

La dimensione costituzionale dell'interesse ad agire (e a contraddire) tra giusnaturalismo e positivismo: il diritto alla difesa giurisdizionale come posizione soggettiva accessoria

di RAFFAELE MANFRELLOTTI

Alla memoria di Luigi Califano

SOMMARIO: 1. Premessa: la problematica dell'interesse ad agire e il suo antecedente storico nella fase *in jure* del processo civile romano. — 2. L'interesse ad agire come *causa agendi*. — 3. Giusnaturalismo e positivismo nel prisma della problematica dell'azione. Azioni di mero accertamento e accesso incidentale alla Corte costituzionale. — 4. Interesse ad agire e *causa agendi* nel processo penale e nel processo amministrativo. — 5. L'interesse a contraddire. — 6. Conclusioni.

1. Premessa: la problematica dell'interesse ad agire e il suo antecedente storico nella fase *in jure* del processo civile romano.

L'art. 24 della Costituzione italiana è la norma alla quale è più direttamente riconducibile l'inquadramento della problematica dell'azione. La norma disciplina il diritto ⁽¹⁾ ad agire in giu-

(1) Che l'art. 24 Cost. configuri un diritto è, oggi, un'acquisizione pacifica (da ultimo, M. CARRER, *Profili teorici e costituzionali dell'azione in giudizio*, Napoli, 2022, 183 ss.). In passato tale conclusione venne, tuttavia, revocata in dubbio, soprattutto da chi, riconducendo il diritto ad agire in giudizio tra i diritti pubblici subiettivi e negando attualità a tale categoria, preferiva ricostruire la norma costituzionale secondo modelli dommatici diversi. Si veda, sul punto, L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, in part. 90 ss.

In verità, il dibattito intorno alla natura dell'azione, come *jus* o come *legitima facultas*, ha radici parecchio antiche, riconducibili almeno alla disputa tra Piacentino e Azzone del XII secolo: cfr. R. ORESTANO, *Azione in generale. a) Storia del problema*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 793.

dizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi; ponendo, per ciò solo, il diritto alla difesa in una posizione di alterità rispetto alle posizioni soggettive azionate ⁽²⁾. Sotto altro profilo, però, è evidente che il diritto alla tutela processuale non avrebbe senso senza una posizione soggettiva da tutelare: il processo è una funzione finalizzata alla realizzazione di un diritto o di un interesse legittimo, e l'art. 24 Cost. afferma il diritto a stimolare l'esercizio di tale funzione. Tuttavia, quest'ultima rappresenta una manifestazione di autorità pubblica ordinata alla realizzazione di un interesse meritevole di tutela, per cui deve necessariamente connettersi a tale interesse. Ne deriva che la posizione soggettiva da realizzare attraverso il processo costituisce il fine della funzione giurisdizionale attivata dal titolare, mentre il diritto alla difesa giurisdizionale esprime l'interesse giuridicamente tutelato ad invocare l'intervento dell'ordinamento nelle forme del processo ⁽³⁾. Il diritto alla difesa e la posizione soggettiva azionata nel processo, autonome e distinte sul piano oggettivo, sono però in rapporto, per così dire, "simbiotico": la difesa giurisdizionale è una posizione soggettiva accessoria, perché strumentale alla posizione principale azionata senza la quale non avrebbe senso: non vi è interesse ad agire in giudizio se non vi è un interesse giuridicamente tutelato che si intende realizzare processualmente ⁽⁴⁾. L'accessorietà del diritto alla difesa impone, sul piano logico-domatico, una relazione tra l'azione in giudizio e il fine dell'azione, ossia l'interesse giuridicamente rile-

(2) Tale alterità si riflette, peraltro, sulla disciplina costituzionale del diritto *ex art. 24 Cost.*, espressamente qualificato come inviolabile e, pertanto, soggetto al regime dei diritti inviolabili, in ipotesi differentemente dal diritto azionato: si pensi al caso di chi agisca in giudizio a tutela della sua proprietà.

(3) L'acquisizione trova espresso riconoscimento nella giurisprudenza: Corte cost., 6 dicembre 1973, n. 176; *Id.*, 12 giugno 1979, n. 50; *Id.*, 12 luglio 1979, n. 98. Essa trovò, tuttavia, la sua formulazione già in B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, 2.

(4) Secondo la distinzione di F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1933, 273, la pretesa che definisce l'azione è altra cosa dalla posizione sostanziale affermata, di cui la pretesa stessa è una mera "percezione" da parte dell'attore. Ne consegue che il diritto a proporre una pretesa innanzi al giudice è cosa diversa dal diritto che la pretesa stessa intende affermare.

vante oggetto della tutela: del quale, secondo la lettera dell'art. 24 Cost., è possibile affermare sin d'ora che deve costituire un diritto o un interesse legittimo, ossia deve trovare riconoscimento sul piano dell'ordinamento ⁽⁵⁾. In riferimento alla problematica dell'azione, si può dire, riprendendo la fortunata definizione di Celso ⁽⁶⁾, che lo *jus iudicio persequendi* è accessorio rispetto al *quod sibi debeatur*, il quale presuppone una qualificazione normativa dell'interesse al quale l'obbligo è strumentale e che perciò è, a sua volta, uno *jus*. Ne consegue che deve sussistere una relazione tra il diritto di azione in giudizio e una posizione soggettiva di cui si invoca tutela, in assenza del quale si configura un abuso dello strumento processuale e si è, dunque, al di là dei limiti della tutela posta dall'art. 24 Cost. In via di prima approssimazione, e con le precisazioni di cui alle pagine che seguono, si può quindi dire che l'interesse ad agire è il rapporto tra il diritto a ricorrere allo strumento processuale e il diritto (o l'interesse legittimo) a cui il processo è strumentale.

Poche disposizioni hanno sollevato dubbi interpretativi quanto l'art. 100 c.p.c. La formula legislativa, che riproduce tralaticciamente il previgente art. 36 c.p.c., è stata oggetto di un'impressionante riflessione scientifica da parte degli studiosi del processo civile e amministrativo (non anche del processo costituzionale), di cui sarebbe impossibile dare compiutamente conto in questa sede, che la ha, talvolta, degradata a criterio meramente empirico di valutazione dell'azione proposta nella prospettiva del conseguimento del risultato pratico dell'attore, una sorta di "quinta ruota del carro" priva di effettivo valore normativo ⁽⁷⁾, talaltra l'ha circoscritta alle sole azioni di accertamento; e questo sulla base della presunzione del suo necessario legame con uno stato di fatto *contra jus* ⁽⁸⁾. Curiosa-

⁽⁵⁾ Non si crede di dire nulla di originale affermando che o una posizione soggettiva è un interesse giuridicamente protetto, o non è una posizione soggettiva.

⁽⁶⁾ D. 44, 7, 51.

⁽⁷⁾ E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1952, 62 ss. (l'espressione testuale è riportata, ivi 63).

⁽⁸⁾ Per tutti, A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958, 169 ss.; A. NASI, *Interesse ad agire*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 34 ss., spec. 42 anche per un panorama della dottrina sul punto.

mente, sebbene non vi sia un solo autore che non abbia sottolineato l'applicazione assai ristretta della disposizione in esame, quando non la sua inutilità o, peggio, nocività, interpretando l'interesse ad agire come situazione di fatto contraria al diritto, tale ricostruzione non è mai stata posta in discussione ed è riproposta acriticamente dalla sua formulazione ⁽⁹⁾, nonostante le conclusioni a cui essa approda dovrebbero consigliare un atteggiamento più dubbioso. SCOPO del presente lavoro è proporre una ricostruzione dell'interesse ad agire che, anche alla luce del sistema costituzionale, ne consenta un'interpretazione più aderente alla sistematica dei dati positivi.

Una problematica preliminare, un tempo assai dibattuta, è se l'interesse *ex art. 100 c.p.c.* sia un'entità giuridica diversa dall'interesse sostanziale alla base della posizione soggettiva di cui si invoca tutela. La prevalente dottrina dà oggi, a tale domanda, una risposta affermativa, considerando l'interesse ad agire sul piano meramente processuale e, per questo, secondario e strumentale rispetto alla posizione soggettiva azionata ⁽¹⁰⁾. Tale risposta, condivisibile nei risultati, consegue tuttavia ad un percorso argomentativo che trascura un dato positivo fondamentale, ossia l'art. 24 Cost., nella parte in cui pone l'azione come un diritto accessorio finalizzato alla tutela di una posizione soggettiva principale.

Inquadrata la problematica dell'interesse ad agire nella guisa che precede, sembra possibile effettuare alcune precisazioni di carattere metodologico al fine di pervenire ad una più precisa definizione della categoria.

Se, infatti, l'interesse ad agire si identifica come un rapporto tra la posizione soggettiva garantita e il diritto all'azione, tale da costituirne un presupposto costituzionale, e se, coerentemente con tale prospettiva, il codice di procedura civile ne colloca la disciplina nel titolo IV del libro I, dedicato, in generale, all'esercizio dell'azione, l'interesse ad agire costituisce una condizione dell'e-

⁽⁹⁾ A. WACH, *Der Rechtsschutzanspruch*, in *ZZP*, 32 (1904), in part. 52 ss. La tesi fu accolta, in Italia, da G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, in part. 63, e mai più messa in discussione dalla dottrina largamente prevalente.

⁽¹⁰⁾ Per tutti, E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1957, 41.

esercizio dell'azione ⁽¹¹⁾, sicché appare arbitrario circoscriverne il contenuto ad alcune categorie di azioni (segnatamente, quelle di accertamento) militando invece la collocazione sistematica della disposizione e la sua lettura costituzionalmente orientata per la sua applicazione generale a qualsiasi forma di tutela processuale; e, si aggiunge, a qualsiasi forma di tutela processuale anche oltre i confini della sola procedura civile.

La limitazione della sfera di efficacia dell'art. 100 c.p.c. (e, consequenzialmente, la sua svalutazione) deriva, in verità, da un certo modo di intendere l'interesse ad agire: nella ricostruzione dominante, come accennato, esso sorgerebbe in ragione di una situazione di fatto *contra jus* la cui rimozione necessita dell'intervento della funzione giurisdizionale. Tale conclusione appare, però, viziata da un errore metodologico. E invero, il riferimento al fatto comporta la confusione del piano della ricostruzione normativa con il piano empirico, estraneo ad essa ⁽¹²⁾. Il vizio nel ragionamento è evidente alla luce della circostanza che esso conduce ad un circolo vizioso: la contrarietà al diritto del fatto sottoposto alla valutazione del giudice può essere affermata solo successivamente alla sentenza, per cui, a rigorosamente ragionare, non potrebbe valutarsi l'interesse ad agire che dopo la conclusione del processo ⁽¹³⁾. La limitazione della valutazione del requisito processuale *ex art. 100 c.p.c.* alla prospettazione di parte attrice ⁽¹⁴⁾ appare un artificio logico che non sfugge alla contraddizione di far dipendere la sussistenza di una condizione per l'esercizio dell'azione all'arbitraria prospettazione di una determinata situazione da parte dell'attore, e conduce al risultato di privare l'art. 100 c.p.c. di qualunque serio significato pratico.

