

Claudio Consolo

Spiegazioni di diritto processuale civile

Volume I

**Le tutele
(di merito, sommarie
ed esecutive)
e il rapporto
giuridico processuale**



G. Giappichelli Editore

Pagina e riflessione introduttiva

Un acuto studioso di psicologia individuale e sociale e delle relazioni fra quella e il diritto, Jerome S. Bruner, nota che nessuna cultura riesce a raggiungere l'utopistica armonia necessaria ad evitare le liti, evento su questa terra dovunque inevitabile. Da alcuni decenni vi è una vera e propria ipertrofia del diritto e dei processi, e del riflettere ed agitarsi attorno ad essi, in ogni campo della società che ne riesce sovente traumatizzata (anche da qui una spinta verso le tecniche e speranze delle ADR, di ricerca di una Alternative Dispute Resolution, così come la giurisdizione fa i conti con la spinta alla c.d. privatizzazione e con i riflessi di un certo qual relativismo gnoseologico sia sul terreno probatorio sia su quello ermeneutico).

Cambia la quantità, la frequenza sociale, il valore e financo la qualità - soggiungiamo noi - nonché la cernita di modi "accettabili" di risoluzione dei conflitti, che saranno davvero risolutivi se e perché evitano sia la vendetta dei perdenti sia la loro alienazione o ritrazione dal tessuto sociale ed economico. È una questione di giustizia, ma dopo tutto anche di efficienza; né basta (secondo il pur famoso detto di Felix Frankfurter) appagarsi che "la giustizia debba soddisfare l'apparenza della giustizia", neppure - si badi - se quella apparenza apparisse davvero ai più molto plausibile e credibile. Il che del resto (e neppur solo) in Italia da tempo non avviene quasi più o men che sporadicamente. Orriamente codesta accettazione diffusa sarebbe già un notevole risultato, ma nelle procedure condivise e partecipative in contraddittorio tutte - quindi non solo nella trattazione originaria della causa, ma anche nel sistema delle impugnazioni - deve sempre alitare in profondità lo spirito della giustizia che non si piega alla mera economia processuale (pur da contestualizzare nel tempo e, in minor misura, nello spazio), mentre mutevolissimo - come mostrato da psicologi ed antropologi (da Slewellyn a Chase) - è stato e sempre rimarrà il semblante che assume proceduralmente quell'apparenza di giustizia, mutevole anche solo fra i paesi europei di oggi, refrattari ad esasperati ritualismi non solo nelle ADR ma anche nei processi civili più formalizzati e sui temi più impegnativi.

Se uccelli e pesci sono gli ultimi a scoprire, rispettivamente, l'aria e l'acqua, non molto dissimilmente capita a tanti operatori del processo civile (e, ancor più grave, del processo penale) di destreggiarsi, non di rado nichilisticamente o almeno alquanto rassegnatamente, entro orizzonti di senso lontani e largamente incompresi, poiché non si è presa, fin da giovanissimi, l'attitudine a ricercare e scorgere i collegamenti fra le cose o anche solo fra le figure quali generate dai vari formanti della esperienza giuridica, tutto riducendosi ad un bricolage di segmenti procedurali poco o nulla saggiati criticamente nel loro senso funzionale complessivo.

I viaggi e soggiorni di studio all'estero dovrebbero disincantare questi nostri apprendisti, ma spesso sono tracks turistici e comunque di rado li conducono fino a paesi e realtà sufficientemente (lontani e quindi) "disvelanti" e ne stimolano a fondo la curiosità comparatistica e la sensibilità clinico-semiologica.

Le lezioni e i seminari orali, sia da noi sia nelle Università visitate con il vecchio Erasmo ad esempio, sono spesso troppo numerosi, lunghi, anonimi, pesanti, di routine, monocordi per poter davvero contribuire a quelle salutari reazioni di stupore/incredulità che allertano e tonificano i processi di apprendimento. E nuoce la tendenza di molti corsi, anche da noi, a nutrire una pretesa completezza, chiusa e compiaciuta, levigata formalmente e rassicurante, che naturalmente non si concilia affatto con le migliori dottrine cognitive che rimarcano la fruttuosità dell'approfondimento attivo (e meglio se stupito e "scosso") secondo percorsi "a spirale" - enfatizzati appunto da Bruner (1960) - con una acquaintance con movenze cicliche e rivisitazioni viepiù approfondite, ma fin dall'inizio interattive. La guglia che il tormentato e trascinate Sorromini appostò in capo alla Sapienza romana, del resto, che altro voleva significarci?

Certo che il fatto che la tensione del curriculum a spirale sia attratta (quasi con leggerezza, si dà poter dire che sia dunque quasi assunta) verso l'alto ci riporta, al di là della metodica di apprendimento e sviluppo (le lezioni, del resto, fanno crescere più chi le fa germinare entro sé guardando tanti visi ed occhi, di chi le ascolta, è cosa nota), a dovere evocare di nuovo l'aspirazione che lo studio, pur doverosamente tecnico, del diritto processuale civile non deve tarpare. La crescita per arritamento-acquaintance, che progredisce verso l'alto ed evita ogni forma anche larvata di "memorie del sottosuolo", si giustifica appieno se impregnata del senso del giusto: inteso quanto meno come proportio fra attese e risposte, fra racconti e domande e partecipe attenzione reattiva; proportio di soluzioni (cioè di liberazioni, mutue) attentamente ricercata e (questa sì) ben levigata, senza mai perdere di vista la Natura delle cose e la giuridicità originaria dei fatti (che non vanno piallati ed erosi, pur ricercandone la "tipici-

tà") mentre è possibile, con tecnica sapiente, ed intrepida beninteso, "massaggiare" sofly la letteralità normativa, tenendo nel dovuto conto epoche, contesti, orizzonti di senso anche in ragione della loro genesi, più o meno occasionale.

Agli occhi curiosi degli studenti destinati (che si destinino) a divenire a pieno titolo giuristi, per quelli che lo studio vero del processo infine turns into lawyers è bene che subito si stagli il fatto irritante ma spronante della frequente mancanza di risposte certe e non opinabili alla maggior parte dei quesiti posti nello svolgimento di un processo. E giova che nel nostro Corso si disinneschi il senso di panico, ovvero che emerga la centralità a tali riguardi, più che altro, della finesse e della clarté argomentative, dell'analisi dei problemi e della lettura in prima persona delle norme e delle sentenze che costituiscono leading cases. E nondimeno rimane, fra quei fiotti, l'esigenza che salda ed univoca sia però almeno la "cornice". Il senso di smarrimento o almeno di densa e continua problematicità viene riscattato peraltro dal nascente stimolo per la dimensione investigativa. Per quella ludica, financo, che gli studenti all'inizio sono tutt'altro che inclini ad associare al mondo del diritto, ed ancor più al suo aspetto giudiziario, inteso quasi oracolarmente (come nella vicenda dei pulcini, fungenti da benge antistregoneria, degli Azande sudanesi; ma del resto, anche in età classica romana, gli aruspici etruschi, prima, e poi i flamines e gli stessi pontifices non traevano, per lo più convinti, analoghi auspicia, da viscere e voli di uccelli, proprio in parallelo al loro lavoro di nascita e spettacolare formazione del sistema "romanistico": con la presenza della visione dinamica e realistica della esperienza giuridica tipica del processo formulare?).

