI GIOV., *Natura e contenuto del brevetto europeo con effetto unitario*, in HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Quaderni di Aida n. 24, Torino, 2014, pp. 9 ss.

HASSAN, relazione tenuta alla tavola rotonda “*Limitazione delle rivendicazioni in corso di causa*”, reperibile al seguente link: <http://www.ficpi.it/documenti/Limitazione%20rivendicazioni%20-%20Hassan.pdf>, p. 2,

HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937.

HELLWIG *System des deutschen Zivilprozessrecht*, Leipzig, 1912.

HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, Jena, 1900.

HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1903.

HESSELBERGER, *Die Lehre vom Streitgegenstand Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand*, Berlin-Bönn, 1970.

HONORATI, *Il diritto applicabile dal Tribunale unificato: il coordinamento tra fonti e i rapporti tra TUB e regolamento (UE) n. 1257/2012*, in HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Torino, 2014, pp. 119 ss.

HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Quaderni di Aida n. 24, Torino, 2014.

BIBLIOGRAFIA

JACKSON, *Law, Facts and Narrative Coherence*, Merseyside, 1988, p. 85.

JAUERNIG, *Verhandlungsmaxime, Inquisitionmaxime und Streitgegenstand*, Tübingen, 1967.

JUNOY, *Iudex Iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: istoria della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 1497 ss.

KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre*, Leipzig, 1903.

KOHLER, *Deutsches Patentrecht*, Mannheim, 1878, ristampato 1984.

KOHLER, *Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung*, in *ZZP*, XXIX, 1901, p. 8.

KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, 1907, ristampato 1980.

LAGHEZZA, *Il potere di riqualificazione giuridica della domanda e la camicia di nesso*, in *Danno e resp.*, 2007, 11, pp. 1135 ss.

LAMANDINI, *Le rivendicazioni brevettuali come formule sacramentali*, in *Dir. ind.*, 5, 1997, pp. 381 ss.

LANCELLOTTI, *Sul concorso delle azioni (vicende dottrinali ed autonomia di nozione)*, in *Studi in onore di T. Carnacini*, II, 1, Milano, 1984, pp. 375 ss.

LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, I, Milano, 1969.

LANFRANCHI, *Mero accertamento negativo di un credito concorsuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, pp. 295 ss.

LANFRANCHI, *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 1133 ss.

LASERRA, *La prova civile*, Napoli, 1957.

LAUDISIA, *Il ritiro della dichiarazione di verità*, Padova, 1978.

BIBLIOGRAFIA

- LAVAGNINI, *Introduzione all'Accordo TRIPs*, in P. MARCHETTI - L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, IV ed., Padova, 2007, pp. 5 ss.
- LECCE, *Le invenzioni e i modelli industriali nella giurisprudenza*, Milano, 1987.
- LENT, *Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo*, in *Jus*, 1953, pp. 445 ss.
- LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß*, Leipzig, 1912.
- LENT, *Zur Abgrenzung der Anspruchsmehrheit von der Mehrheit der Klaggründe*, *ZZP* 57, 1933.
- LEONE, *Contributo allo studio delle massime di esperienza e dei fatti notorii*, in *Ann. Fac. Giur. Bari*, 1954, pp. 51 ss.
- LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, pp. 55 ss. (già in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1935, pp. 633 ss.).
- LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, 1935, rist. Milano, 1962.
- LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 551 ss. e in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, pp. 3 ss.,
- LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 449 ss.
- LIEBMAN, *L'opera scientifica di J. Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, in *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, pp. 137 ss.
- LIEBMAN, *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, pp. 539 ss.
- LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1931.
- LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Principi, Milano, 1984.

BIBLIOGRAFIA

LIUZZO, *L'interpretazione del brevetto dopo EPC 2000*, in *Rivista dei Consulenti in Proprietà Industriale*.

LORENZETTO PERSICO, *La continenza di cause*, Padova, 1992.

LUGINBUHEL, *Limitation and Revocation in the European Patent Convention – Outlines of the New Procedure*, in *IIC*, 2001, pp. 622 ss.

LUISO *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, in *Giust. civ.*, 1985, I, pp. 559 ss.

LUISO, *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, VIII ed., Milano, 2015.

LUISO, *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, VIII ed., Milano, 2015.

LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981.

LUISO, *Principio di eventualità e principio di trattazione orale*, in *Scritti in onore di Fazzalari*, Milano, 1993, II, pp. 212 ss.