A noi sembra che l'interpretazione della disposizione citata costituisca un problema che va risolto sul piano della ricostruzio-

⁽¹¹⁾ Secondo la nota impostazione di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 62 ss.

⁽¹²⁾ F. LOCATELLI, *L'interesse ad agire. Riflessioni ad oggi*, Milano, 2024, 199 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983, 28 ss.

⁽¹⁴⁾ Per tutti, A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 49 ss.

ne dell'ordinamento giuridico, e prescinda perciò dallo stato di fatto di volta in volta posto a fondamento della domanda. La problematica dell'azione è un aspetto di quella relativa al rapporto tra lo Stato e il singolo. Da questo postulato discendono, sul piano metodologico, due conseguenze. La prima è che l'azione è, prima che una tematica di diritto processuale, un problema di diritto costituzionale, un punto di snodo delle dottrine dei diritti della persona e dell'organizzazione dei poteri pubblici. La seconda è che la ricostruzione della categoria dell'azione è riflesso del rapporto tra autorità e libertà espresso da un determinato ordinamento in una determinata fase del suo sviluppo, ed è perciò un problema storico e relativo ⁽¹⁵⁾. Ne consegue che, ai fini della presente riflessione, sembra, dunque, utile adottare una prospettiva storica e riflettere sulle ragioni che hanno condotto al sorgere della categoria dell'interesse ad agire nell'esperienza giuridica.

«Non c'è processualista che si rispetti che, dovendo proporre un proprio concetto di azione, non abbia sentito il bisogno di andarlo a radicare almeno nel diritto romano classico» ⁽¹⁶⁾. Questa affermazione non vale per l'interesse ad agire, la cui origine storica non è, di regola, indagata oltre il confine temporale della codificazione del 1865; la ragione di ciò risiederebbe nella circostanza che l'interesse ad agire avrebbe avuto rilievo, nel sistema processuale romano, solo nell'ambito dello *jus honorarium* quale criterio di selezione degli interessi meritevoli di tutela giurisdizionale non contemplati dallo *jus civile* ⁽¹⁷⁾.

Si tratta, però, di una tesi storicamente imprecisa che ostacola il corretto inquadramento della problematica nel processo civile romano, la cui corretta soluzione, come si vedrà, è invece assai fruttuosa anche per il giurista contemporaneo.

Il processo civile romano sorse per rispondere ad una precisa finalità pubblicistica: la garanzia del rispetto delle norme dell'or-

⁽¹⁵⁾ P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1947, 4 ss.; R. ORESTANO, *Azione in generale. a) Storia del problema*, cit., 786 ss.

⁽¹⁶⁾ A. NASI, *Interesse ad agire*, cit., 29.

⁽¹⁷⁾ Ancora A. NASI, *Interesse ad agire*, cit., 30 ss.

dinamento della *civitas* da parte delle *familiae* e delle *gentes*, la soluzione delle controversie tra le quali era affidata, in precedenza, ad accordi di carattere privatistico o, più semplicemente, a prove di forza ⁽¹⁸⁾. Le XII Tavole, in particolare, codificarono un sistema (di certo più antico) nel quale il processo era scisso in due distinti momenti: una fase *in jure*, celebrata innanzi ad un magistrato, che inquadrava la vicenda dal punto di vista giuridico, e una fase *apud iudicem*, innanzi ad un privato, dove il momento dell'autonomia delle parti si riespandeva ⁽¹⁹⁾. Solo la prima era celebrata innanzi ad un organo pubblico, e dunque implicava un momento di controllo, da parte dell'ordinamento, sull'attività delle parti ⁽²⁰⁾; può anticiparsi sin d'ora che, ad avviso di chi scrive, in tale controllo risiede la problematica che oggi definiamo con l'espressione "interesse ad agire".

La fase *in jure* si concludeva con la *litis contestatio*, ossia la definizione della norma che doveva ricevere esecuzione nella fase *apud iudicem*. Nella ricostruzione della dottrina classica, essa era un contratto stipulato tra le parti ⁽²¹⁾ che aveva l'effetto di novare il rapporto obbligatorio azionato in un'obbligazione processuale che si estendeva al *iudex*, vincolato a decidere la controversia secondo la regola fissata dall'attore e dal convenuto e recepita dal magistrato ⁽²²⁾. Ai fini del ragionamento che segue, questo punto deve essere sottolineato con particolare vigore.

Nell'originario processo *per legis actiones* la fase *in jure* era caratterizzata da un formalismo quasi sacrale, in cui attore e convenuto dovevano pronunziare formule e compiere gesti secondo

⁽¹⁸⁾ G. NICOSIA, *Il processo privato romano, III. Nascita ed evoluzione della giurisdizione*, Catania, 2012, 7 ss.

⁽¹⁹⁾ S. SCHLOSSMANN, *Litis contestatio. Studien zum Römischen Zivilprozess*, Leipzig, 1905, 85 ss.

⁽²⁰⁾ J. G. WOLF, *Die litis contestatio im römischen Zivilprozeß*, Karlsruhe, 1968, 4.

⁽²¹⁾ Così già B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts*, cit., 61. La tesi ha avuto la sua più compiuta formulazione con M. WLASSAK, *Die Litiscontestatio im Formularprozeß*, in *Festschrift für B. Windscheid*, Leipzig, 1889, 72 ss.

⁽²²⁾ Ancora B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts*, cit., 59 ss. La sovrapposibilità del concetto di *novare* con quello di *in iudicium deducere* è, del resto, attestata dalle stesse fonti romane: cfr. Ulp. D. 18, 4, 2, 8; Pau. D. 46, 2, 29.

un rigido protocollo assai formale. Ai fini che in questa sede interessano, giova richiamare il riferimento, nella formula sacrale²³, alla *causa agendi*, ossia alla giustificazione giuridica dell'azione proposta (simboleggiata dall'imposizione della *festuca* sulla *res* controversa):

«[...] *SecVndum sVam caVsam sicVt dixi, ecce tibi, vindictam imposVi*» (24).

La formula sacramentale prevedeva, dunque, l'affermazione della *causa* in ragione della quale l'attore giustificava, sul piano sostanziale, la titolarità del diritto, e su quello processuale l'interesse ad agire in giudizio ("*vindictam imposui*") (25).

Successivamente alla riforma della *lex Aebutia*, il giudizio formulare distinse nettamente tra la valutazione sostanziale del fondamento giuridico della pretesa azionata (oggetto del giudizio di merito) e la valutazione, meramente processuale, della rispondenza della *formula* prescelta rispetto al diritto che l'attore intendeva far valere (26). A differenza che nel processo per *legis actiones*, infatti, nel processo formulare l'azione era causalmente

(23) Gaii. Inst., 4, 16: «*Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciue possent, in iure uindicabantur ad hunc modum: qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM [;] SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam inponebat. aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque uindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM, illi mittebant. qui prior uindicauerat, ita alterum interrogabat: POSTVLO, ANNE DICAS, QVA EX CAVSA VINDICAVERIS? ille respondebat: IVS FECI, SICVT VINDICTAM INPOSVI*».

(24) In realtà, nel testo riportato da Gaio (citato per esteso nella nota precedente), l'espressione «*secundum suam causam*» è seguita da un punto e virgola, per cui si leghebbe al fondamento del diritto affermato nel processo («*meum esse aio secundum suam causam*») e non alla giustificazione dell'azione proposta attraverso l'imposizione della *vindicta* («*secundum suam causam sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui*»). Un'auto-revole dottrina romanistica (G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Le legis actiones*, Roma, 1962, 278 ss.) ha però dimostrato, attraverso il confronto con altri testi e, in particolare, le *Notae* di Probo (4,6), che la *lectio* più corretta è quella accolta nel presente lavoro.

(25) Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., 281.

(26) G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Il processo formulare*, Milano, 1963, 359 ss.

orientata, di guisa tale che ciascuna *formula* era strumentale alla realizzazione di un determinato interesse giuridicamente tutelato: l'obbligo dell'attore di specificare l'*actio* di cui intendeva avvalersi nell'*editio* era finalizzato alla verifica del nesso di strumentalità tra il mezzo processuale prescelto e il diritto fatto valere, e dunque all'ammissibilità dell'azione nella prospettiva della realizzazione dell'interesse avanzato dall'attore (27). Ne consegue che nel processo formulare l'interesse all'azione (lo "*jus iudicio persequendi*") era soggetto ad un giudizio preliminare distinto da quello sull'interesse sostanziale meritevole di tutela ("*ius quod sibi debeat*"), avente ad oggetto la meritevolezza, sul piano causale, dell'azione esperita (28).

Le critiche avanzate alla ricostruzione contrattuale della *litis contestatio* (29) non coinvolgono la conclusione che rileva nella prospettiva del presente lavoro: vale a dire, la circostanza che essa, contratto o meno che fosse, concludesse una fase processuale governata dall'autorità pubblica tesa a verificare la rispondenza della forma processuale prescelta di un interesse meritevole di tutela (30). Tale interesse identificava, appunto, la *causa actionis* (31), che le fonti giustinianee attestavano come elemento dell'azione (32): che la forma processuale fosse funzionale ad uno specifico

(27) E. BETTI, *Processo civile (diritto romano)*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 1108.

(28) Cfr. il già citato Cels. D. 44, 7, 51. Sul punto, S. SCHLOSSMANN, *Litis contestatio*, cit., 88 ss.

(29) S. SCHLOSSMANN, *Litis contestatio*, cit., 125 ss.; e più recentemente, J. G. WOLF, *Die litis contestatio im römischen Zivilprozeß*, cit., 21 ss.

(30) G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, 63 ss.

(31) G. F. PUCHTA, *Ueber die expressa causa bey der Eigenthumsklage und deren Einfluß auf die Exceptio rei iudicatæ*, in *Rhein. Mus. f. Jurisprudenz*, 2 (1828), 252 ss.

(32) Si veda in particolare Pau. D. 44, 2, 14, 2, e Nerat. D. 44, 2, 27. Il secondo passo è particolarmente interessante perché Nerazio si riferisce ad una *causa proxima actionis* che doveva, evidentemente, distinguersi dalla *causa remota*. Dall'esame del passo si può, dunque, ipotizzare che la *causa proxima* identificasse l'interesse concretamente perseguito dall'attore, mentre la *causa remota* era l'interesse astrattamente riconosciuto come meritevole di tutela; sicché appare lecito concludere che la *causa agendi* costituisse un concetto relazionale che implicava la coincidenza della *causa proxima* e della *causa remota*.

interesse⁽³³⁾ o fosse suscettibile di adattarsi, sul piano causale, ad una pluralità di interessi eterogenei, la *causa agendi*, ossia l'interesse giuridicamente tutelato, era la condizione affinché la fase *in jure* si concludesse positivamente con la *litis contestatio*⁽³⁴⁾.