* * *

Dopo vent'anni, questa nuova edizione - e ciascuna delle dodici precedenti, che non solo per la mole e l'editing variabile, è stata abbastanza diversa dalle altre, pur nella continuità metodica - continua a proporsi quegli scopi, un Grande figlio di agricoltori friulani avrebbe detto il compito di far prendere aria alle zolle. Ovvero di mostrare che davvero si nuota (nei casi migliori forse si vola) fra onde e spruzzi (venti e turbini) ad esempio quelli immancabili delle superficiali ed esagitate novelle al codice di procedura civile e quelle più riflessive e fondate della dinamica giurisprudenziale. Al cammino si copre - riuscendo a congetturare non rare calzanti prognosi sulle decisioni (Roscoe Pound) - proprio facendo maggior caso non alle forme accidentali ma alla consistenza caratteristica dell'acqua e dell'aria, da cui la accettabile, e magari giusta, soluzione delle liti è non solo avvolta ma sostenuta.

* * *

Anche quest'anno abbiamo scelto di rendere disponibile, nell'appendice informatica on-line, la Prefazione che accompagnava le prime edizioni delle Spiegazioni (allora in un unico volume), le cui considerazioni, a quasi trenta anni di distanza, a taluni possono apparire ancora attuali.

Avvertenza

Il lettore noterà che l'indicazione di alcuni articoli di legge (specie del codice di procedura civile e del codice civile) è in carattere **grassetto** (es.: **art. 2909 c.c.**): ciò esprime il *suggerimento* di interrompere la lettura del volume per cercare e *consultare* con attenzione *quel dato articolo*, come se esso fosse trascritto nel testo in quel punto. La trattazione mantiene così uno stile piano e colloquiale e può dare per presupposte molte nozioni di immediata fonte legislativa.

Il suo angolo visuale è duplice: attento al sistema del nostro ordinamento processuale, ai principi, e ai collegamenti con il diritto sostanziale e con la dimensione transnazionale, fin dalle prime edizioni privilegiati e sempre più centrali in questo secolo; la illustrazione non è descrizione di regole, in quanto è costantemente volta a porre in evidenza il concreto intreccio delle varie regole nel loro applicarsi casistico.

Il volume I (“Le tutele e il rapporto giuridico processuale”) è dedicato, in questa prospettiva “aperta”, alla parte generale e ai vari tipi di azioni e di processi (alle domande di cognizione, alle azioni sommarie, a quelle cautelari, ai processi esecutivi e relative opposizioni, etc.), ed allo studio di quello che si suole indicare come “rapporto giuridico processuale” (e così ai suoi presupposti – che rendono attuale il potere-dovere del giudicante di decidere nel merito la domanda proposta dalla parte – e ai suoi soggetti, con particolare attenzione alla giurisdizione internazionale).

Il volume II (“Il processo di primo grado e le impugnazioni”) ha invece riguardo al concreto svolgersi del processo di cognizione, anche complesso e con pluralità di parti. Dal primo grado e poi via via nei vari rami dell’“albero delle impugnazioni”, sia delle sentenze sia delle ordinanze.

L'ampia parte introduttiva, rivolta anche ai profili storici e comparatistici e più ancora alla cornice costituzionale, anche in questa edizione resa disponibile nell'apposita sezione dell'appendice informatica, è destinata a venire letta all'inizio della frequentazione dell'opera. Ma la sua comprensione risulterà più agevole a studio inoltrato, per scorgervi tutte le risonanze tecniche che, di proposito,

non si sono tralasciate, benché ovviamente ancora non sviluppate. In questo contesto socio-economico di sempre più intensa compenetrazione, si è cercato di dare il dovuto risalto ai profili di diritto internazionale processuale. Non solo tenendo conto della legge 31 maggio 1995, n. 218, ma altresì fornendo allo studente un'ampia disamina, che quasi funge da parte speciale (cap. 4, sez. III, Vol. I), a mo' di compendio, delle evoluzioni della normativa dell'Unione Europea e delle molte e molto importanti pronunce della Corte di Giustizia in materia processuale, assai frequenti e che si avvicendano con vorticoso rapidità.

Il testo tiene naturalmente conto, seppur sovente soltanto nelle parti redatte con caratteri di minore dimensione, sì da tener ben distinto il piano più strettamente didattico da quello più specificamente informativo, dei risultati dell'ultimo, convulso trentennio di riforme. E così (per citarne solo le principali), a partire dalla legge 26 novembre 1990, n. 353 (con tutti i successivi interventi degli anni '90 ad essa più o meno collegati), ad oggi l'intervento più organico e significativo subito dal codice; della legge 14 maggio 2005, n. 80 (e della legge 28 dicembre 2005, n. 263, che l'ha in buona misura modificata prima dell'entrata in vigore) e dei decreti legislativi che nella legge n. 80/2005 hanno rinvenuto i propri principi e criteri direttivi, su tutti il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (in materia di arbitrato e di ricorso per cassazione); della legge di riforma del processo civile n. 69/2009; del d.lgs. n. 28/2010 relativo alla conciliazione e mediazione nelle controversie civili e commerciali; del d.lgs. n. 150/2011, sulla razionalizzazione dei riti in forza della delega contenuta nella legge di riforma del processo civile n. 69/2009; per passare poi agli interventi in materia processuale, "isolati" e nient'affatto organici, del periodo 2010-2019 (così, ad esempio, le leggi n. 183/2011; n. 218/2011; n. 3/2012; n. 27/2012; n. 134/2012, certo non davvero persuasiva, che reca interventi su appello e ricorso per cassazione; n. 98/2013; n. 162/2014 e 132/2015; sino alle più recenti leggi n. 119/2016, sul processo esecutivo, n. 197/2016, che ha riscritto le modalità di svolgimento del giudizio per cassazione, e n. 12/2019, che reca ulteriori interventi sul processo esecutivo); per arrivare, infine, alla c.d. riforma Cartabia, d.lgs. n. 149/2022, che ha interamente riscritto il giudizio di I grado; per larga parte, il rito avanti alla Corte di appello (dove è stata reintrodotta la figura del consigliere istruttore, in luogo della piena ed integrale collegialità), e – come ormai ogni intervento sul c.p.c. – il rito per cassazione. In quest'ultimo caso, però, con un intervento teso finalmente a rimettere ordine, unificando i vari riti camerale che ormai caratterizzavano il giudizio di legittimità in un unico rito camerale, che troverà applicazione pressoché sempre (l'udienza di discussione – seguendo una direttiva degli ultimi anni – è riservata a pochi casi, rilevanti anche in vista del loro potenziale nomofilattico). Altre novità verranno di volta in volta illustrate e commentate, come la possibilità per i giudici di merito di adire direttamente la S.C., con un rinvio pregiudiziale, solo sulla questione di diritto che devono affrontare; la nuova revocazione quando la decisione dei giudici italiani sia stata riconosciuta, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, contraria alla CEDU.

Indubbiamente, però, con la riforma del 2022 è il processo di I grado a cambia volto: non tanto mutano le attività che le parti (meglio: i loro difensori) sono chiamati a svolgere, quanto la loro collocazione temporale nell'arco del giudizio di I grado. Lo vedremo studiandone lo svolgimento, alla sez. VI.