LUISO, voce *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, IV ed., I, Torino, 1987, pp. 361 ss.

LUZZATTO, *Teoria e tecnica dei brevetti d'invenzione*, Milano, 1960.

MAIORCA, voce *Fatto giuridico-Fattispecie*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1965, pp. 111 ss.

MANDRIOLI (aggiornato da CARRATTA), *Diritto processuale civile, I, Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XIV ed., Torino, 2015.

MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II ed., Torino, 1978.

MANDRIOLI, *Delle parti*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, t. I, vol. 2, Torino, 1973, pp. 81 ss.

MANDRIOLI (aggiornato da CARRATTA), *Diritto processuale civile, II, Il processo ordinario di cognizione*, XXIII ed., Torino, 2014.

MANDRIOLI (aggiornato da CARRATTA), *Diritto processuale civile, II, Il processo ordinario di cognizione*, Torino, XX ed., 2009.

BIBLIOGRAFIA

MANDRIOLI, *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano, 1955.

MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum» e «causa petendi»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 465 ss.

MANDRIOLI (aggiornato da CARRATTA), *Diritto processuale civile, II, Il processo ordinario di cognizione*, Torino, XXV ed., 2016.

MANDRIOLI (aggiornato da CARRATTA), *Diritto processuale civile, III, I procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, Torino, XXV ed., 2016.

MANGINI, *La licenza di brevetto*, Padova, 1970.

MANSANI, *Le disposizioni in materia di marchi nella bozza di codice dei diritti della proprietà industriale*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà intellettuale*, Quaderni di AIDA n. 11, Milano, 2004, pp. 69 ss.

MARENGO, *La litispendenza internazionale*, Torino, 2000.

MARESCA, *Estensione della tutela brevettuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Remo Franceschelli*, Milano, 1983, pp. 132 ss., nonché in *Riv. dir. ind.*, 1987, I, pp. 20 ss.

MARESCA, *Il requisito dell'attività inventiva nella legge di riforma*, in *Riv. dir. ind.*, 1983, I, p. 443 ss.

MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c.: è vera svolta?*, in *Corr. giur.*, 2005, pp. 957 ss.

MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origine, metamorfosi, nuovi ruoli*, Trento, 2005.

MAZZARELLA, *Appunti sul fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1934, pp. 73 ss.

MENCHINI(-MOTTO), sub art. 2909 c.c., in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, Torino, 2016, pp. 21 ss.

MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987.

BIBLIOGRAFIA

- MENCHINI, *Il giudicato civile*, Milano, 1988.
- MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 4-5, pp. 975 ss.
- MENCHINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in *Le azioni seriali*, a cura di Menchini, in *Quaderni de «Il giusto processo civile»*, Napoli, 2008, pp. 55 ss.
- MENCHINI, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale. esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, I, cc. 931 ss.
- MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, III, Milano, 1993, pp. 23 ss.
- MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, pp. 404 ss.
- MENGALI, *La produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1, pp. 99 ss.
- MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 816 ss.
- MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 4, pp. 1064 ss.
- MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991.
- MERLIN, *Compensazione e processo*, II, Milano, 1994.
- MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 2, pp. 299 ss.
- MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948.
- MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1958.

BIBLIOGRAFIA

- MICHELI, *Esecuzione forzata*, in *Commentario Scajola e Branca*, Bologna-Roma, 1964.
- MICHELI, *Iura novit curia*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, pp. 575 ss.
- MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942.
- MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 2, pp. 316 ss.
- MONTANARI, *L'efficacia delle sentenze non definitive su questioni preliminari di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, pp. 324 ss.
- MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2004.
- MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato*, Padova, 1978.
- MONTESANO voce *Accertamento giudiziale*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, pp. 1 ss.
- MONTESANO, *Confessione e astrazione processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, pp. 11 ss.
- MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, pp. 63 ss.
- MONTESANO, *Invocazione per la prima volta in appello dell'usucapione a fondamento dell'azione di rivendica. Osservazioni in tema di ius novorum e di mutamento di causa petendi in appello*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, I, pp. 409 ss.,
- MONTESANO, *La tutela dei diritti nel sistema delle funzioni giurisdizionali*, in *Trattato di diritto civile italiano fondato da Filippo Vassalli*, XIV, 1, Torino, 1985, pp. 123 ss.
- MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, II ed., Torino, 1994.
- MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, I ed., 1985.
- MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 190 ss.