Queste riflessioni consentono di chiarire il significato del riferimento alla *causa agendi* nella formula sacramentale. Si è già dimostrato altrove⁽³⁵⁾ che nel diritto romano l'espressione "*causa*", pur suscettibile di acquisire significati diversi a seconda dei contesti, esprime, però, sempre un'esigenza di raffronto tra lo scopo concreto di un atto e il fine generale a cui l'atto stesso è finalizzato⁽³⁶⁾. Tale significato conserva la propria validità anche a proposito della *litis contestatio*, posta la sua natura pattizia di fonte di un rapporto obbligatorio che, proprio in quanto *obligatio*, doveva necessariamente avere una *causa*. Vi era, dunque, nel diritto romano, una sovrapposizione tra la *causa agendi* e la *causa contrahendi*, posto che entrambe ponevano un vincolo di subordinazione, sul piano della tutela giuridica, tra lo scopo perseguito tra le parti e un interesse pubblico di cui esso doveva essere necessaria espressione.

Ne consegue che, così come l'autonomia privata, la funzione giurisdizionale era strumentale alla realizzazione di una serie di interessi che l'ordinamento dello *jus civile* prima, e quello dello *jus honorarium* poi, riconoscevano come meritevoli di tutela; sicché, la valutazione della *causa agendi* da parte del magistrato nella fase *in jure* del processo civile romano esprimeva un mo-

(33) Come nel caso dell'*actio certae creditae pecuniae*: su cui M. VARVARO, *Condictio e causa actionis*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, LVII (2014), Torino, 2014, 283 ss. (anche per riferimenti alle fonti romane).

(34) Cfr. ancora M. VARVARO, *Condictio e causa actionis*, cit., 273 ss.

(35) R. MANFRELLOTTI, *Alle origini del controllo pubblico sull'autonomia privata: il concetto di causa contractus in Ulpiano (D. II, 14, 7, 1-4)*, in *Econ. pubbl.*, 3, 2022, 441 ss.

(36) L'accostamento tra la *causa agendi* e la *causa contrahendi* è pienamente giustificato, sul piano metodologico, ove si rifletta che, come accennato, nel diritto romano la *litis contestatio* era un vero e proprio accordo tra l'attore e il convenuto sull'oggetto della vertenza (E. BETTI, *Processo civile (diritto romano)*, cit., 1100 e 1103), accordo che doveva avere una propria causa. Sulla similitudine tra la *litis contestatio* e il *compromissum* si veda, testualmente, Pau. D. 4, 8, 1. Il riferimento testuale da cui è maggiormente argomentata la natura contrattuale della *litis contestatio* è però Ulp. D. 15, 1, 3, 11.

mento di controllo pubblico sulla coerenza dell'obiettivo che si proponeva l'attore rispetto allo scopo a cui il processo poteva essere indirizzato per legge (*addictio*).

Se la *causa agendi* si identifica, nel diritto romano, come interesse ad agire, ossia come interesse del privato qualificato da una norma giuridica e posto come scopo di una determinata azione (con particolare evidenza nel processo formulare), ne consegue che tale categoria esprime un'esigenza di finalizzazione della funzione giurisdizionale agli scopi previsti dall'ordinamento.

2. L'interesse ad agire come *causa agendi*.

Dalle sommarie riflessioni compiute nel paragrafo che precede discende che, nel sistema giuridico romano, l'azione doveva essere sorretta da un interesse giuridicamente qualificato di cui il processo si poneva come momento attuativo: l'interesse ad agire, in altri termini, fungeva da causa dell'azione, nel senso chiarito *supra*. L'identificazione tra l'interesse ad agire e la *causa agendi*, ossia la sua assimilazione alla relazione tra lo scopo dell'azione proposta e il fine tipico dello specifico procedimento giurisdizionale attivato, è tuttavia desueto nell'attuale interpretazione dell'art. 100 c.p.c.

Si deve all'autorevolezza del Chiovenda la concezione dell'interesse ad agire come realtà "*di solito*" composta di due elementi, ossia un diritto e uno stato di fatto contrario ad esso ⁽³⁷⁾; il Maestro che definì l'azione come l'attuazione della volontà di legge nel caso concreto ⁽³⁸⁾ non diede alcuno spazio allo scopo della legge nella definizione di una delle condizioni dell'azione, quale, appunto, l'interesse ad agire. Come si è detto, questa impostazione ha condizionato tutti gli studi sull'interesse ad agire nel processo civile senza che ne venisse posta in dubbio il fondamento, preferendo, piuttosto, coerentemente con tale impostazione, limitare l'applicazione dell'art. 100 c.p.c. alle sole azioni di ac-

⁽³⁷⁾ G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 63.

⁽³⁸⁾ G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 82 ss. e *passim*.

certamento (a dispetto della sistematica del codice e della stessa formulazione della disposizione) ovvero decretarne l'inutilità.

Pur senza revocare in dubbio l'assimilazione dell'interesse ad agire ad una situazione di fatto contraria al diritto azionato, si riscontrano, nella riflessione di alcuni studiosi del processo civile, alcune intuizioni che contribuiscono, ai fini del presente lavoro, ad inquadrare la problematica nella sua dimensione corretta. Si è, ad esempio, sostenuto che l'interesse ad agire si determina in funzione dello «scopo che con l'azione si intende perseguire», il quale deve necessariamente consistere in un «vantaggio pratico» che può derivare dall'azione stessa ⁽³⁹⁾. Tale affermazione, se ha il merito di porre la questione dalla prospettiva dello scopo dell'azione, ha però il limite di apprezzare il «vantaggio pratico» su di un piano extragiuridico, una sorta di elemento di fatto oggettivamente evidente a prescindere dalla qualificazione normativa di tale vantaggio come meritevole di tutela. Non sembra seriamente sostenibile che la parte si sobbarchi delle spese e degli oneri di un giudizio senza mirare ad un'utilità pratica; la questione che sembra sfuggire alla tesi in esame è se tale utilità pratica sia riconosciuta dall'ordinamento come meritevole di tutela, ossia se il diritto accessorio alla difesa giurisdizionale sia collegato ad una posizione soggettiva principale rispetto alla quale quella determinata forma processuale è tipizzata (ovvero, per dirla alla Chiovenda, se lo scopo della parte coincida con la c.d. "volontà di legge" alla cui attuazione l'azione proposta è strumentale).

La dottrina in esame ha persino premura di tenere distinta la questione dell'interesse ad agire da quella dell'ammissibilità dell'azione quale mezzo di tutela in rapporto ad un determinato interesse ⁽⁴⁰⁾; al contrario, sembra a chi scrive che il problema dell'interesse ad agire coincida esattamente con quello del rapporto tra il risultato pratico perseguito dall'azione e l'interesse tipico a cui essa è funzionale. Si pensi al caso di un'azione *ex art.*

⁽³⁹⁾ S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1950, 91.

⁽⁴⁰⁾ S. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., 91-92.

950 c.c. esperita, in assenza di un'incertezza sui confini tra due fondi, al fine di guadagnare alla proprietà dell'attore una porzione del fondo confinante del convenuto; o a quello di un'azione *ex art.* 151 c.c. esperita, in assenza dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza o di qualsivoglia pregiudizio per l'educazione della prole, al fine di consentire ai coniugi di fruire delle agevolazioni fiscali sull'immobile di residenza in relazione a due distinti appartamenti. In entrambi questi esempi l'interesse perseguito è diverso da quello a cui il mezzo processuale è funzionalizzato, per cui l'azione difetta dell'interesse *ex art.* 100 c.p.c.: il che non significa, evidentemente, che non vi sia un interesse sotteso all'azione, ma semplicemente che esso non è rilevante ai fini della sua proposizione. In buona sostanza, la disciplina *ex art.* 100 c.p.c. pone, sul piano processuale, un requisito omologo a quello previsto, sul piano sostanziale, dagli artt. 1322, ultimo comma, c.c. e 1325, n. 2, c.c. ⁽⁴¹⁾: come l'autonomia privata trova riconoscimento nell'ordinamento nei limiti in cui è indirizzata verso interessi che esso qualifica come rilevanti, così la tutela processuale è riconosciuta solo se proposta per la realizzazione degli interessi al servizio dei quali è tipizzato il mezzo processuale azionato. Come nel diritto romano, nell'ordinamento vigente la *causa agendi* e la *causa contrahendi* rispondono alla stessa esigenza di garanzia della meritevolezza del traffico giuridico (processuale o sostanziale), e si identifica nel rapporto tra il fine dell'azione e l'interesse astrattamente considerato per il quale è tipizzata ⁽⁴²⁾.

Se si condividono le premesse che precedono, acquista particolare rilevanza la distinzione, ai fini dell'interesse ad agire, tra azioni tipiche, in cui lo strumento processuale è funzionalizzato ad uno scopo tassativamente indicato dalla legge, da quelle

⁽⁴¹⁾ M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004, 138 ss.

⁽⁴²⁾ E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 41, identifica correttamente l'interesse ad agire in un rapporto, i cui termini sono tuttavia individuati nel provvedimento giurisdizionale richiesto (*rectius*: nell'azione proposta) e nella situazione antiggiuridica denunciata. Pur cogliendone la natura relazionale, l'A. non si svincola, tuttavia, dal pregiudizio che identifica nell'interesse ad agire uno stato di fatto *contra jura*.

atipiche, in cui la forma processuale può essere adattata per la realizzazione di qualunque interesse, purché riconosciuto meritevole di tutela ⁽⁴³⁾. La distinzione rileva perché nel primo caso la valutazione dell'interesse ad agire richiede la verifica dell'aderenza della forma processuale utilizzata rispetto allo scopo tipico fissato dalla legge, scopo che può prescindere dalla realizzazione di una posizione giuridica soggettiva autonoma (come nel caso delle azioni possessorie *ex artt.* 1168 ss. c.c.). Le azioni atipiche, viceversa, sono causalmente astratte, nel senso che possono essere utilizzate non in funzione di una specifica *causa agendi* ma per realizzare qualunque interesse giuridicamente protetto, che consiste, di regola, nella soddisfazione di una posizione giuridica soggettiva violata.

Ne consegue che l'identificazione dell'interesse ad agire con una situazione di fatto contraria al diritto coglie solo una parte della definizione della categoria, perché si attaglia soltanto alle azioni atipiche. Peraltro, come accennato, il suo confinamento in una dimensione empirica (e, perciò, extragiuridica), ha condotto l'opinione oggi prevalente a circoscriverne l'operatività alle sole azioni di accertamento: non a quelle costitutive, perché se la sentenza è pronunciata al verificarsi di uno stato di fatto, esso non può essere contrario al diritto, non a quelle di condanna, perché nella prospettiva criticata non sussiste una problematica autonoma dell'interesse ad agire svincolata dall'accertamento dell'esistenza del credito ⁽⁴⁴⁾.