Se questi interventi arrecheranno davvero un miglioramento della funzione giustizia è presto per dirlo (in generale, sommovimenti delle 'regole del gioco' arrecano, nel medio-breve periodo, più problemi – di adattamento e creazione di nuove prassi – che benefici). Il giudizio sulla Riforma Cartabia del processo civile va dunque sospeso. Tuttavia, il pesante rivolgimento delle regole procedurali può rivelare in ogni caso una sua indiretta utilità, se porterà con sé rinnovate (o anche nuove) riflessioni su istituti (che si credono) ormai rodati ed ai margini dei più recenti dibattiti.

Accanto all'analisi degli interventi legislativi sul processo civile e non solo (ad es. il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, che ha sostituito la legge fallimentare; l'azione collettiva risarcitoria, non più solo consumeristica, prevista dalla legge n. 31/2019; o la disciplina della responsabilità civile dei magistrati: l. n. 18/2015), una particolare attenzione viene data ai più recenti ed importanti interventi giurisprudenziali, e così alle pronunce, formative e non solo informative, specie delle sezioni unite.

Così, ad es., oltre alle pronunce con cui già il Manuale dialogava (ricordiamo Cass., sez. un., 21 marzo 2019, n. 7940, che individua – non del tutto persuasivamente tuttavia – i termini per la riproposizione *ex art.* 346 c.p.c.; o Cass., sez. un., 23 luglio 2019, n. 19882, che nega sia questione di competenza quella del riparto tra sezioni ordinarie e sezioni specializzate in materia di impresa), possiamo ricordare la complessa Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, sulla sorte del decreto ingiuntivo non opposto, che si fonda però su clausole contrattuali potenzialmente nulle per violazione del diritto comunitario dei consumatori, la cui nullità non sia stata rilevata d'ufficio dal giudice che ha pronunciato il d.i.; Cass., sez. un., 1 febbraio 2022, n. 3086 e 28 febbraio 2022, n. 6500, sul ruolo e i compiti del consulente tecnico d'ufficio; o ancora Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19596, sull'individuazione del soggetto che dovrà instaurare la mediazione obbligatoria nel caso di opposizione a d.i. (il creditore che ha ottenuto il d.i., che se non lo farà vedrà estinguersi il processo di opposizione ma pure caducare il d.i. ottenuto); fino alla recente ordinanza di rimessione alle sez. un. della questione relativa ai limiti soggettivi ed oggettivi dell'impugnazione incidentale tardiva *ex art.* 334 (ord. interlocutoria della sez. I della S.C., n. 20588 del 17 luglio 2023).

La nostra materia – e il breve *excursus* sugli interventi legislativi lo testimonia – è oggetto ormai di costanti (e spesso settoriali) interventi, sulla cui bontà e futura tenuta si può sempre più di sovente dubitare ed anzi da ultimo recisamente escluderla. Nonostante le famose buone intenzioni. Di essi certo viene dato conto (così come dei più eclatanti risultati del diritto vivente, quello giurisprudenziale), ma pur sempre nella convinzione che oggi, in questo ondosso (e

ondivago) mare che è divenuto il diritto processuale civile, risulta assai più proficuo disegnare agli studenti i confini (comunque già frastagliati) della costa e la profondità, piuttosto che seguire il moto di ogni singola onda.

* * *

Anche in questa nuova edizione all'opera si accompagna una "appendice informatica" (disponibile nella Biblioteca Digitale Giappichelli), nella quale trovano spazio, accanto alla bibliografia ed alle questioni, altri due strumenti già noti nelle precedenti edizioni: il primo, il "processo simulato" (già apparso, con fotocopie di atti di un processo reale, nella prima edizione del III volume: quella del 2009), illustra lo svolgimento del processo di primo grado attraverso i diversi atti e verbali in cui si articola: per questa edizione, si affiancano – agli atti redatti secondo il rito ordinario *ante* 2022 – i principali atti del processo retto dal rito ordinario come ri-forgiato dalla c.d. Riforma Cartabia. La "prova d'esame" – frutto di quindici anni di insegnamento nell'ateneo patavino – offre invece la possibilità di verificare le proprie conoscenze: in essa vengono proposte una serie di domande (alcune a risposta aperta, altre a risposta multipla con le relative soluzioni) che sono state poste in questi anni agli studenti in sede di esame. Alcune di esse sono poi completate da una "griglia" esplicativa che elenca i principali snodi argomentativi attraverso cui dovrebbe articolarsi la trattazione del tema, consentendo così allo studente un immediato riscontro circa la sua preparazione personale.

Come per la precedente edizione l'appendice informatica è arricchita da due altre sezioni. Nella prima, "*Spiegazioni on-line*", trovano collocazione alcuni capitoli (in passato a disposizione dello studente in formato "cartaceo") di utile compendio allo studio della materia. Si è voluto così mantenere la scelta di rendere più compatta (e – seppur di poco – meno economicamente impegnativa) l'Opera, abbandonando la tradizionale articolazione in tre volumi, a favore dei due che in apertura abbiamo descritto (e nei quali comunque lo studente ritroverà le ormai "classiche" sette sezioni). L'altra sezione ospita il "Testo Ausiliario" al Manuale. Si tratta di una iniziativa sperimentale, con la quale si è voluto fornire allo studente uno strumento ulteriore, pensato per offrire una diversa prospettiva d'indagine, all'occorrenza in forma sintetico-riepilogativa, degli istituti più complessi del diritto processuale. Il Testo Ausiliario si affianca dunque ai due volumi delle *Spiegazioni di Diritto processuale civile*, ed affronta in modo complementare ed introduttivamente più piano (non alternativo) rispetto al Manuale i principali temi trattati nelle sue Sezioni I, III e V, e così: la tutela di cognizione (nelle sue diverse forme di accertamento, costitutiva e di condanna); gli elementi individuatori della domanda giudiziale; il giudicato; le eccezioni; la domanda riconvenzionale; l'accertamento incidentale; le condizioni di decidibilità della causa nel merito; le diverse figure di processo oggettivamente e soggettivamente complesso. Per agevolare il necessario continuo confronto con

il Manuale, il Testo Ausiliario riporta – in ogni capitolo e paragrafo – l’indicazione della Sezione e del capitolo delle *Spiegazioni* di riferimento.

La lunghezza e inconcludenza dei tempi processuali universalmente considerata eccessiva (la cui riduzione è l’obbiettivo primario anche da ultimo perseguito, non sempre in modo appagante, tanto dal legislatore delegante come da quello delegato), il carico di formalismo di cui è intriso il codice, lo scetticismo che accompagna l’effettività delle pronunce (benché, specie in questi ultimi anni, assai autorevoli) sono alcuni dei problemi da tempo denunciati da tutti gli operatori del diritto. Attraverso una modifica non sempre puntuale delle norme processuali, duplice è l’intento perseguito da tutti i menzionati interventi normativi. Da un canto snellire il procedimento troppo spesso caratterizzato da inutili formalismi e dall’altro, attraverso riforme anche riorganizzative incisive, rendere il processo uno strumento più duttile, ad efficienza “misurabile” onde fare fronte alle pressanti ed emergenti richieste di tutela effettiva e non solo proclamata in via di principio, bandendo ogni corporativismo tralatizio.