BIBLIOGRAFIA

- MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 15 ss.
- MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, in *Giur. Comp. Cass. Civ.*, 1948, XXVII, 3° quadrim., pp. 128 ss.
- MONTESANO, *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, pp. 1173 ss.
- MONTESANO, *Osservazioni sui fatti notori*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III, pp. 226-227.
- MONTESANO-MAZZIOTTI, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli, 1974.
- MORGESE, *L'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs)*, Bari, 2009.
- MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1910.
- MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1950.
- MOTTO, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, in *Il giusto proc. civ.*, 2014, 4, pp. 1027 ss.
- MOTTO, *Le Sezioni Unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, in *Foro it.*, 2015, I, cc. 3190 ss.
- MOTTO, *Note per uno studio sull'azione di condanna nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 911 ss.
- MOTTO, *Ordine di esame delle questioni, interesse ad impugnare ed «accertamento in prosecuzione» nei giudizi di impugnazione di atti di esercizio di poteri sostanziali*. in *Giusto proc. civ.*, 2012, pp. 151 ss.,
- MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012.
- MOTTO, voce *Azione costitutiva (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur.-Diritto online*, 2013.

BIBLIOGRAFIA

MURONI, *A margine di due recenti ordinanze interlocutorie della Cassazione in tema di «mutatio libelli»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 2, pp. 515 ss.

MURONI, *Prima comparizione delle parti e trattazione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI e VACCARELLA, Torino, 2012, vol. III, t. I, pp. 284 ss., spec. pp. 310 ss.

NARDI, *Risoluzione di contratto nullo e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *NGCC.*, 2009, I, pp. 197 ss.

NASI, *Disposizione del diritto e azione dispositiva. Contributo allo studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione*, Milano, 1965.

NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, in *Foro it.*, 2003, cc. 2273 ss.

NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ.*, 2009, pp. 63 ss.

NICITA, *L'insospettabile fascino del petitum sostanziale: le Sezioni Unite consentono di trasformare l'azione ex art. 2932 c.c. in domanda di accertamento della proprietà*, in *www.elegal.it*, 27 luglio 2015.

NICOLETTI, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, Rimini, 1982.

NIKISCH, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Tübingen, 1935.

NIKISCH, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess*, AcP 154 (1955).

NIVARRA (a cura di), *L'Enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, Quaderni di Aida n. 12, Milano, 2005.

NOKES, *An Introduction to Evidence*, IV, London, 1967.

NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München, 1967.

BIBLIOGRAFIA

OLIVIERI, *Gli atti di parte nella fase introduttiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 118 ss.

OPPO, *Per una definizione dell'industrialità delle invenzioni*, in *Riv. dir. ind.*, 1973, I.

ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, in *Quaderni della rivista di diritto civile*, Padova, 2003.

ORIANI, *Eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, cc. 5 ss.

ORIANI, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, in *Foro it.*, 2013, I, pp. 3500 ss.

ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. A proposito dell'interruzione della prescrizione e di non condivisibili interpretazioni dell'art. 345, comma 2, c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 2005, pp. 1162 ss.

ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987.

ORIANI, *Sulle eccezioni proponibili in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 2, pp. 734 ss.

PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, pp. 299 ss.

PAGLIANTINI, *"Parigi val bene una messa"? Le Sezioni Unite su rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito* in *Giusto proc. civ.*, 2015, pp. 137 ss.

PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "eppur si muove"*, in *Cont.*, 2012, 11, pp. 874 ss.

PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: quid iuris?*, in *Foro it.*, 2015, cc. 928 ss.

PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Cont.*, 2015, 2, pp. 113 ss.