Come si è già rilevato, però, questo modo di ragionare non tiene conto della posizione sistematica dell'art. 100 c.p.c. che, circoscritto alle sole azioni di accertamento, non dovrebbe trovarsi tra le condizioni generali dell'esercizio dell'azione né tra due fondamenti del diritto processuale generale, il principio della domanda e quello del contraddittorio; inoltre, smarrita la sua dimensione normativa, viene degradato a criterio empirico volto ad verificare

⁽⁴³⁾ V. ANDRIOLI, *Art. 100*, in *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1957, 280; nonché B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, cit., 60 ss.

⁽⁴⁴⁾ Per tutti, A. NASI, *Interesse ad agire*, cit., 40 ss.

caso per caso se l'attore consegua una certa utilità dall'accertamento di un certo stato di fatto. Viceversa, inteso come *causa agendi*, l'interesse ad agire riespande tutta la propria rilevanza precettiva indipendentemente sia dalla tipicità dell'azione che dalla natura di accertamento, condanna o costitutiva dell'azione stessa.

In riferimento all'ultima affermazione sembra opportuna qualche precisazione.

Per quanto concerne le azioni costitutive, la forma processuale costituisce il mezzo di realizzazione dell'interesse giuridicamente tutelato, talvolta in via esclusiva (art. 151 c.c.), talaltra no (art. 2932 c.c.). In entrambi i casi la verifica della sussistenza dell'interesse ad agire coincide con il giudizio di corrispondenza tra lo scopo dell'azione proposta e il fine per cui essa è prevista dall'ordinamento.

Analogamente, per le azioni di condanna, il giudizio sulla sussistenza dell'interesse ad agire investe lo scopo dello strumento processuale concretamente esperito in rapporto al riconoscimento giuridico dell'interesse: ad esempio, la tutela del credito nel caso di inadempimento del debitore, qualora non esclusa dalla legge (cfr. artt. 2034 e 2035 c.c.), e talvolta indipendentemente dalla titolarità del rapporto obbligatorio azionato (art. 2900 c.c.). Proprio l'ultimo esempio addotto chiarisce bene ciò che si intende qui sostenere: il creditore che agisce in surrogatoria nei confronti del soggetto tenuto ad una prestazione alimentare verso il suo debitore è privo di interesse ad agire perché tale credito ha natura personale (art. 438 c.c.), per cui la sua azione deve essere dichiarata inammissibile perché proposta in assenza di un interesse ad agire giuridicamente riconosciuto meritevole di tutela. In linea di principio, la difesa processuale finalizzata alla condanna è un diritto accessorio al rapporto obbligatorio dedotto in giudizio: l'interesse ad agire dipende dal riconoscimento giuridico di tale rapporto e dai limiti positivi ad esso, oltre i quali l'interesse del creditore non è più riconosciuto come meritevole di tutela.

Anche nelle azioni di mero accertamento l'interesse ad agire, quale *causa agendi*, presuppone la qualificazione normativa di

un determinato rapporto. Che tali rapporti concernano posizioni soggettive personali (artt. 269 ss. c.c.) o reali (art. 950 c.c.), è, tuttavia, necessario che l'azione di accertamento sia tipica, che sia, cioè, l'ordinamento ad attribuire rilevanza giuridica all'interesse alla certezza in relazione ad un determinato fatto; e l'interesse ad agire sussiste, anche in queste fattispecie, solo in caso di sussunzione del rapporto concreto di cui si chiede l'accertamento nella fattispecie tipica che disciplina l'azione. La conseguenza di questa impostazione è che non è configurabile un'azione generale di accertamento, perché non esiste un diritto soggettivo alla certezza tutelata, in via generale, dall'ordinamento giuridico ⁽⁴⁵⁾.

Come si vede, in tutte e tre le categorie di azioni esperibili ⁽⁴⁶⁾ l'interesse ad agire va valutato sul piano normativo della coincidenza tra l'interesse concretamente perseguito e quello astrattamente tutelato dalla norma che disciplina l'azione. La riconduzione di tale requisito al criterio empirico della contrarietà al diritto della situazione di fatto dedotta in giudizio ne sottrae la verifica a qualsivoglia possibilità di qualificazione normativa, ciò che, in un sistema positivo basato su norme da applicare, è una contraddizione logica. Certamente, la norma *ex* art. 100 c.p.c. richiede un rapporto tra una situazione di fatto e il diritto, ma il fatto ha natura esclusivamente processuale e consiste nell'interesse perseguito dall'attore mediante la sua azione, che deve essere coerente con l'interesse tipico che quell'azione, sul piano del diritto positivo, deve realizzare. Si può anche dire che sussiste interesse ad agire se l'azione è indirizzata, sotto il profilo teleologico, verso il bene della vita che l'ordinamento qualifica come meritevole di tutela e rispetto al quale predispone l'azione proposta.

La ricostruzione dell'interesse ad agire qui accolta ha trovato la sua prima formulazione nella dottrina tedesca a cavaliere delle due guerre mondiali. Essa sottolineò che la funzione principale

⁽⁴⁵⁾ Sulla problematica si può solo rinviare alla ricostruzione di B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, cit., 82 ss.

⁽⁴⁶⁾ Tralasciando le azioni cautelari ed esecutive, riconducibili alle azioni esecutive: così, ancora, A. NASI, *Interesse ad agire*, cit., 41.

del processo è l'attuazione del diritto oggettivo, per come esso trova applicazione attuale, diretta e personale nel diritto soggettivo di cui il singolo chiede tutela; la pretesa dell'attore è meritevole di essere presa in considerazione dalla funzione giurisdizionale solo se finalizzata all'attuazione di una norma, ossia di un interesse riconosciuto dall'ordinamento ⁽⁴⁷⁾. La tesi ha trovato una forte ostilità nel panorama scientifico italiano ⁽⁴⁸⁾, per lo più sulla base del comprensibile ⁽⁴⁹⁾ pregiudizio legato al clima politico in cui essa ha visto la luce. Le critiche investono, soprattutto, la circostanza che essa sembrerebbe svalutare la posizione dell'interesse individuale in rapporto a quello generale dello Stato; ma la critica non coglie nel segno. La selezione degli interessi meritevoli di tutela costituisce un'esigenza di tutti gli ordinamenti giuridici, ivi compresi quelli ispirati al valore della centralità della persona. La necessaria dimensione pubblicistica dell'interesse individuale risponde ad una elementare esigenza di razionalizzazione delle risorse statali, strumentali alla realizzazione di interessi riconosciuti come prevalenti e, per questo, *lato sensu* pubblici. Non vi è interesse individuale che non sia garantito dalle funzioni sovrane in quanto recepito e fatto proprio dal soggetto pubblico. Tale ragionamento è applicabile anche alla funzione giurisdizionale; ne consegue che l'interesse ad agire si pone come necessario momento di coincidenza tra il bene a cui aspira l'attore e gli obiettivi che il sistema positivo prevede come meritevoli di perseguimento. Questa constatazione è comprovata dalla disamina del diritto processuale positivo, il quale avverte, in talune fattispecie, tanto preminente la

⁽⁴⁷⁾ A. SCHÖNKE, *Il bisogno di tutela giuridica (un concetto giusprocessualistico fondamentale)*, tr. it., in *Riv. dir. proc.*, 1948, 132 ss. e 140 in part.

⁽⁴⁸⁾ E. ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica?*, in *Id.*, *Problemi di diritto. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale ed altri studi*, Milano, 1957, 227 ss.; e più recentemente, M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 43 ss.

⁽⁴⁹⁾ Comprensibile, ma non giustificabile, ove si rifletta che le ricostruzioni giuridiche recepite (talvolta parzialmente) dai sistemi totalitari non sono il diretto prodotto di tali sistemi, ma il punto di approdo di concezioni scientifiche preesistenti: così L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, cit., 83.

dimensione pubblicistica dell'interesse azionato da richiedere la partecipazione al giudizio del pubblico ministero ⁽⁵⁰⁾.

Alla luce delle considerazioni che precedono si comprende che l'interesse ad agire svolge un ruolo di primo piano, sul piano costituzionale, nella salvaguardia dell'accessorietà del diritto di difesa rispetto agli interessi costituzionalmente tutelati. L'art. 24 Cost. riconosce il diritto inviolabile ad attivare la funzione pubblica giurisdizionale. Ma tale manifestazione della sovranità statale, in quanto funzione, deve essere al pari delle altre funzioni, teleologicamente indirizzata verso obiettivi che l'ordinamento qualifica come meritevoli di tutela ⁽⁵¹⁾. L'azione, quale diritto di impulso dell'esercizio della giurisdizione, è uno strumento volto a realizzare gli interessi del singolo, ma nei limiti in cui tali interessi siano riconosciuti e garantiti dal diritto positivo. In questa prospettiva, l'interesse ad agire, ricostruito quale relazione tra il fine del processo e un interesse giuridicamente tutelato, assolve a tale ruolo fondamentale di proiezione dell'azione (e del processo) verso un fine posto dal sistema: evita un modello processuale autoreferenziale, piegato al capriccio dell'attore perché privo di argini o di scopo, e si pone come nesso logico-giuridico tra il diritto alla difesa giurisdizionale e la posizione principale alla quale essa si lega.

Il diritto di attivare la funzione pubblica giurisdizionale presuppone che l'interesse azionato trascenda la dimensione personale e venga qualificato meritevole di tutela sul piano dell'ordinamento giuridico. La funzione accessoria dell'art. 24 Cost. implica che il giudice debba operare una preliminare valutazione, quanto all'interesse perseguito mediante il processo, circa la sua coerenza con un parametro normativo che ne preveda la realizzazione nonché, per quanto riguarda le azioni tipiche, circa la coerenza tra la forma processuale utilizzata e l'interesse a cui essa è funzio-

⁽⁵⁰⁾ Si pensi ai giudizi in materia matrimoniale, in materia di interdizione o inabilitazione nonché, in alcune ipotesi, in materia fallimentare.

⁽⁵¹⁾ *Amplius*, se si vuole, R. MANFRELLOTTI, *La problematica della causa dell'atto nella dottrina della funzione pubblica*, Napoli, 2023, 71 ss.

nalizzata. Così intesa, la norma *ex art. 100 c.p.c.* recupera il suo ruolo centrale all'interno delle condizioni dell'azione e risulta coerente con la scelta del Costituente di plasmare il diritto *ex art. 24 Cost.* in una funzione ancillare, servente e accessoria rispetto agli interessi costituzionalmente garantiti. L'interesse ad agire, in qualità di *causa agendi*, assicura che il mezzo processuale non sia piegato verso interessi diversi da quelli qualificati come rilevanti dall'ordinamento, impedendo un abuso del processo al fine di dare attuazione a ragioni futili, abominevoli o, comunque, suscettibili di realizzazione in una forma processuale differente da quella prescelta dall'attore. L'*art. 24 Cost.* va, dunque, interpretato unitamente al principio del giusto processo *ex art. 111 Cost.* ⁽⁵²⁾, nel senso che al di fuori di una qualificazione normativa dello scopo del processo, ossia della "giustizia" dello stesso in una prospettiva positiva, vi è un abuso del diritto di azione. In altre parole, il diritto *ex art. 24 Cost.* non si configura come semplice *agere*, bensì come *agere licere*, ossia come riconoscimento dell'azione nel quadro di finalità riconosciute dal sistema normativo.