Soltanto il tempo, e l’impatto con la pratica, diranno se realmente siffatti obiettivi potranno ritenersi, almeno in parte, raggiunti. Giusto sembra, nondimeno, attendere l’esito di queste riforme, certo senza soverchi entusiasmi, ma pure, forse, senza eccessive chiusure se si affronterà in fine anche l’imperativo categorico della interna (e quasi aziendale) riorganizzazione degli uffici e *accountability* – professionale ma non aziendalistici-taylorista – del lavoro dei giudici ed avvocati. Cruciale per il benessere, prosperità e serenità della società.

Rimane in ogni caso confermato che vi è sempre più bisogno, e per vero in vari sensi, di franche e dirette “Spiegazioni”: ecco allora questa nuova e più completa (rispetto alle dodici precedenti) edizione, fedele al suo precipuo metodo “aperto” nato a Trento e a Milano in Cattolica, proseguito a Padova e alla Sapienza romana, vicino sia alla storia (in prospettiva comparatistica) e al diritto sostanziale come alla ineludibile proiezione internazionale. Restano fermi i ringraziamenti già espressi per le precedenti edizioni, e così innanzitutto a Federica Godio, per il contributo che non esito a definire sagace oltre che continuo e capillare nell’aggiornamento dell’opera e anche nella sua graduale “semplificazione” (di cui gli studenti avvertono il sempre giovane incedere con vicinanza ai loro bisogni e problemi); e poi a Laura Baccaglioni, alla quale va un sentito ringraziamento per il suo prezioso e costante contributo sia critico sia fattivo. Un ringraziamento va anche a Michelle Vanzetti, assieme alla quale – non dovrei dirlo: ma un quarto di secolo or è – si svolse il triennio di docenza in Bocconi da cui sono nate le parti finali dell’Opera con speciale attenzione alle prove; e pure a Marcello Stella, che in Bocconi incontrai, specialmente (ma non solo) per l’attenzione ai profili extranazionali e comunitari. Un ringraziamento anche a Sara Barone, Alessandro Fabbi, Daniela Noviello per alcuni utili recenti spunti in materia di istruttoria e di prove.

Rinnovo poi il grato riconoscimento ai padovani Marcella Negri, Beatrice Zuffi, Luca Penasa, Luca Prendini, Dora Rizzardo e Alberto Stropparo, insieme

XXXII

ai quali abbiamo curato nel corso degli anni (e delle varie sessioni di esame) – a Padova, per quasi tre lustri – il materiale didattico oggi confluito nella “Prova d’esame” allegata al detto supporto. Rivedo e tuttora sperimento in tutti la passione e la intelligenza convergente (*syn-ergoi*) che rendono questi libri e la loro appendice una sorta di bene comune o, come oggi si dice (e stradice), una esperienza inclusiva.

C.C.

Roumnaz, 24 luglio 2023.

L'approfondimento del diritto processuale civile, tra fonti "vecchie" e "nuove"

Allo studente (debuttante o progredito) che voglia approfondire la materia del diritto processuale civile anche attraverso fonti diverse dai manuali editi, molti famosi non più aggiornati, vengono forniti diversi strumenti, che crediamo utile qui in apertura passare brevemente in rassegna.

Importanza centrale rivestono anzitutto i commentari al codice di procedura civile (che recano, per ogni articolo, in modo più o meno ampio, l'indicazione delle principali questioni e la soluzione adottata da giurisprudenza e dottrina). Quattro sono i principali commentari, qui elencati in ordine decrescente di ampiezza: il *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, Torino, Utet, 2012-2014, in sette volumi; il *Codice di procedura civile commentato*, diretto da Consolo, Milano, Wolters Kluwer, 2018, in quattro volumi; il *Codice di procedura civile*, a cura di Picardi, Milano, Giuffrè, 2010, in due volumi; ed il *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi-Taruffo, Padova, Cedam, 2018, in un volume. A questi strumenti, tutti *ante* riforma del 2022, lo studente potrà affiancare specifici commentari dedicati alle norme riformate.

Un approfondimento degli istituti del diritto processuale civile è poi offerto dalle diverse enciclopedie giuridiche. Le principali sono il *Novissimo Digesto Italiano* (Torino, Utet) del 1956 (e successivi aggiornamenti); il *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, che ne è la continuazione (Torino, Utet) in cui la parte processuale civile era diretta da E.F. Ricci; l'*Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè), per la parte processuale diretta da S. Satta e poi da E. Fazzalari, con voci spesso assai ampie ed importanti; e l'*Enciclopedia Giuridica* (Roma, Treccani), con voci enciclopediche più brevi ma sovente assai autorevoli.

Strumento centrale per l'approfondimento e l'aggiornamento costante sono anche numerose riviste giuridiche. Con specifico riguardo alla nostra materia segnaliamo: la *Rivista di diritto processuale* (Padova, Cedam), dove molta attenzione viene prestata ai recenti interventi giurisprudenziali in materia, corredati da commenti e note redazionali; e la *Rivista trimestrale di diritto processuale civile* (Milano, Giuffrè), che maggior spazio dedica agli interventi dottrinali, pur se in essa pure viene dato conto delle principali novità giurisprudenziali (in una apposita rubrica denominata "Casi"). Sui temi del diritto processuale civile, vanno segnalate anche la *Giustizia Civile* (Milano, Giuffrè) e la

più “giovane” *Il Giusto Processo Civile* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane). Alla materia dell’arbitrato (di cui pure si occupano anche le riviste in precedenza menzionate) è dedicata la *Rivista dell’Arbitrato* (Milano, Giuffrè), mentre la *Rivista dell’Esecuzione forzata* (Milano, Giuffrè), come bene spiega il titolo, è interamente incentrata sulla materia dell’esecuzione forzata. Per la giurisprudenza internazionale e comunitaria (anche, ma non solo, processuale) gli articoli e gli interventi apparsi sino al 2016 in *Int’l Lis*, Corriere trimestrale della *litigation* internazionale (Milano, Ipsoa), sono ora disponibili anche nei due *Articoli, saggetti e commenti di litigation internazionale apparsi in dieci anni di Int’l Lis*, Vol. I (2012-2016) e Vol. II (2006-2011), Padova, 2018; potrà altresì essere consultata la più risalente *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (Padova, Cedam). Infine, per le novità giurisprudenziali e legislative in materia civile, e non solo processualciviltistica, fondamentale strumento si rivelano la *Giurisprudenza Italiana* (Torino, Utet), che in ogni numero dedica uguale spazio anche al diritto ed al processo penale, al pari de *Il Foro Italiano* (Roma, Il Foro Italiano), ed il *Corriere Giuridico* (Milano, Ipsoa, sino al 2022).

In quest’era dell’informatizzazione e della conoscenza “in presa diretta” i “vecchi” Massimari cartacei (ad esempio quelli della *Giustizia Civile* e del *Foro Italiano*) hanno necessariamente lasciato il passo alle banche dati *online* (con le quali difficilmente possono competere in aggiornamento). Le principali sono *Dejure* e *One*. Entrambe forniscono anzitutto il servizio di banca dati, assai aggiornato (è possibile reperire pronunce anche pubblicate poche settimane prima) e capillare, della giurisprudenza di legittimità, di merito, amministrativa, costituzionale ed anche comunitaria ed internazionale. Inoltre, l’abbonamento consente all’utente di consultare direttamente *online* le riviste giuridiche pubblicate dalla casa editrice che cura la banca dati. Così *One* mette a disposizione le riviste della Cedam, dell’Ipsoa e della Utet. *DeJure* consente invece l’accesso alle riviste della Giuffrè.