BIBLIOGRAFIA

- PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative* in *NGCC.*, 2015, 4, pp. 185 ss.
- PAGNI, *Contratto e processo*, in *Trattato del contratto a cura di Vincenzo Roppo*, VI, Milano, 2006, pp. 823 ss.
- PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella L. 28 giugno 2012, n. 92: brevi note sul nuovo rito in materia di licenziamenti*, in *Riv. ital. dir. lav.*, 2013, I, pp. 339 ss.
- PAGNI, *Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2015, 1, pp. 71 ss.
- PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, V, pp. 237 ss.
- PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, 1998.
- PAGNI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage: la Cassazione ritorna sugli oneri di allegazione e prova*, *Ilgiuslavorista.it*, 15 settembre 2016,
- PAGNI, voce *Sentenza costitutiva (dir. proc. civ.)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, XIV, Milano, 2007, pp. 283 ss.
- PALAZZETTI, *Ammissibilità dei nova ex art. 183, 5° comma*, in *Giur. it.*, 2015, 10, p. 2103 ss.
- PALLADINO, *La chiarezza delle rivendicazioni limitate in corso di causa*, in *Rivista dei Consulenti in Proprietà Industriale*, 4, 2016.
- PALLINI, *EPC 2000 una breve guida ai cambiamenti*, in *Notiziario dell'Ordine dei Consulenti in Proprietà Industriale*, 2007, 2, pp. 13 ss.
- PALMA, *Brevi note in tema di domande autodeterminate, eterodeterminate e oggetto del giudizio d'appello*, in *Giust. civ.*, 2000, I, pp. 2979 ss.
- PALMIERI-PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*; in *Foro it.*, 2015, cc. 916 ss.

BIBLIOGRAFIA

- PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, Bologna-Roma, 1987.
- PAVANINI, *Massime di esperienza e fatti notorii in Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, pp. 247 ss.
- PEDERZINI, *Il punto sulla ratifica da parte dell'Italia dell'EPC 2000*, in *Notiziario dell'Ordine dei Consulenti in Proprietà Industriale*, dicembre 2007, pp. 1 ss.
- PETERS, *Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozess*, Köln-Berlin, 1962.
- PICCARRETA-TERRANO, *Il nuovo diritto industriale*, Milano, 2005.
- PIOVESANA, *Relazione tenuta alla tavola rotonda "Limitazione delle rivendicazioni in corso di causa"*, pp. 3-4, reperibile al seguente link: <http://www.ficpi.it/documenti/Limitazione%20rivendicazioni%20-%20Piovesana.pdf>,
- PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962.
- PISANI M., *Riflessioni sul principio dispositivo nel processo penale di secondo grado*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, pp. 829 ss.
- POLI, *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 48 ss.
- POLI, *L'oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1397 ss.
- POLI, *La evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione alla luce delle recenti riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 128 ss.
- POLI, *Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione nella giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, pp. 43 ss.
- PONZANELLI, *Il "buonismo" della Cassazione e la facile dimenticanza del danno conseguenza*, in *Danno e resp.*, 2014, 3, pp. 284 ss.
- POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, nelle *Opere*, Livorno, 1941.
- PRADO, *La nuova disciplina delle rivendicazioni*, in *Dir. ind.*, 2010, 6, pp. 533 ss.

BIBLIOGRAFIA

PRADO, *Riformulazione delle rivendicazioni in sede giurisdizionale e giudizio di contraffazione*, in *Dir. ind.*, 2011, 5, pp. 435 ss.

PROTO PISANI *L'istruzione della causa*, in *Le controversie in materia di lavoro*, a cura di PROTO PISANI, PEZZANO, BARONE, ANDRIOLI, II ed., Bologna-Roma, 1987.

PROTO PISANI *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991.

PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, cc. 604 ss.

PROTO PISANI, *Ancora sull'allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, cc. 3146 ss.

PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e i suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 386 ss., nonché in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, pp. 389 ss.

PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 60 ss.

PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 662 ss.

PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, t. 1, vol. II, Torino, 1973, pp. 1062 ss.

PROTO PISANI, *Il giudicato e i suoi limiti oggettivi*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003.

PROTO PISANI, *In tema di rivendica*, in *Foro it.*, 1975, I, cc. 2563 ss.

PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968.

PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1999.

PROTO PISANI, *Note in tema di nullità dell'atto di citazione ed effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, pp. 665 ss.

BIBLIOGRAFIA

- PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965.
- PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2015, V, cc. 455 ss.
- PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale del «diritto di proprietà»*, in *Foro it.*, 1971, I, cc. 434 ss.
- PROVINCIALI, *Giuramento decisorio*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 103 ss.
- PUGLIESE *Ancora sull'efficacia della decisione di questioni preliminari di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, pp. 560 ss.
- PUGLIESE *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, pp. 212 ss.
- PUGLIESE, voce *Giudicato civile (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XVIII, pp. 785 ss.
- PUNZI, *Il nuovo giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 120 ss.
- PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche, I, I soggetti e gli atti*, II ed., Torino, 2010.
- RAMELLA, *Trattato della proprietà industriale*, I, Torino, 1927.
- REALI, *La non contestazione nel giusto processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, pp. 227 ss.
- REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1952.
- REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, rist. 1960.
- REDENTI, *Storia semantica della «causa in giudizio»*, in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, I, Milano, 1962, pp. 193 ss.
- RENZI, *Divieto di domanda nuova e rapporti tra la domanda originaria di adempimento contrattuale e quella successiva di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pp. 511 ss.