Un'autorevole dottrina ⁽⁵³⁾ ha tratto dalla ricostruzione che precede le sue logiche conseguenze spostando il discorso dall'azione astrattamente considerata all'atto processuale introduttivo che ne costituisce l'esercizio. Si è osservato che la problematica dell'interesse ad agire non è altro che la declinazione, sul piano degli atti processuali, di una questione che attiene agli atti giuridici in generale, ogni qual volta si ponga il problema della coerenza tra il fine concretamente perseguito da un atto e lo scopo tipico della funzione che l'ordinamento assegna a quell'atto determinato. L'interesse ad agire si identifica, in parole povere, con la causa degli atti processuali, ossia con la coerenza della finalità dell'atto rispetto all'interesse o agli interessi alla cui cura è strumentale il tipo a cui esso appartiene. L'esigenza di coerenza dell'atto rispet-

⁽⁵²⁾ Secondo l'approccio metodologico di M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit., 127 ss.

⁽⁵³⁾ F. CARNELUTTI, *Postilla a A. SCHÖNKE, Il bisogno di tutela giuridica*, cit., 153. Dello stesso A. si veda anche, *amplius*, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 99 ss.

to al suo scopo tipico è riconosciuta, del resto, dallo stesso diritto positivo, nel senso di comminarne la nullità quando l'atto difetti dei requisiti formali necessari per il raggiungimento di tale scopo (art. 156, comma 2, c.p.c.) ma, altresì, nel senso di escluderla in ogni caso in cui, pur in assenza di tali requisiti, tale scopo sia, nel caso concreto, raggiunto (art. 156, comma 3, c.p.c.).

Alla causa degli atti processuali si lega, appunto, l'interesse ad agire. Quando l'atto introduttivo ⁽⁵⁴⁾ persegue uno scopo meritevole di tutela, perché finalizzato alla realizzazione di una posizione giuridica riconosciuta dall'ordinamento, l'interesse concreto fatto valere dall'attore è sussumibile in quello astrattamente perseguito dalla funzione pubblica giurisdizionale: sul piano oggettivo, l'atto possiede una propria causa, su quello soggettivo l'attore è portatore di un interesse ad agire giuridicamente riconosciuto. Quando ciò non accade, viceversa, l'atto difetta di causa, e l'attore difetta dell'interesse ad agire. Giova ribadire che la misura di tale interesse non è data dal valore che l'attore attribuisce al bene a cui aspira, ma dal fatto oggettivo che tale bene sia riconosciuto dall'ordinamento e che sia perseguibile nelle forme processuali concretamente utilizzate⁵⁵.

La ricostruzione sopra accennata è stata riproposta, in tempi relativamente recenti, da una dottrina che, pur valorizzando, sul piano scientifico, il requisito causale degli atti processuali, ha tuttavia distinto tra lo scopo del processo (causa) e l'utilità per l'attore del processo stesso (interesse ad agire), sulla base di un giudizio di meritevolezza della tutela perseguita che andrebbe apprezzato dal giudice e, perciò, prescinderebbe dalla qualificazione positiva dell'interesse azionato ⁽⁵⁶⁾. La tesi, che ha l'indubbio merito di

(54) Si tralascia, per ora, il problema dell'interesse a contraddire, su cui si svolgerà qualche considerazione nel prosieguo.

(55) A. SCHÖNKE, *Il bisogno di tutela giuridica*, cit., 148, ricorda il curioso caso, tratto dall'esperienza francese, in cui è stato pronunciato il difetto di interesse ad agire in capo ad un traduttore che si doleva che nella pubblicazione, prima del suo nome, non fosse stato apposto il proprio titolo nobiliare.

(56) M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit., 171 ss. Più recentemente, la tesi è stata riproposta, se ben si intende, da F. LOCATELLI, *L'interesse ad agire*.

riproporre all'attenzione della comunità scientifica l'importanza del requisito causale dell'atto, incorre, tuttavia, nell'equivoco di ricondurre l'apprezzamento della meritevolezza dello scopo del processo, così come quella dell'interesse ad agire, a un criterio empirico nella piena disponibilità del giudice, indipendente da vincoli precettivi. In realtà, come visto, lo scopo del processo è rappresentato dall'interesse riconosciuto dall'ordinamento come meritevole di tutela a cui la forma processuale è servente, rispetto al quale va valutato il fine perseguito dall'attore nell'azione concretamente esperita (*id est*: nell'atto introduttivo); lo scopo del processo e l'utilità per l'attore sono concetti coincidenti, e implicano il raffronto, sotto il profilo teleologico, tra l'atto processuale specifico con il tipo di cui esso è espressione. La valutazione di coincidenza dell'interesse concretamente perseguito con il fine del tipo processuale astrattamente considerato identifica la causa dell'azione, ossia l'interesse ad agire.

Si può quindi concludere che l'interesse ad agire si pone come requisito dell'atto processuale e si identifica nella causa dell'atto stesso.

3. Giusnaturalismo e positivismo nel prisma della problematica dell'azione. Azioni di mero accertamento e accesso incidentale alla Corte costituzionale.

Le considerazioni che precedono offrono un rilevante spunto di riflessione per quanto concerne il rapporto tra i pubblici poteri nella prospettiva della tutela degli interessi privati. La limitata prospettiva del presente lavoro impedisce una trattazione esaustiva della problematica, alla quale sembra, tuttavia, necessario dedicare almeno un breve cenno.

La tesi che qui si sostiene postula un nesso causale tra la posizione soggettiva accessoria della difesa giurisdizionale concretamente fatta valere e la posizione soggettiva principale che richiede, necessariamente, una qualificazione normativa: in assenza di

un riconoscimento da parte dell'ordinamento, l'atto introduttivo del giudizio proposto dal privato è privo del requisito causale e il giudice dovrà respingerne l'istanza, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., per difetto dell'interesse ad agire. La causa dell'atto introduttivo, ossia la relazione tra l'azione e l'interesse giuridicamente qualificato da una norma, è ciò che garantisce il carattere accessorio del diritto alla difesa giurisdizionale e ne sancisce il necessario legame con una posizione soggettiva primaria; se si prescindesse dall'elemento causale, ovvero dall'interesse ad agire, il diritto di agire in giudizio si trasformerebbe, come in talune ricostruzioni del diritto romano, in una sorta di "metadiritto" suscettibile di dare tutela a qualunque interesse, spostando la scelta politica relativa alla sua meritevolezza sul giudice della controversia.

Tale conclusione, tuttavia, non può dirsi pacifica. Sin dal suo sorgere, la polemica sull'autonomia o sulla strumentalità dell'azione ha espresso, sul piano dommatico, la contrapposizione tra positivismo e giusnaturalismo quanto al riconoscimento dei diritti soggettivi: in particolare, la ricostruzione dell'azione come categoria autonoma e astratta attraverso la quale il singolo avrebbe la possibilità di dare tutela agli interessi emersi all'interno del tessuto sociale ha costituito la conseguenza di una concezione, di matrice giusnaturalistica, per la quale tali interessi possiederebbero una giuridicità intrinseca che prescinde da un'espressa qualificazione normativa ⁽⁵⁷⁾. La ricostruzione oggi prevalente dell'interesse ad agire, che lo circoscrive ad una valutazione empirica operata dal giudice, sembra muoversi nel solco di tale concezione. Il giudice opererebbe in una sorta di posizione di terzietà nei confronti dello Stato apparato e dei suoi poteri (ivi compreso il legislatore) che gli consentirebbe di estendere i confini della sua discrezionalità interpretativa fino alle soglie del "consenso" o della "coscienza" sociale, nei casi in cui il decisore politico non abbia potuto o voluto recepire le nuove istanze emerse nella collettività ⁽⁵⁸⁾. La tesi

⁽⁵⁷⁾ R. ORESTANO, *Azione in generale. a) Storia del problema*, cit., 788 ss.

⁽⁵⁸⁾ D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, Napoli, 2008, in part. 141 ss.

esprime il disagio derivante dalla constatazione di un “declino della politica” ⁽⁵⁹⁾ che spesso opera lontano dal corpo sociale; e tuttavia, a noi sembra che l’abbandono di una dimensione giuspositiva sia un rimedio assai peggiore del problema che si aspira a risolvere.

La prima esigenza che verrebbe frustrata è, naturalmente, la certezza del diritto. Prescindendo da una qualificazione normativa, rimettere al giudice la selezione degli interessi meritevoli di essere dedotti in giudizio comporta una insopprimibile incertezza sugli obblighi strumentali alla realizzazione di tali interessi, rimessi alla scelta, caso per caso, dei magistrati chiamati a pronunziarsi, di volta in volta, sulle controversie. Connessa a tale questione vi è, non meno centrale, quella della responsabilità della selezione: il legislatore è un organo politico nel quale le forze ivi rappresentate devono affrontare, al termine della legislatura, il giudizio del corpo elettorale anche sotto il profilo di come abbiano saputo dar voce alle istanze emergenti nel tessuto sociale, lì dove i magistrati sono funzionari politicamente irresponsabili sottoposti all’osservanza della legge ⁽⁶⁰⁾. Ne consegue che mettere in discussione la soggezione del giudice alle scelte politiche del Parlamento, sulla base di una valutazione, anch’essa politica, circa l’inidoneità dell’organo rappresentativo a recepire gli interessi di nuova emersione, significa porre in dubbio lo stesso principio democratico ⁽⁶¹⁾.

Il giudice esercita una funzione vincolata all’interpretazione del parametro che deve applicare, nell’esercizio della quale gode, certamente, del margine di apprezzamento, più o meno ampio, connesso all’attività ermeneutica, e che tuttavia incontra il limite della coerenza, logica e assiologica, con il parametro stesso e con la scelta politica che esso esprime ⁽⁶²⁾: nel sistema costituzionale vigente,

⁽⁵⁹⁾ Ancora D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*, cit., 99 ss.

⁽⁶⁰⁾ *Amplius*, L. LONGHI, *La democrazia giurisdizionale*, Napoli, 2021, in part. 31 ss.

⁽⁶¹⁾ Ancora L. LONGHI, *La democrazia giurisdizionale*, cit., 79 ss., anche per ulteriori riferimenti.