Anche internet può rivelarsi un’utile fonte. I siti giuridici sono molti (benché non tutti parimenti affidabili, specie in relazione alle opinioni ed ai commenti alle sentenze ivi pubblicate). Si possono qui segnalare *www.judicium.it*, che mette a disposizione (sino al 2017 gratuitamente, poi come rivista anche *online*) saggi ed interventi principalmente in materia processuale; e *www.ilcaso.it*, che rende disponibili molte interessanti sentenze, specie della giurisprudenza di merito. Anche il sito della Corte di cassazione (*www.cortedicassazione.it*) potrà essere utilmente consultato, specie alla sua sezione “Recentissime dalla Corte”, dove si trovano le principali sentenze delle sezioni civili e penali, e l’indicazione delle questioni rimesse alle Sezioni Unite, con la relativa ordinanza interlocutoria e la finale decisione. Infine non si dimentichi che la fonte principale di conoscenze circa gli interventi legislativi, la *Gazzetta Ufficiale*, ha essa pure un proprio sito internet, liberamente accessibile: *www.gazzettaufficiale.it*.

Parte introduttiva

IL DIRITTO DEL PROCESSO CIVILE E LA SUA EVOLUZIONE

1. La giurisdizione civile. Il diritto processuale civile e le sue fonti: codici e riforme processuali e loro valori ispiratori

La giurisdizione. – La giurisdizione ordinaria. – Giurisdizioni speciali. – Il “diritto processuale civile” e le sue fonti. – Il c.p.c. del 1865 quale esempio di processo prevalentemente scritto, largamente rimesso all’impulso di parte. – I moti critico-riformatori e la scuola chiovendiana all’inizio del ’900. – Segue: i principii di oralità, concentrazione e immediatezza. – Il codice Grandi-Calamandrei del 1940 quale soluzione di compromesso e timida innovazione. – Perdurante valore di larga parte di quel codice. – Obsolescenza della coeva legge sull’ordinamento giudiziario. – L’organizzazione interna dei quattro libri che compongono il codice. – I contenuti e la diversa vitalità delle sue parti. – Spunti storici in tema di codificazioni processuali. – La legislazione processuale codicistica vecchia e nuova.

2. Il moto delle riforme processuali dalla Costituzione fino all’epoca attuale

Le tutele giurisdizionali differenziate. – Il nuovo rito del lavoro. – Caratteristiche salienti e tecnica delle preclusioni. – La vicenda altalenante delle preclusioni nel rito ordinario fra versione originaria del codice e riforme successive. – Codice liberale o codice autoritario? – Codice e Costituzione del 1947. – Il contributo al codice della Corte costituzionale.

3. I principii costituzionali in materia processuale

I principii costituzionali processuali e l’esigenza di una loro specificazione casistica. – Segue: in rapporto all’interpretazione. – L’art. 24, co. 1, e la garanzia dell’azione. – Istituti da vagliare criticamente alla luce di tale garanzia. – Segue: pronunce costituzionali sulla portata della garanzia. – La difesa in contraddittorio e l’art. 24, co. 2. – Rilevanza costituzionale del ricorso per cassazione nell’art. 111, co. 7, e non già del doppio grado di giu-

risdizione di merito. – La proposta di revisione costituzionale (frutto della c.d. Bicamerale). – Il giusto processo in Costituzione (il potenziamento dell'art. 111). – Il ricorso per cassazione contro provvedimenti decisori per violazione di legge e la c.d. "cameralizzazione" del giudizio sui diritti. – Disciplina del procedimento camerale. – Il significato strumentale del principio del contraddittorio. – Varie angolazioni ed applicazioni del principio nella giurisprudenza costituzionale. – Le previsioni dell'art. 24, co. 3 e 4. – Le disposizioni costituzionali sulla magistratura: principi di legalità ed indipendenza. – Scelte di fondo della Costituzione.

4. La crisi di effettività della giustizia civile e, di riforma in riforma, le prospettive future

Effettività della tutela. – Qualche statistica sulla durata abnorme e crescente dei processi. – L'art. 6 C.e.d.u. – L'attuazione della garanzia del giusto processo. – Segue: il tipo di difficoltà tutt'affatto pratiche che riguardano l'attuazione della garanzia specifica di ragionevole durata. – La c.d. legge Pinto. – Il moto riformatore continuo per accelerare i giudizi civili. – Riscoperta dei giudici onorari e della giustizia "non togata". – Riforme processuali del 1990-1991 e loro non rassicuranti esiti. – Le due riforme del 1997: sezioni-stralcio per l'arretrato e giudice unico di primo grado con abolizione delle preture. – Riforme del 2005-2006. – La abbastanza organica riforma del c.p.c. del 2009. – Il continuo moto di "mini-riforme" del 2010-2019. – La riforma del 2022: il giudizio di I grado (ed in parte quello di appello) cambia volto. – Il diritto processuale civile comunitario ed europeo.

La parte introduttiva continua a far parte dell'Opera, e se ne consiglia così ora la lettura. Tuttavia, per limitare i costi correlati alla stampa dei volumi, si è scelto di renderla disponibile nella sola appendice informatica, che si trova nell'apposita sezione "*Spiegazioni on-line*".

Sezione prima

**DIRITTO CIVILE E ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE:
LA DOMANDA E LA TUTELA**

L'attività giurisdizionale

Procedura o diritto processuale civile? – Ordinamento giuridico e processo. – Il giudice e la legge scritta. – Applicazione giudiziaria del diritto processuale. – La tutela dei diritti e il processo. – La tutela extra processuale. – I capisaldi della tutela giurisdizionale nel codice civile. – L'art. 2907 e il principio della domanda. – Divieto di autotutela. – Esclusività dell'impulso di parte. – Principio dispositivo sostanziale e principio dispositivo istruttorio. – Funzione accertativa del processo di cognizione. – La giurisdizione volontaria. – I diversi tipi di tutela giurisdizionale. – La tutela di accertamento. – L'azione di mero accertamento. – ... e quella di accertamento negativo.

La materia, di cui ora iniziamo a occuparci, si chiama – ormai da molti decenni – “Diritto processuale civile” e non più “Procedura civile”; mentre, con riguardo alla disciplina processual-penalistica, per certi aspetti cugina, è tuttora d'uso assai più frequente la dizione “Procedura penale”, in luogo di quella, più di recente riconosciuta, di “Diritto processuale penale”. Lo stesso Chiovenda tenne a questo mutamento di nome, ed in effetti non è solo una questione terminologica.

Vi è davvero stata, storicamente e nella stessa quotidiana operatività, una certa differenza d'impostazione relativamente alle due materie processualistiche.

Il diritto processuale civile è in realtà, anche, in un certo qual modo, la prosecuzione dello studio del diritto civile dal punto di vista del processo; e pertanto, non è soltanto, od eminentemente, l'analisi delle forme, dei termini, delle modalità di svolgimento del processo, delle procedure giudiziali.