BIBLIOGRAFIA

- RICCI E. F., *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, pp. 652 ss.
- RICCI E. F., *Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza*, in AA.VV., *Enrico Tullio Liebman oggi*, Milano, 2004, pp. 83 ss.
- RICCI E. F., voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, 1987.
- RICCI G. F., *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, pp. 835 ss.
- RICCI G. F., *Sulla sostituzione della domanda di adempimento con quella di risoluzione nel giudizio civile di rinvio*, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, cc. 259 ss.
- RICCI S., *I nuovi confini del binomio mutatio-emendatio libelli come ridisegnati dalla Corte di cassazione a sezioni unite del 2015*, in www.judicium.it.
- RICOLFI, *I segni distintivi*, Torino, 1999.
- RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio* in *NGCC*, 2015, I, pp. 299 ss.
- ROCCO ALFR., *Sentenza civile*, Torino, 1906, ristampa 1962.
- ROCCO G., *Come depositare brevetti e marchi – Procedure – Modelli – RegISTRAZIONI – Finanziamenti – Convenzioni internazionali – Posizione OMC aggiornato al codice della proprietà industriale*, II ed., Milano, 2005.
- ROMANO A. A., *In tema di onere della prova nell'azione di accertamento negativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 1551 ss.
- ROMANO A. A., *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006.
- ROMANO A. A., *Prova della forma solenne ed onere della prova in un singolare giudizio di accertamento negativo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, pp. 533 ss.

BIBLIOGRAFIA

RONCO, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del petitum di condanna fondato su un'unica causa petendi del nucleo comune, ammissibilità di domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. it.*, 1998, pp. 890 ss.

ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, XVII ed., Monaco, 2010.

ROTA, *Dalla domanda di adempimento alla domanda di risoluzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 876 ss.

ROTONDI, *Diritto industriale*, Padova, 1965.

ROVATI, *Introduzione alla CBE*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., 2016, pp. 1355 ss.

RUSSO, *Sui rapporti tra diritti autodeterminati e divieto di res nova in appello*, in *NGCC*, 2013, pp. 475 ss.

SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile diretto da Vassalli*, Torino, 1971.

SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pp. 405 ss.

SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, 2, II, Torino, 2004.

SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990.

SANDRINI, *La convenzione di Monaco sul brevetto europeo e i suoi rapporti con il 'pacchetto brevetti'*, in HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Quaderni di Aida n. 24, Torino, 2014, pp. 49 ss.

SARTI, *Il codice della proprietà industriale: profili sanzionatori e procedurali*, in *Studium Juris*, 2007, pp. 151 ss.

SASSANI, *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 1356 ss.

SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989.

BIBLIOGRAFIA

- SASSANI, *Modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, pp. 883 ss.
- SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959.
- SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1953.
- SATTA, *Gli effetti secondari della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, e in *Teoria e pratica del processo*, Roma, 1940, pp. 69 ss.
- SATTA, *Jura novit curia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 380 ss.
- SATTA, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, IV, cc. 73 ss.
- SATTA, voce *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 816 ss.
- SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, XII ed. (a cura di Punzi), Padova, 1996.
- SCANDIANI, *Patologia della posizione del fatto nel processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, pp. 174 ss.
- SCHMIDT, *Die Klagänderung*, Leipzig, 1887.
- SCHWAB, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Broschiert, 1954.
- SCOTTI, *Le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale (DL 27.6.2003 n. 168) osservazioni relative ad alcune questioni processuali*, in *Giur. mer.*, 2003, 12, pp. 2607 ss.
- SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, Milano, 2009.
- SCUFFI, *Il tribunale unificato dei brevetti: evoluzione storica, ordinamento e regole procedimentali*, in HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Torino, 2014, pp. 73 ss.
- SCUFFI, *I tribunali dei marchi e dei disegni e modelli comunitari*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, I, pp. 25 ss.

BIBLIOGRAFIA

SCUFFI, *La tutela dell'esclusiva brevettuale: estensione e limiti dei diritti di privativa industriale in ambito nazionale e comunitario*, in AA.VV., *Studi in onore di Andriano Vanzetti*, Milano, 2004.