⁽⁶²⁾ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, in part. 157 ss.; L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, cit., 16 ss.; E. PARESCE, *Interpretazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 227 ss.

al giudice è precluso dare tutela a interessi che si collochino oltre i confini della norma, né può prestarsi ad essere utilizzato come un “creatore di diritti” (come è avvenuto a proposito di questioni particolarmente scottanti, quali la bioetica, la disciplina del fine vita, il riconoscimento giuridico delle coppie di fatto, e così via) senza usurpare la funzione legislativa delle Camere ⁽⁶³⁾. A presidio del rispetto di tali limiti si colloca il requisito dell’interesse ad agire, quale nesso causale tra l’azione proposta e una posizione soggettiva necessariamente tipica, in quanto riconosciuta da una norma ⁽⁶⁴⁾.

Una tematica connessa a quella ora riassunta, ma diversa, è quella dell’utilizzo di forme tipiche processuali al fine di estendere i mezzi di tutela di posizioni soggettive riconosciute dall’ordinamento. In particolare, nella prospettiva del costituzionalista assume particolare rilievo la proposizione di un’azione di mero accertamento finalizzata alla promozione di una questione di legittimità costituzionale.

Si tratta del caso all’origine delle celeberrime sentenze del 13 gennaio 2014, n. 1 e del 9 febbraio 2017, n. 35 della Corte costituzionale. Sebbene la posizione soggettiva dedotta nel giudizio *a quo* sia la medesima, la vicenda offre uno spunto di riflessione significativo nella definizione dei limiti dell’interesse ad agire per l’accertamento di un diritto che si assuma violato dalla disciplina legislativa. Come rimarcato dalla dottrina ⁽⁶⁵⁾, tali limiti segnano il confine tra una inammissibile *lis ficta* e l’esercizio legittimo di un’azione di accertamento; il che presuppone, naturalmente, la soluzione dell’interrogativo sull’ammissibilità di un’azione generale di accertamento al di fuori delle ipotesi in cui essa è tipica-

⁽⁶³⁾ M. CARRER, *Profili teorici e costituzionali dell’azione in giudizio*, cit., 190 ss.; M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 166 ss.

⁽⁶⁴⁾ Che l’art. 24 Cost. è posto «a tutela dei diritti a condizione che questi siano effettivamente e validamente riconosciuti dall’ordinamento» è un’argomentazione spesa dalla difesa erariale nel caso deciso da Corte cost. (ord.), 9 luglio 2014, n. 194, che il Giudice delle leggi mostra di recepire nell’argomentare sulla inammissibilità della questione.

⁽⁶⁵⁾ G. D’AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, 2018, in part. 117 ss.

mente prevista ⁽⁶⁶⁾. Se si accoglie la nozione proposta di interesse ad agire, per le azioni di mero accertamento esso può considerarsi giuridicamente tutelato in tutte le ipotesi in cui si intende rimuovere uno stato di incertezza per quanto concerne gli elementi di una situazione di fatto che ne consentano la sussunzione in una norma ricognitiva di una posizione soggettiva, ovvero per quanto concerne il contenuto di una posizione soggettiva di cui egli sia titolare. La prospettiva adottata nel corso della presente riflessione di svincolare l'interesse ad agire da qualsiasi considerazione empirica rende irrilevante la circostanza che la posizione soggettiva oggetto di accertamento sia o meno contestata da una controparte: l'attore è arbitro esclusivo del proprio interesse ad accertare la titolarità e il contenuto dei propri diritti, per cui deve ritenersi libero di sobbarcarsi degli oneri di un processo qualora ne ritenga l'opportunità, a condizione, tuttavia, che l'interesse di cui chiede l'accertamento sia contemplato dall'ordinamento giuridico.

L'azione di accertamento può, quindi, dar luogo all'incidente di legittimità costituzionale o sotto il profilo della formulazione della norma qualificativa della fattispecie che limiti la sussunzione di alcune situazioni di fatto ⁽⁶⁷⁾, o sotto quello della limitazione delle facoltà spettanti al titolare di una posizione giuridica soggettiva ⁽⁶⁸⁾. Al riguardo, la Corte costituzionale ⁽⁶⁹⁾ ha precisato che il *discrimen* da considerare per l'ammissibilità della questione riguarda l'oggetto dell'azione di accertamento: se esso è limitato ai profili considerati dalla disciplina che si assume illegittima, si ricade nella preclusione della *fictio litis*, se invece l'accertamento concerne la

⁽⁶⁶⁾ Per una panoramica dei contributi più significativi, ancora G. D'AMICO, *Azione di accertamento*, cit., 43 ss.

⁽⁶⁷⁾ Si pensi all'accertamento del diritto di elettorato passivo di un soggetto rientrante in una causa di ineleggibilità assunta come illegittima. Si tratta del caso deciso da Corte cost., 3 marzo 2006, n. 84 la quale ha dichiarato, tuttavia, inammissibile la questione ritenendo coincidente l'oggetto del giudizio di accertamento e di quello di legittimità costituzionale.

⁽⁶⁸⁾ Ad esempio, le facoltà che concretano il diritto di voto, come avvenuto nella nota giurisprudenza costituzionale più volte richiamata.

⁽⁶⁹⁾ Si vedano le citate sentenze del 3 marzo 2006, n. 84 e del 13 gennaio 2014, n. 1 da cui è tratta anche l'espressione testuale riportata subito *infra*.

posizione soggettiva nella sua globalità esso non può considerarsi «totalmente assorbito dalla sentenza di questa Corte, in quanto residuerebbe la verifica delle altre condizioni cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto». Ciò che interessa sottolineare nella prospettiva di queste pagine è che il giudizio sull'ammissibilità della questione non concerne la sussistenza dell'interesse ad agire, considerato in una dimensione puramente normativa e indipendente dalla sussistenza di un attuale stato di fatto impeditivo o limitativo dell'esercizio del diritto azionato ⁽⁷⁰⁾.

4. Interesse ad agire e *causa agendi* nel processo penale e nel processo amministrativo.

L'interesse ad agire come *causa agendi*, ricostruito nella maniera che precede, deve ora essere verificato nel sistema processuale penale e amministrativo. Quanto al primo, proprio l'ovvia constatazione che l'azione penale non costituisce l'esercizio di un diritto, ma di un obbligo a carico del Pubblico Ministero (art. 112 Cost.), ed è perciò al di là della valutazione discrezionale che connota l'azione civile ⁽⁷¹⁾ accentua il nesso di funzionalità tra l'azione proposta e l'interesse meritevole di tutela contemplato dalla norma penale. Ovviamente, trattandosi di adempimento di una pubblica funzione, l'azione penale non presenta il carattere di posizione soggettiva accessoria (il P.M. esercita un obbligo, non un diritto) e può essere, pertanto, tralasciata in questa sede. Analogamente non sembra necessario affrontare le problematiche legate all'atto di costituzione di parte civile, sia per la peculiarità della fattispecie processuale ⁽⁷²⁾, sia perché, a seguito della novella dell'art. 78 c.p.p., esso è equiparato all'atto introduttivo nel

⁽⁷⁰⁾ Cfr. G. D'AMICO, *Azione di accertamento*, cit., 124 ss.

⁽⁷¹⁾ M. CARRER, *Profili teorici e costituzionali dell'azione in giudizio*, cit., 150.

⁽⁷²⁾ La parte civile non esercita l'azione penale, e presenta maggiormente le caratteristiche dell'interventore nel processo da altri iniziato. L'analisi dell'interesse sotteso all'intervento, che certamente costituisce una figura peculiare dell'interesse ad agire, è già stata oggetto di qualche considerazione, da parte di chi scrive, in R. MANFRELOTTI, *Le posizioni soggettive quiescenti: contributo alla teoria generale dell'intervento adesivo nel processo*, in *Il Processo*, 2, 2021, 231 ss.

processo civile ⁽⁷³⁾ e può, quindi, rinviarsi alle considerazioni sul carattere accessorio dell'interesse ad agire rispetto ad una posizione soggettiva primaria svolte nelle pagine precedenti: in estrema sintesi la parte civile agisce per la tutela di una propria posizione soggettiva, che deve sussistere indipendentemente dall'interesse pubblico connesso alla norma penale ⁽⁷⁴⁾.

La problematica dell'interesse a ricorrere nel processo amministrativo in rapporto alle conclusioni cui si è giunti richiede, invece, una verifica a parte. I confini dell'istituto appaiono ancora più nebulosi che nel processo civile. A lungo incerta è stata la delimitazione della stessa figura soggettiva primaria a cui l'interesse a ricorrere è strumentale, ossia l'interesse legittimo, del quale ancora alla fine del XX secolo si discuteva il rilievo (anche) sostanziale o (meramente) processuale: ciò ha contribuito alla confusione tra l'interesse e la legittimazione ad agire ⁽⁷⁵⁾, di cui ancora oggi vi è l'eco nella giurisprudenza, e che invece identificano due aspetti diversi riferendosi quello alla struttura della posizione soggettiva, questa alla sua titolarità. Né ha contribuito al corretto inquadramento dommatico della problematica l'influenza della dominante dottrina del processo civile, che identificando, come visto, l'interesse ad agire in una situazione di fatto *contra jus*, ha contribuito alla formula, ancora oggi tralaticciamente riportata, che lo identifica nella situazione dannosa conseguenza diretta, immediata ed attuale di un provvedimento assunto come illegittimo. Tale concezione ripresenta, ad avviso di chi scrive, gli stessi vizi riferibili alla ricostruzione dell'interesse ad agire nel processo civile, e rende necessaria una riflessione sull'istituto che

⁽⁷³⁾ Cass. pen., Sez. Un., 21 settembre 2023, n. 38481.

⁽⁷⁴⁾ Non è, per esempio, ammissibile la costituzione di parte civile nel processo penale a carico di un dipendente comunale imputato di reati contro la p.a. di un consigliere, perché questi non vanta una posizione giuridica soggettiva nei confronti del pubblico impiegato.

⁽⁷⁵⁾ Si tratta di una confusione concettuale ripetutamente segnalata dalla dottrina. Tra i contributi più recenti, anche per ulteriori riferimenti, S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, 48 ss.; F. SAIITA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 524 ss.

si concentri, sul piano metodologico, sulla dimensione dommatica e normativa senza indulgere a criteri empirici e casistici che poco contribuiscono alla chiarezza del concetto.