Certamente si tratta anche di questo (nella vita professionale di giudici ed avvocati questo è ovviamente il dato quotidiano più appariscente). Tuttavia, dal punto di vista sistematico-speculativo e così anche da quello didattico, lo studio del d.p.c. è principalmente il riesame della disciplina del diritto privato sostanziale attraverso l'ottica privilegiata che offre il processo. Vale a dire, si vede il diritto civile nel momento in cui occorre riaffermarne la vigenza attraverso l'intervento del giudice. Questo aspetto spiega perché non si può largamente scindere la disciplina sostanziale del diritto civile, che detta un fitto intreccio di situazioni giuridiche soggettive, va-

Perché non
procedura ma diritto
processuale

rie ma spesso connesse, dalla disciplina del diritto processuale civile. Entro certi limiti è invece possibile nel campo del processo penale, credo soprattutto perché il suo oggetto è *più semplice e ripetitivo*: l'accertamento della pretesa punitiva statale in relazione al fatto imputato e alla sua prova, senza il reticolo e la diversa tipologia di situazioni giuridiche soggettive che sono propri del diritto civile. Situazione intermedia sembrerebbe oggi quella della giustizia amministrativa, il cui oggetto è venuto certo ad articolarsi e complicarsi maggiormente che nel passato.

Questo collegamento, così stretto, tra l'aspetto sostanziale e quello processuale (che deve saper riflettere ed abbracciare la complessità del primo), viene a riverberarsi nella dizione stessa della materia "Diritto processuale civile". Il tronco del diritto è uno solo – scriveva Carnelutti, fra tutti lo studioso più sensibile alle esigenze del *logos* – di cui diritto processuale e diritto materiale sono due rami, "niuno dei quali nasce dall'altro, mentre si partono l'uno e l'altro dal ceppo comune". Ecco che bene si spiega perché, in tutti i corsi dedicati al processo civile, molto spesso si toccano istituti del diritto civile, oltre che di quella tipica "terra di mezzo" che è la disciplina della responsabilità patrimoniale, non solo come esempi o come corollari di spiegazioni del funzionamento di istituti del processo, ma sovente come necessarie integrazioni per il loro approfondimento sistematico e funzionale (ciò sarà ad esempio molto visibile nello studio del processo complesso e con pluralità di parti: v. *infra*, sez. V).

Gli studenti, nel corso degli studi che hanno già compiuto, avranno avuto modo di incontrare il fenomeno del processo in varie occasioni. Una prima volta sarà stata probabilmente quando hanno studiato le "Istituzioni di diritto pubblico", una parte del cui programma avrà certamente riguardato la presenza nell'articolazione dello Stato del potere giurisdizionale: quella branca, in senso lato, della Pubblica Amministrazione, che è l'autorità giudiziaria. Nella parte introduttiva (v. *Spiegazioni on-line*, parte introduttiva, n. 1) abbiamo svolto, a nostra volta, alcune considerazioni e ricognizioni storico-costituzionali sulla materia dell'ordinamento giudiziario, specie civile (alla quale l'attuale ordinamento universitario non dedica alcun corso *ad hoc*).

Quindi, innanzitutto, conviene cominciare a familiarizzare con il fenomeno processuale partendo dal diritto pubblico, perché il processo è lo strumento attraverso cui viene posta in essere la funzione giurisdizionale, vale a dire una delle funzioni più rilevanti ed esclusive dello Stato.

Agli studenti, nei primi anni degli studi (soprattutto quelli romanistici, gli unici che istruttivamente si proiettano verso il diritto antico), viene insegnato che negli ordinamenti primitivi lo Stato non ha mai rivendicato la funzione esclusiva di comporre le liti fra i privati, e molto probabilmente questa funzione neppure esisteva. In altre parole, vi erano sistemi di composizione delle liti fra privati di tipo diverso dal processo statale.

Su questo argomento, si avrà avuto modo di cimentarsi nell'ambito degli studi di diritto romano, dove si sarà notata questa graduale, lenta evoluzione, per cui da forme di autotutela privata si è passati a forme di tutela dei diritti ge-

stite e disciplinate da organi in senso lato arbitrari o di “giudice privato”, ed infine per intero (in particolare con la conclusione della stagione del processo formulare romano) da organi statali, che si sono venuti via via strutturando ed arricchendo, per giungere (in tarda epoca classica e successivamente) ad articolarsi in vari gradi, secondo una piramide gerarchica che ha dato corpo alle varie impugnazioni della sentenza.

Possiamo qui svolgere qualche riflessione generale, solo all'apparenza eterodossa, sul rapporto fra ordinamento giuridico e processo giurisdizionale: il senso centrale di quest'ultimo (e la sua strumentalità solo relativa rispetto al diritto sostanziale) ne emergerà subito in chiaro.

La gradualità del processo e lo sviluppo dell'ordinamento

Sulla scia di una celebre e, se rettamente intesa, realisticamente insuperabile impostazione (quella, fra altri, del Bülow), è constatazione storica che, se il diritto sostanziale senza il processo si riduce a poca e declamatoria cosa, quest'ultimo può ben esistere – ed esprimere almeno alcune delle sue utilità – in una società senza un diritto sostanziale preventivamente (ossia: legislativamente) posto, che determini la prevalenza di un interesse su altri attraverso la attribuzione ai singoli di doveri, di poteri (situazioni elementari: la prima statica, la seconda dinamica) e poi di diritti, facoltà, etc. (aggregati di situazioni elementari). Negli ordinamenti consuetudinari, il ruolo del processo nei casi precedenti concorre alla posizione della norma per la miglior soluzione di quelli futuri (*judge made law*, la sentenza del giudice inglese crea nuovo diritto, solo formalmente dichiarando il *common law*).

Negli stessi ordinamenti a base legislativa, in cui ad uno o più organi accentrati spetta il potere normativo – che verrà esercitato prefigurandosi concrete situazioni di conflitto e sancendo la prevalenza di determinati interessi ed aspirazioni su altri, assicurando loro il sostegno della comunità –, si avrà un diritto posto a mo' di progetto vincolante, proiettato verso il futuro, di regolazione degli snodi critici della vita sociale.

L'attuazione di questo progetto, onde farne un ordinamento giuridico vitale, risiede – oltre che innanzitutto nella cooperazione media dei singoli (problema dell'effettività) – nello sviluppo giurisdizionale di quel progetto attraverso manifestazioni di volontà giuridica rivolte a casi concreti già verificatisi. A quei casi, in base ad un giudizio specificatore della norma, si impone un comando destinato a valere per sanzionare nella specie l'illecito commesso, ma anche – in termini e forme più o meno nette – capace di (anche se non intenzionalmente volto a) meglio fissare i limiti di liceità di comportamenti futuri. In ultima battuta l'ordinamento giuridico di una società è il frutto mobile e reattivo non solo dell'esercizio del potere legislativo, ma anche dei giudizi specificatori formulati, in occasione del loro agire in osservanza alla norma, dai singoli consociati e – quando questi divergano fra loro – dalle pronunce giurisdizionali.