SCUFFI, *Le sezioni specializzate di diritto industriale per cooperazione comunitaria ed applicazione decentrata delle regole di concorrenza*, in *Dir. ind.*, 2003, 3, pp. 213 ss.

SCUFFI-FRANZOSI-FITTANTE (a cura di), *Il Codice della proprietà industriale*, Padova, 2005.

SEGNI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di Scajola-Branca, Bologna-Roma, 1960.

SEGNI, *Procedimento civile*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. X, 1939, pp. 539 ss.

SEGNI, voce *Procedimento civile*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1987-1966, pp. 58 ss.

SENA, *Contenuto della domanda ed oggetto del brevetto*, in AA.VV., *Studi in onore di Remo Franceschelli*, Milano, 1983, pp. 1 ss.

SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo e continuato da Schlesinger, IX, t. 3, Milano, III ed., 1990.

SENA, *Industrialità*, in AA.VV., *Problemi attuali del diritto industriale*, Milano, 1977.

SENA, *L'esame preventivo di brevettabilità: invenzioni e modelli*, AA.VV., in *Studi in memoria di P. Frassi*, Milano, 2010, pp. 641 ss.

SENA, *L'interpretazione del brevetto*, Milano, 1955.

SENOFONTE, *Il fatto impeditivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 1525 ss.

SESTA, *Questioni sulla prova della falsità del testamento olografo*, in *Cont. e impr.*, 2014, 1, 69 ss.

SILVESTRI E., *Confessione nel dir. proc. civ.*, in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, pp. 423 ss.

SINGER, *Il brevetto europeo*, Torino, 1993.

BIBLIOGRAFIA

SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982.

SORDELLI, *Il paradigma della «persona esperta del ramo» nella legge sulle invenzioni*, in AA.VV., *Studi in onore di Remo Franceschelli*, Milano, 1983, pp. 191 ss.

SPADA, *Il paradigma proprietario e la protezione giuridica dell'innovazione e della nomenclatura commerciale*, in *Dir. ind.*, 2007, 3, pp. 269 ss.

SPADA, *Problemi della nullità del brevetto d'invenzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Remo Franceschelli*, Milano, 1983, pp. 357 ss.

SPADA, *Problemi della nullità del brevetto d'invenzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, pp. 215 ss.

SPOLIDORO, *La registrazione e il rinnovo del marchio*, in AA.VV., *Commento tematico alla legge marchi*, Torino, 1998, pp. 131 ss.

STEIN, *Das Private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893.

TARDIVO, *Il giudicato sulla motivazione*, Roma, 1967.

TARUFFO, «*Collateral estoppel*» e giudicato sulle questioni, I, in *Riv. dir. proc.*, 1971, pp. 651 ss. II, in *Riv. dir. proc.*, 1972, pp. 282 ss.

TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, pp. 438 ss.

TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.

TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, III, t. 2, sez. 1, Milano, 1992.

TARUFFO, *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo, Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2012.

TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.

TARUFFO, *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, pp. 40 ss.

BIBLIOGRAFIA

- TARUFFO, *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 729 ss.
- TARUFFO, *Situazioni probatorie. Aspetti logici della decisione sui fatti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 2, pp. 497 ss.
- TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970.
- TARUFFO, *Verità negoziata*, relazione svolta nel seminario su *Accordi di parte e processo*, Bologna, 1° dicembre 2007.
- TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, pp. 253 ss.
- TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972.
- TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, II ed., Milano, 2002.
- TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, IV ed., Milano, 2009.
- TARZIA-SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, V ed., Vicenza, 2016.
- TAVASSI, *Aspetti processuali del codice della proprietà industriale*, in *Dir. e pratica società*, 2007, 10, pp. 39 ss.
- TAVASSI, *Dalle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate per l'impresa*, in *Corr giur.*, 2012, 9, pp. 1115 ss.
- TAVASSI, *Il progetto di codice della proprietà industriale. Profili processuali*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, Quaderni di Aida n. 11, Milano, 2004, pp. 165 ss.
- TAVORMINA, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia costitutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, pp. 24 ss.
- TAVORMINA, *Unicità del comportamento. Pluralità di doveri ed oggetto del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 51 ss.
- TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino, 2016.