Il punto di partenza di un corretto inquadramento dommatico della problematica è la constatazione che il processo amministrativo, in quanto avente ad oggetto l'espressione di una funzione diretta alla cura di interessi generali, è suscettibile di impattare, assai più del processo civile, su una quantità sconfinata di interessi; esso è pertanto, contemporaneamente, una giurisdizione di diritto "oggettivo", in quanto ontologicamente orientata alla coerenza dell'azione amministrativa con i parametri legislativi che definiscono l'interesse pubblico ⁽⁷⁶⁾, ma, altresì, di diritto "soggettivo", essendo costruito lo strumento processuale come garanzia di posizione soggettive che, differenziandosi e qualificandosi dalla generalità degli interessi sociali, possono accedere alla dimensione del giudizio ⁽⁷⁷⁾. Il giudizio sulla funzione amministrativa presenta, dunque, una commistione tra l'interesse pubblico, che esige il corretto perseguimento, da parte dell'amministrazione, della sua missione, sia sotto il profilo delle forme che sotto quello dei contenuti, e quello privato, individualmente e specificamente leso nell'ipotesi in cui l'amministrazione abbia fallito i propri scopi imposti dalla legge o vi sia giunta in maniera illegittima. Ne consegue che anche nel processo amministrativo l'esercizio del diritto di agire in giudizio deve legarsi ad una previa scelta politica, espressa in una norma, che selezioni, nella massa degli interessi di mero fatto, quelli ritenuti meritevoli di tutela innanzi al giudice: non basta che il ricorrente lamenti la sola illegittimità

(76) Interesse pubblico che, in qualche misura, contribuisce a definire la stessa posizione soggettiva fatta valere in giudizio, ossia l'interesse legittimo: il quale, nella ricostruzione oggi dominante (di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 87 ss.), configura un obbligo di prestazione in capo alla pubblica amministrazione solo all'esito di una valutazione discrezionale di coincidenza tra l'interesse dedotto dal privato e quello pubblico espresso dalla stessa amministrazione.

(77) Sulla dicotomia tra giurisdizione oggettiva e soggettiva si vedano le considerazioni di V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 364 ss.

del provvedimento, se non ne abbia tratto un pregiudizio normativamente qualificato che lo differenzi dagli *omnes* generalmente interessati alla legalità della funzione amministrativa. L'esercizio dell'azione non correlato ad una posizione soggettiva tipica renderebbe il privato un rappresentante del solo interesse generale, stravolgendo il carattere accessorio del diritto di agire in giudizio e lo stesso disegno costituzionale dell'art. 24 che vede nella difesa giurisdizionale un mezzo di realizzazione di interessi privati riconosciuti come meritevoli di tutela. Sicché deve, ad esempio, ritenersi privo di rilevanza giuridica l'interesse del vicino all'impugnazione di una licenza edilizia sulla base dell'asserito pregiudizio al godimento del panorama, ma non se l'azione è proposta per evitare una diminuzione patrimoniale direttamente conseguente alla realizzazione della costruzione autorizzata: e questo perché il mero godimento del panorama non configura una posizione giuridica soggettiva, la proprietà sì ⁽⁷⁸⁾.

Un discorso a parte meritano le questioni dell'*actio popularis* e dell'interesse ad agire di enti esponenziali di interessi diffusi. Nel primo caso, per scelta del legislatore, il processo amministrativo perde il suo carattere di giurisdizione soggettiva e viene disciplinato come mezzo a tutela del solo interesse pubblico, rappresentato dal ricorrente: si è, evidentemente, al di fuori della fattispecie *ex art 24 Cost.*, perché l'iniziativa processuale non dipende da una posizione soggettiva primaria da realizzare. Nella seconda ipotesi il sistema delinea una legittimazione oggettiva che prescinde dall'interesse ad agire, secondo un modello che si va diffondendo in misura sempre maggiore nella legislazione ⁽⁷⁹⁾ attraverso la previsione di azioni promosse da soggetti a tutela dell'interesse pubblico specifico che essi sono chiamati a perseguire (come nel caso dell'AGCM o dell'ANAC, ma altresì del prefetto ai sensi dell'art. 70, comma 2, del d. lgs. 267 del 2000,

⁽⁷⁸⁾ F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 774 ss.

⁽⁷⁹⁾ V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva"*, cit., 376 ss.

la cui iniziativa processuale è accomunata, *per tabulas*, all'azione popolare).

In termini analoghi deve, a parere di chi scrive, inquadrarsi anche la legittimazione degli enti esponenziali degli interessi diffusi, ossia di quegli interessi che, per definizione, non trovano un centro di imputazione determinato e si trovano riferiti alla collettività nel suo complesso; ne consegue che gli interessi diffusi sono interessi pubblici generali che l'ordinamento non riconosce come posizioni soggettive autonome. Sotto altro profilo, gli interessi diffusi debbono però, necessariamente, trovare un riconoscimento normativo, perché diversamente sarebbero interessi di mero fatto e, per questo, giuridicamente irrilevanti: in un sistema fondato su qualificazioni normative, non è, infatti, pensabile che una determinata istanza possa essere portata alla cognizione del giudice prescindendo da una valutazione politica di meritevolezza espressa da una norma, per il solo fatto che un gruppo più o meno nutrito di persone fisiche costituisca un'associazione che si proponga di darvi tutela al di fuori dei meccanismi costituzionali di produzione normativa e di integrazione politica.

Le considerazioni, certamente non originali, che precedono consentono di riassumere la problematica degli interessi diffusi nella guisa che segue. L'ordinamento giuridico compie una scelta politica sugli interessi che intende tutelare e che ne rappresentano gli obiettivi, ma il riconoscimento avviene secondo tecniche diverse. Come già autorevolmente rilevato da una non recente dottrina⁽⁸⁰⁾, solo alcuni di tali interessi vengono individualizzati attraverso l'individuazione di una categoria di titolari, cui ne sono rimesse le iniziative volte alla loro salvaguardia, e la disciplina di una prestazione a carico di soggetti passivi, determinati o indeterminati, dando luogo a posizioni giuridiche soggettive; altri sono, invece, perseguiti direttamente dal soggetto pubblico indipendentemente dalla loro consistenza in diritti soggettivi (o in interessi legittimi), identificando una categoria di interessi pubblici

⁽⁸⁰⁾ G. SCHWARZ, *Rechtssubjekt und Rechtszweck*, in *Arch. Bür. R.*, 32 (1908), 31 ss.

in senso stretto o, se si vuole, di interessi diffusi, mancandone la definizione tipica dei titolari (si pensi all'ambiente, al paesaggio, all'eredità culturale, e così via). Quando tali interessi vengono espressi da enti, dando luogo ad interessi collettivi, si verifica un fenomeno per il quale un interesse pubblico si trova rappresentato (anche) da un soggetto di diritto privato, che si attiva per la sua cura. Questo si erge a portatore di tale interesse, ma non vanta una posizione soggettiva perché essa presuppone la definizione tipica, da parte dell'ordinamento, dei soggetti passivi, delle prestazioni e dei limiti della tutela ⁽⁸¹⁾. Nel caso delle posizioni soggettive, l'interesse è direttamente riferito al titolare, a cui è rimessa, in via principale, la salvaguardia; nel caso degli interessi collettivi, l'interesse è invece pubblico, oggetto di una funzione pubblica finalizzata alla sua realizzazione sulla quale il soggetto privato esercita un ruolo, ancillare, secondario e indiretto, di controllo. La circostanza che l'ente esponenziale deduce in giudizio non una posizione soggettiva propria, ma un interesse pubblico, ne assimila la posizione processuale all'attore di un'*actio popularis* o all'amministrazione nel caso di legittimazione oggettiva.

Ne consegue che gli interessi collettivi non configurano posizioni soggettive, così come non può ritenersi accessorio alla realizzazione di un diritto soggettivo l'esercizio di un'azione da parte di un *quivis de populo*, quando ammessa, o di una determinata amministrazione in caso di legittimazione oggettiva. Tali fattispecie, che presentano una significativa analogia con l'azione penale disciplinata dall'art. 112 Cost. ⁽⁸²⁾, esulano, a stretto rigore, dalla prospettiva del presente lavoro. Ci si può quindi limitare a osservare che si tratta di ipotesi tipiche in cui l'accesso al giudizio è svincolato dalla realizzazione di una posizione soggettiva, ma non da un interesse qualificato dal sistema come meritevole

⁽⁸¹⁾ Ancora G. SCHWARZ, *Rechtssubjekt und Rechtszweck*, cit., 28.

⁽⁸²⁾ L'analogia si limita, ovviamente, all'interesse, meramente pubblico, dedotto in giudizio: l'esercizio della relativa azione è rimesso, tuttavia, ad una valutazione politica del soggetto, rispetto a cui, a differenza che nel caso del P.M., non è configurabile nessun obbligo.

di tutela e sottoposto alla cura dell'autorità pubblica. Come si è detto, le posizioni soggettive non costituiscono l'unica modalità attraverso cui l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica, e la conseguente garanzia, agli interessi che ne rappresentano lo scopo; tuttavia, anche gli interessi meramente pubblici sono tali perché oggetto di riconoscimento e garanzia sul piano normativo. Ne consegue che le azioni proposte a tutela di siffatti interessi pubblici debbono mantenere, in ogni caso, un nesso causale con l'interesse pubblico specifico e qualificato dalla norma che le legittima: l'eventuale azione del Garante della Concorrenza o di un'associazione ambientalista proposta a tutela della stabilità finanziaria di un ente sarebbe priva di causa e sarebbe, pertanto, inammissibile per difetto dell'interesse ad agire.

Un'ultima questione da affrontare è se, in assenza di una posizione soggettiva primaria dedotta in giudizio, l'esercizio di tali azioni configuri l'esercizio di un diritto di difesa atipico ovvero debba essere costruito secondo altre categorie. La problematica non sembra presentare, tuttavia, risvolti pratici sotto il profilo delle conseguenze connesse all'una o all'altra ricostruzione, ma presenta, comunque, una rilevanza non piccola sul piano dommatico. Sul piano del diritto positivo, giova richiamare il raffronto tra tali fattispecie e l'art. 112 Cost.; tale norma, come visto, disciplina l'azione penale come un obbligo a carico del soggetto pubblico, mentre nel caso che ci occupa ne è sottoposta alla discrezionalità ed è da questi disponibile. Sotto altro profilo, si è pure detto che, nella ricostruzione che qui si accoglie, il paradigma normativo del diritto soggettivo è una modalità attraverso cui l'ordinamento persegue i propri obiettivi in maniera indiretta, rimettendone la realizzazione a centri di imputazione di volta in volta normativamente qualificati. Ne consegue che anche i soggetti pubblici possono essere titolari di posizioni giuridiche soggettive, l'esercizio delle quali è, però, funzionalizzato all'interesse che tali soggetti hanno l'obbligo di curare ⁽⁸³⁾: ne consegue che i diritti dello

(83) G. SCHWARZ, *Rechtssubjekt und Rechtszweck*, cit., 47 ss.

Stato e, in generale, dei soggetti di diritto pubblico presentano senz'altro una peculiarità non irrilevante rispetto ai diritti soggettivi riconosciuti ai soggetti privati, ma restano, pur sempre, diritti soggettivi: il che è, del resto, espressamente riconosciuto sul piano dell'ordinamento positivo (si confronti l'art. 42 Cost.). Ne consegue che, anche nel caso delle azioni che le amministrazioni sono legittimate a proporre (e a maggior ragione nel caso degli enti esponenziali di interessi diffusi e dei singoli cittadini nel caso delle azioni popolari), l'esercizio dell'azione configura una posizione soggettiva accessoria: ciò che muta è il predicato di tale accessorietà, rappresentato non da una posizione soggettiva primaria ma da un interesse pubblico in senso proprio.