Il giudice e la legge scritta

Questo carattere decentrato nella specificazione della norma (specificazione a

seconda dei casi più o meno visibile ed intensa, è questione solo quantitativa) è, ovviamente, il riflesso del fenomeno per cui la norma esige sempre una interpretazione e ne è, a ben vedere, essa stessa il risultato. A sua volta l'interpretazione dell'enunciato legislativo non può essere mero rinvenimento di senso giuridico preesistente, ma è attribuzione di senso in virtù di un apporto ricostruttivo non privo di (più o meno evidenti o preminenti) componenti creative. La garanzia contro l'arbitrio (innanzitutto dei giudici, che sono soggetti soltanto alla legge) risiede principalmente nel carattere collettivo e polifonico – sia nel tempo che nello spazio (sincronico e diacronico) – nonché nel conseguente carattere dialogico della ricerca del senso giuridico degli enunciati contenuti nel documento legislativo. La partecipazione di tutti i consociati, dei loro consulenti ed avvocati (giuristi proponenti) – oltre e prima che dei giudici (giuristi giudicanti) –, a questo lavoro continuo di espressione concreta dell'ordinamento giuridico, assicura a tutti che la volontà del legislatore, di qualunque legislatore sia legittimato ad operare entro quel dato ordinamento (democratico o meno che esso sia), non venga tradita. Meglio, che ciò non possa accadere per il mero arbitrio di uno o più organi giurisdizionali ma solo in base ad un fenomeno partecipativo più o meno ampio. Ad esempio, la *jurisprudence* francese dell'*ancien régime* – frutto del lavoro di pochi giudici che sedevano nelle Corti-*parlements* (di cui quella di Parigi era solo la principale e più antica) per diritto ereditario venalmente acquisito – partecipativa lo era anch'essa, ma non molto poiché assai elitaria e dinastica. La rivoluzione anche (e forse anzi eminentemente) giuridica che si ebbe in Francia nel 1789, pur volendo restaurare l'intangibilità e l'eshaustività del comando legislativo – è qui, come repressione della straripante creatività della antica giurisprudenza, l'origine della Cassazione, come vedremo (v. sez. VII, cap. 3) – non ottenne affatto il risultato agognato; esso era utopico, infatti, poiché quello del legislatore può essere solo un progetto di regola giuridica. E così anche la creazione di un organo accentrato di controllo e garanzia, il Tribunale parigino di Cassazione, diede presto luogo ad una nuova, vera Corte suprema, la nuova Cassazione, che da “guardiano” dei giudici ne divenne vertice e guida, formulando “principi di diritto” divenuti vincolanti almeno per i giudici di rinvio, e finì piuttosto con l'ampliare la base partecipativa del processo giurisprudenziale di concretizzazione e specificazione del diritto scritto in genere, e dei nuovi codici francesi napoleonici (indi, dalla metà dell'ottocento, imitati in Italia) in particolare.

... e l'influenza
degli altri interpreti

L'interpretazione
giurisprudenziale

Di questo sforzo collettivo e pluralistico il processo giurisdizionale è momento saliente ma non esclusivo. Inoltre questo ruolo centrale non è giocato dal singolo processo, ma dall'intreccio sincronico e diacronico di tanti dibattiti giudiziari e di tante sentenze e correlate vicende impugnatorie (appelli, cassazioni, rinvii, etc.), nonché degli echi dottrinali che esse provocano e, più ancora, dei riflessi che se ne avranno in successivi processi in cui ricorrano le medesime o analoghe questioni giuridiche. Anche il legislatore può (voler) prendere parte a quest'opera, riformulando – in base alla

giurisprudenza, magari in reazione ad essa – l'enunciato da interpretarsi; ma nemmeno questo intervento, quand'anche assuma la forma estrema (e rude) della c.d. interpretazione legislativa autentica, può mai ambire ad essere l'approdo finale. Il ruolo dei giudici di ultimo grado e così delle c.d. corti supreme (e non solo se strutturate secondo gli stilemi della Cassazione, ossia senza coinvolgimento nella decisione di merito sulla causa, sul c.d. fondo dell'affare) è il più intenso ed efficiente, ma non può mai essere egemone. Nemmeno ove viga lo *stare decisis* in forma più netta, come negli ordinamenti di *common law*, perché anche l'impiego della tecnica della *ratio distinguendi* da parte dei giudici sottordinati, al fine di valutare la vincolatività, nel caso di specie, dei vari precedenti, concreta esso pure attività di vera interpretazione. A dominare non è nemmeno il ruolo della dottrina, ancorché da non sottovalutare; mentre è pur notevole, anche se rischia spesso di non essere sottolineato, quello dei giuristi propositori per eccellenza: gli avvocati (ciò è vero soprattutto in ordinamenti di *common law* ad accentuato dinamismo sociale, cui il *litigation process* partecipa, quale quello statunitense); nonché quello dei giudici di merito, autori di decisioni e scelte interpretative soggette a successiva verifica per impulso delle parti.

Sarebbe, crediamo, inappropriato tradurre queste riflessioni *tout court* in termini di fonti del diritto plurime (o anche solo di "formanti", per usare suggestioni – oggi, nella nostra letteratura: da R. Sacco – fortunate e incisivamente tratte dalla linguistica), e così in concorrenza fra loro. Non che – intendiamoci – ciò non valga a cogliere talora una realistica immagine della realtà complessa e polifonica del farsi ed affermarsi della norma. Piuttosto è da temere che siffatte descrizioni del fenomeno incitino giudici, dottori, avvocati, ingegni giuridici spontanei di varia indole ad allentare di proposito il contatto e la aderenza rispetto al prodotto legislativo, ravvisando in quest'ultimo solo un "formante" del diritto virtualmente paritario rispetto alla loro personale opera. Si deborderebbe così in esperienze, poco costruttive al postutto, di "diritto libero", metaforicamente una sorta di droga eccitante di cui la *discordia concors* propria della (buona) polifonia interpretativa non si avvantaggia in alcun senso. "La portata, o efficienza, evolutiva è solo un risultato conseguenziale e magari inconsapevole" (per dirla con Betti; risultato che sarà per solito migliore, anzi, soggiungerei, quando inconsapevole) "del processo ermeneutico". La subordinazione alla legge dell'interprete – di ogni interprete, e soprattutto del giudice che sentenzia – va tenuta ferma e non è (non può essere, per la natura delle cose) contraddittoria con l'affermazione del carattere in parte anche creativo dell'ermeneutica, che è notevolissimo ma – funzionalmente – né indipendente né originario: è creazione nel senso di una attività cui spetta di attualizzare una virtualità insita, se non sempre nella volontà dell'organo legislativo, nel sistema di enunciati che esso ha posto. È esercizio di congenialità (e quindi spontaneamente costretto), non già di libera inventiva.

Concorrenza fra c.d. formanti?

In questi termini, e per concludere, il processo giurisdizionale solo semplicisticamente è detto mezzo e strumento di attuazione del diritto sostanziale. A meglio vedere, esso deve porsi

L'applicazione giudiziaria del diritto processuale

come congegno giuridico strumentale (v. sopra). Non di meno esso rimane momento per eccellenza del formarsi dell'ordinamento giuridico, certo non esclusivo, eppure eminente anche negli ordinamenti che si dicono – di nuovo con una approssimazione – “a diritto scritto legislativo”.