BIBLIOGRAFIA

- TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1, pp. 76 ss.
- TESTA, *Le norme processuali: perplessità e problemi*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, Quaderni di Aida n. 11, Milano, 2004, pp. 179 ss.
- TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, III, pp. 74 ss.
- TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006.
- UBERTAZZI L. C., *La competenza per materia delle sezioni IP*, in *AIDA*, 2005, pp. 281 ss.
- UBERTAZZI L. C., *Le sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, 4-5, pp. 219 ss.
- UBERTAZZI L. C., *Modificazioni alla domanda e conversione del brevetto nullo*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1988, pp. 261 ss.
- UBERTAZZI L. C., *Osservazioni preliminari sul codice della proprietà industriale*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà intellettuale* n. 11, Milano, 2004, pp. 3 ss.
- UBERTAZZI L. C., *Profili soggettivi del brevetto*, Milano, 1985.
- UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., Padova, 2016.
- UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, V ed., Padova, 2012.
- UBERTAZZI L.C. (a cura di), *La proprietà intellettuale*, Torino, 2011.
- UBERTAZZI L. C. (a cura di), *Il codice della proprietà intellettuale*, Quaderni di AIDA n. 11, Milano, 2004.
- UBERTAZZI L.C., *Brexit e brevetto UE: che fare?*, in *NLCC*, 2017, pp. 561 ss.

BIBLIOGRAFIA

- VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, Roma, 1991, pp. 80 ss.
- VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988.
- VANZETTI A. (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, Milano, 2013.
- VANZETTI A., *Funzione e natura giuridica del marchio*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, I, pp. 16 ss.
- VANZETTI A., *I segni distintivi non registrati nel progetto di "codice"*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, 4-5, pp. 99 ss.
- VANZETTI A., *Legislazione e diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 1, pp. 5 ss.
- VANZETTI A., *Lettera al Ministro delle attività produttive del 7.11.2003* in www.ubertazzi.it/it/codiceip/materiali/Vanzetti.pdf.
- VANZETTI A.-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, VII ed., Milano, 2012.
- VAPINO, *Danno non patrimoniale: unitarietà del risarcimento e unitarietà della domanda*, in *Giur. it.*, 2014, n. 835.
- VERDE, *Diritto processuale civile*, 1, *Parte generale*, Bologna, 2010.
- VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.
- VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, pp. 226 ss., e ora anche in *Studi in onore di Enrico T. Liebman*, vol. III, Milano, 1979.
- VERDE, *Profili del processo civile*, *Parte generale*, IV ed., Napoli, 1994.
- VERDE, *Sulla «minima unità strutturale» azionabile nel processo (a proposito di giudicato e dottrine emergenti)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, pp. 573 ss.
- VERDE, *Sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 3, pp. 747 ss.

BIBLIOGRAFIA

VERDE, voce *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1989, pp. 1 ss.

VERDE, voce *Querela di falso*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 1 ss.

VERDE-DI NANNI, *Codice di procedura civile. L. 26 novembre 1990, n. 353. L. 21 novembre 1991, n. 374. L. 4 dicembre 1992, n. 477*, Torino, 1993.

VILLATA R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971.

VILLATA S. A., *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato: mutatio libelli e opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 1578 ss.

VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, Milano, 1963.

von CANSTEIN R., *Die rationellen Grundlangen des Civilprocesses*, Manz, Wien, 1877.

VULLO, *La domanda riconvenzionale nel processo ordinario di cognizione*, Milano, 1995.

VULLO, *Le Sezioni unite si pronunciano in tema di inammissibilità della domanda nuova, rilevabilità d'ufficio del vizio e accettazione del contraddittorio*, in *Giur. it.*, 1996, I, pp. 1439 ss.,

VULLO, *Sull'ammissibilità di domande nuove nel corso del processo ordinario di cognizione di primo grado*, in *Studium Iuris*, 2002, pp. 317 ss.

VULPIANI, *Domanda di risoluzione e domanda di restituzione tra emendatio e mutatio libelli*, in www.eclegal.it, 13 dicembre 2016.

WACH, *Das Verhältniss des Richters zu den Parteien, in Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung*, Bonn, 1896.

WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence*, III, Boston, 1940.

WUNDERLICH, *Dispositionsmaxime, Verhandlungsmaxime und Untersuchungsmaxime der solothurnischen ZPO vom 11.9.1996 (diss.)*, Zürich, 1968.

BIBLIOGRAFIA

ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano, 1916.

ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge: Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozess*, Tübingen, 1959.