5. L'interesse a contraddire.

L'altra faccia del diritto alla difesa giurisdizionale, speculare al diritto di agire in giudizio, è, ovviamente, il diritto di contraddire alla domanda proposta dall'attore. Si tratta di un aspetto sul quale la riflessione scientifica si è concentrata assai poco: l'interesse a contraddire, a cui pure fa, inequivocabilmente, riferimento l'art. 100 c.p.c., è, spesso, semplicemente ignorato dalle trattazioni sul tema o, quando anche vi si fa riferimento, si ritiene sussistere *in re ipsa* per la sola circostanza di essere destinatari di una pretesa azionata in giudizio. Appare evidente che, così inteso, il riferimento all'interesse a contraddire si ridurrebbe una superfetazione lessicale priva di portata normativa e di utilità pratica. Tuttavia, anche in questo caso, non sembra possibile liquidare una disposizione, *tamquam non esset*, prima di avere almeno tentato un'interpretazione che consenta di trarne un precetto autonomo; l'atteggiamento della dottrina sembra conseguenza dell'equivoco, più volte segnalato, di confinare l'interesse ad agire (e a contraddire) sul piano empirico, smarrendone la necessaria dimensione normativa e il suo legame causale con una posizione soggettiva primaria dedotta in giudizio.

Nell'esegesi della norma soccorre l'autorevole rilievo per il quale l'attività del contraddire è cosa diversa dalla generica opposizione alla domanda dell'attore: altro è l'insussistenza dei fatti

(*rectius*: l'insufficienza della relativa prova) posti a fondamento della domanda, altro è la deduzione della sussistenza di un diritto incompatibile con quello vantato dall'attore che ne paralizzi la pretesa⁽⁸⁴⁾. Solo la seconda ipotesi estende la cognizione del giudice all'accertamento di una posizione soggettiva ulteriore, diversa e opposta a quella azionata. Ne consegue che l'attività processuale del convenuto può limitarsi ad eccepire l'inesistenza della situazione di fatto che l'attore pretende di sussumere nella norma che disciplina il diritto azionato, che il giudice può (e deve) comunque accertare, quando non adeguatamente provata, indipendentemente dall'attività di colui contro il quale essa è proposta; oppure, può consistere nel contraddire alla domanda, chiedendo al giudice di riconoscere la qualificazione come diritto di determinate circostanze al fine di determinarne il rigetto. Nel primo caso il convenuto si oppone all'azione; nel secondo vi contraddice. Se, dunque, il contraddire, così come l'agire, si lega ad una posizione soggettiva primaria, perché consiste nell'affermazione innanzi al giudice di un diritto, le considerazioni svolte sull'interesse processuale come *causa agendi* valgono anche a proposito della *causa contradicendi*, coerentemente con il dato letterale dell'art. 100 c.p.c.

L'interesse a contraddire assume una peculiare declinazione nel processo amministrativo. Al di fuori dei casi di giurisdizione esclusiva, infatti, la *causa agendi* innanzi al giudice amministrativo è un interesse legittimo, strutturalmente diverso dal diritto soggettivo: di fronte all'interesse legittimo non vi è una posizione giuridica soggettiva, ma una funzione pubblica. Ne consegue che difficilmente la p.a. resistente avrà modo di affermare una posizione soggettiva propria innanzi al g.a.; sicché, nell'ambito della giurisdizione amministrativa, l'art. 100 c.p.c., nella parte in cui si riferisce all'interesse a contraddire, trova, in linea di principio⁽⁸⁵⁾,

⁽⁸⁴⁾ G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 264 ss. L'illustre Maestro pone tale distinzione a fondamento della sua nota classificazione delle eccezioni processuali.

⁽⁸⁵⁾ In linea di principio, ma non in senso assoluto. Si pensi al seguente caso: la p.a. annulla la concessione relativa ad un'attività di somministrazione di alimenti esercitata da Tizio sul presupposto che questi non abbia la disponibilità giuridica dell'immobile in

un'applicazione limitata.

6. Conclusioni.

L'ordinamento è una costruzione astratta finalizzata alla cura di interessi determinati, che ne rappresentano gli scopi. Tali scopi sono posti dal diritto positivo di guisa tale che il soggetto pubblico adotti esso stesso gli atti necessari alla loro realizzazione, ovvero attraverso la previsione di forme, obblighi e vincoli che i soggetti di diritto possano, discrezionalmente, utilizzare per il perseguimento degli scopi stessi ⁽⁸⁶⁾. Ne consegue che il riconoscimento di un diritto, o, in generale, di una posizione giuridica soggettiva, significa che l'interesse individuale che ne è alla base è una specificazione concreta di un interesse pubblico del quale il singolo è, nel caso concreto, rappresentante ⁽⁸⁷⁾. Ne consegue che tutta l'attività giuridica riconosciuta dal sistema si pone in rapporto di strumentalità con uno o più di tali scopi; o, in altre parole, che ciascun atto giuridicamente rilevante, sia esso espressione di autorità pubblica o di autonomia privata, deve perseguire un fine concreto che rappresenti un'articolazione specifica e storicamente determinata del fine astrattamente previsto dalla norma che disciplina tale attività.

Per quanto riguarda i soggetti privati, il sistema costituzionale italiano contempla l'interesse a porre in essere atti giuridicamente significativi sotto due distinti profili: l'interesse a disporre giuridicamente di un diritto avente un'utilità economicamente valutabile (art. 41 Cost.) ⁽⁸⁸⁾, e l'interesse a tutelare innanzi al giudi-

cui essa viene esercitata. Tizio impugna l'atto sostenendo di essere proprietario del bene; nel giudizio interviene Caio contestando la proprietà di Tizio e affermando di essere lui il reale proprietario. In questo caso, può ipotizzarsi l'interesse della p.a. a contraddire, che si lega però alla posizione soggettiva di un terzo (Caio), non della p.a. resistente.

⁽⁸⁶⁾ G. SCHWARZ, *Rechtssubjekt und Rechtszweck*, cit., 31.

⁽⁸⁷⁾ S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 69.

⁽⁸⁸⁾ Si è avuto già occasione di svolgere qualche riflessione su questo particolare aspetto dell'art. 41 Cost. in R. MANFRELLOTTI, *Iniziativa economica privata e autonomia contrattuale. Considerazioni per un inquadramento della problematica della causa del contratto alla luce dell'art. 41, co. II Cost.*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, *passim*.

ce un proprio diritto. Sia la libertà di iniziativa economica che il diritto alla difesa giurisdizionale sono posizioni soggettive accessorie, in quanto strumentali al compimento di atti giuridici avente ad oggetto altri diritti; ciascuno degli atti che ne rappresentano l'esercizio richiedono un nesso teleologico con i diritti a cui sono strumentali, riconosciuto già nell'esperienza giuridica romana⁽⁸⁹⁾ e definito con l'espressione *causa*. Tale formula è rimasta, nel diritto italiano vigente, soltanto in riferimento al contratto, che è l'atto principale⁽⁹⁰⁾ attraverso cui si manifesta la libertà di iniziativa economica privata; per quanto concerne gli atti che concretano l'esercizio del diritto di difesa giurisdizionale, l'ordinamento utilizza, invece, la formula "interesse ad agire (o a contraddire)". Pur nella diversità terminologica, i due concetti sono, comunque, contigui: essi esprimono il nesso di strumentalità tra la posizione soggettiva accessoria (l'iniziativa economica privata o il diritto di difesa giurisdizionale) e la posizione primaria che ne costituisce l'oggetto, e che segna la condizione, e il limite, della rilevanza giuridica e della legittimità del singolo atto che ne rappresenta l'esercizio.

In questa sede ci si è concentrati sulla problematica dell'interesse *ex art. 100 c.p.c.*, che definisce la causa di tutti gli atti compiuti nel processo, declinata diversamente in rapporto alla funzione che, nelle differenti fasi processuali, è svolta dal singolo atto (e rispetto alla quale è articolata la disciplina delle nullità processuali *ex art. 156 c.p.c.*). Naturalmente, la limitata prospet-

(89) Per la *causa agendi* si rinvia alle considerazioni introduttive del presente studio. Quanto alla *causa contractus*, per le fonti romane ci si limita a Ulp. D. 2, 14, 7, 1-4, su cui, anche per ulteriori riferimenti, a T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, Padova, 2004, 131 ss.; G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, Napoli, 1994, 212 ss.; A. PALMA, *La negozialità romana: fenomeno storico e modello metastorico. Note introduttive sulla causa contractus*, in AA.VV., *Riflessioni sulla negozialità. Profilo storico-comparativo*, a cura di A. PALMA, Napoli, 2013, XXII ss.

(90) Quanto meno, lo è per gli atti *inter vivos*. Come è noto, il soggetto può disporre economicamente dei propri beni per il tempo in cui avrà cessato di vivere anche tramite testamento, ma esso presenta delle peculiarità tali che è tutt'ora discusso se presenti un'unità causale ovvero se costituisca una forma che comprende differenti attribuzioni ciascuna con una propria causa. La problematica può essere, in questa sede, soltanto accennata.

tiva del presente studio non ha consentito di approfondire alcune questioni che avrebbero senz'altro meritato una riflessione più attenta (come, ad esempio, la particolare conformazione dell'interesse ad agire in rapporto ai giudizi di gravame ⁽⁹¹⁾).

Parimenti, non si è potuto approfondire il rapporto tra la causa degli atti processuali e la causa della sentenza; tematica che, d'altronde, per la sua vastità e complessità richiederebbe uno spazio di riflessione autonomo e che darebbe un contributo fondamentale sia per gli studiosi del processo civile che per quelli della funzione pubblica. Al momento, l'autore di queste pagine può solo limitarsi, come il Corradino dell'Aleardi, a lanciare un guanto ai propri lettori, in attesa di uno spirito più coraggioso e possente di lui che voglia raccoglierlo.

ABSTRACT: Nel saggio si analizza la problematica dell'interesse *ex art. 100 c.p.c.* In particolare, si evince che l'interesse ad agire svolge un ruolo di primo piano, sul piano costituzionale, nella salvaguardia dell'accessorietà del diritto di difesa. L'attivazione della funzione pubblica giurisdizionale presuppone che l'interesse azionato trascenda la dimensione personale e venga qualificato meritevole di tutela sul piano dell'ordinamento giuridico. Ne consegue che l'interesse ad agire si pone come requisito dell'atto processuale.

ABSTRACT: *The essay concerns the notion of interest (within legal standing) under Article 100 of the Italian Code of Civil Procedure. In particular, the article assesses interest's constitutional relevance (ancillary to the right of defense). Triggering the public judicial function implies the need to protect non-solely individual interests. Consequently, the interest to sue (again, withing legal standing) operates as a constitutive requirement.*

(91) Su cui F. LOCATELLI, *L'interesse ad agire*, cit., 74 ss.