Il diritto processuale regola i modi del processo (o meglio: dei vari tipi di processo), ma esso pure non è solo enunciato legislativo o codicistico, bensì la risultante di un proprio processo concretizzatore di interpretazione, il quale qui però – per l'oggetto stesso della norma che deve scaturire dalla interpretazione (volta a regolare il processo) – si compie pressoché per intero ad opera di giudici ed avvocati *nel processo*, e non anche innanzitutto nella società e in via diffusa. Una interpretazione, insomma, a polifonia solo ristretta (e un poco corporativa), che può con facilità subire il rischio grave di arbitrii o fossilizzazioni (il c.d. *Stylus Curiae*) che acuiscono particolarmente, nel campo del diritto processuale, lo scarto fra diritto *on the books* e diritto *in action*. Ciò avviene dunque proprio per la ristrettezza del campo degli interpreti che possono interloquire efficacemente al riguardo e, più ancora, a cagione dell'interesse pratico che può accomunare giudici ed avvocati nel discostarsi, eludere – o talora evadere marchianamente – il precetto legislativo. Ad esempio nel modo di trattazione delle cause in udienza, che in Italia – come tutti sanno – somiglia ben poco a quanto descritto negli articoli del codice di procedura civile che è, per le ragioni che si son dette, il tipo di legge che più di ogni altro si vede conteso il passo dal costume e dalle convenzioni (tacite) del mondo giudiziario, non di rado nel senso di accentuarne il formalismo ed una certa qual tendenza a porsi come realtà ed esperienza fine a se stessa. È stato esattamente notato che “... diversamente dagli altri prodotti umani ... la norma giuridica (una volta che è *presente*) non è affatto indipendente dal comportamento degli uomini a cui essa si riferisce ... le norme giuridiche non vengono immesse nel flusso della storia come prodotti finiti dello spirito umano”. “Il complesso sistema di massime di azione, forme di pensiero, misure di valutazione, decisioni di volontà, utensili spirituali, *routine* procedurale, che chiamiamo diritto, non è una *teoria*. È piuttosto una prassi vitale degli uomini ... è sempre ciò che gli uomini, a cui esso si riferisce, fanno di lui” (G. HUSSERL, *Diritto e tempo* [tit. orig. *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt a.M. 1995], trad. it., Milano 1998, 35 s.). Difficile negarlo. Ebbene, considerazioni di questo genere impensieriscono chi seriamente s'interroghi intorno alle nuove prospettive aperte dalle riforme processuali, a partire da quella del 1990 per arrivare alla più recente, del 2022.

Torniamo ora al rapporto fra la nostra materia ed il diritto civile.

Le tutele dei diritti
ed il processo

Sempre dai loro precedenti studi di diritto privato, gli studenti avranno percepito non solo l'esistenza del processo, ma anche alcuni profili di più immediata rilevanza connessi con la stessa esistenza del fenomeno processuale. Ad es., le cosiddette azioni giudiziali e così, fra tante, la rivendica, la *hereditatis petitio*, l'azione surrogatoria, l'azione revocatoria, e altri aspetti più particolari del fenomeno delle azioni civili (perché intese talvolta

come azioni meramente cautelari) come il sequestro conservativo e giudiziario. In effetti, è nel codice civile che vi sono le norme su cui poggia l'intera materia delle tutele erogabili dal (e nel) processo civile. Sono gli artt. 2907 ss., contenuti nel (titolo IV del) libro VI c.c., libro relativo alla tutela dei diritti.

Orbene, nel libro VI del codice civile, lo studioso ha modo di incontrare una serie di istituti molto vari ed eterogenei: dalle ipoteche e dal pegno ai privilegi, dalle vicende di prescrizione dei diritti alle decadenze (riferentesi piuttosto ai poteri o alle azioni), dalle prove ai sequestri, dai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale del debitore al giudicato. Nel libro VI c.c., in effetti, il legislatore si è premurato di fare una sorta di inventario di tutti quegli istituti che possono servire a dare certezza, stabilità e garanzia ai diritti soggettivi sostanziali.

Si tratta di istituti solo in parte, o per qualche verso, di natura processuale che, però, sono stati pensati dal legislatore in funzione di garantire i diritti e le situazioni giuridiche soggettive sostanziali riconosciute ai privati nei libri precedenti del c.c. e nelle leggi speciali.

La tutela
extra processuale

Così, per addentrarci in questa zona di confine fra sostanza e processo con alcuni esempi, la prescrizione – figura antica (solo nel *common law* tuttora di natura processuale, stante la tipicità delle azioni) – è quella vicenda estintiva dei diritti per cui, trascorso un determinato periodo di tempo in relazione al quale si sia protratta un'inattività del creditore, si verifica appunto l'estinzione del credito e, pertanto, viene a ristabilirsi una situazione di certezza. La quale certezza è una forma di tutela della posizione del debitore, a fronte di un creditore che rimane inerte troppo a lungo nel far valere il suo diritto, anche soltanto in forma stragiudiziale, mantenendo così un disinteresse che l'ordinamento sanziona con la perdita del suo diritto.

O forse più precisamente, ovvero analiticamente, la vicenda che subisce un rapporto obbligatorio, per effetto della prescrizione (che il processo civile, a differenza del penale, vale però ad evitare: v. gli artt. 2943 ss. c.c., sui quali *infra*, sez. III, cap. 5) è più articolata della pura e semplice estinzione, sia pure rinunciabile *ex art.* 2937, anche per fatti concludenti, e soggetta in giudizio ad un onere di eccezione *ex art.* 2938 c.c.

La prescrizione

La “pretesa” creditoria, e così di riflesso anche il diritto di azione in cui essa si esprime in sede processuale, viene meno per effetto della fattispecie prescrizionale (che include anche, se del caso, la sua invocazione in via di eccezione da parte del debitore convenuto). Il dovere di prestare in capo al debitore diviene non più coercibile. Permane però una forma ridotta di rilevanza (e così di protezione) giuridica del rapporto obbligatorio e dunque dell'interesse del creditore alla prestazione: egli non può più pretenderla, ma se la controparte contrattuale adempie spontaneamente ciò non costituisce una attribuzione patrimoniale indebita e così non sorge alcun credito né alcuna azione restitutoria: **art. 2940 c.c.** È la c.d. *soluti retentio*, alternativa alla nascita della *condictio indebiti*, che si ha solo quando è effettuata una prestazione cui non corrisponde più alcun rapporto obbligatorio, a cagione della vera e completa estinzione di esso (come nel caso di una sua precedente remissione oppure di duplice adempimento, etc.). Parlare per il credito pre-

scritto di obbligazione naturale (e quindi con rilievo *in thesi* solo etico e non giuridico) è impreciso: non abbiamo qui un *aliud*, quanto in un certo senso un *minus* (sulla stessa linea v. anche l'**art. 1251** c.c. in tema di compensazione).

Nel complesso si attua così una forma particolare di tutela della sfera giuridica del debitore: egli non è più soggetto, decorso il termine prescrizione, alla pretesa soddisfattiva del creditore, senza essere però liberato ad ogni altro effetto giuridico (non solo etico) dalla obbligazione. L'intera vicenda opera comunque sul terreno del diritto civile (sia pure su quella che i tedeschi dicono *Anspruch* – pretesa – piuttosto che sull'intera obbligazione) e non su quello del diritto processuale: l'azione di condanna per il credito prescritto incontrerà un rigetto nel merito, e non un rigetto per inammissibilità processuale. Solo una azione di mero accertamento del credito che – a detta stessa dell'attore – pacificamente si ammetta essere prescritto, e allorché il convenuto sollevi l'eccezione, potrebbe essere rigettata (forse) già "in rito", ovvero per difetto di interesse ad agire *ex art. 100* c.p.c. (v. in tema *infra*, alla sez. III, cap. 10). La figura dell'estinzione probabilmente basta invece a spiegare la prescrizione degli altri diritti prescrivibili diversi dai diritti di credito, ad esempio quella tipica del diritto italiano ma non di quello tedesco, dei diritti reali diversi dalla proprietà, la quale invece non si prescrive mai e solo può venire acquisita per usucapione da altri. Anche i poteri – o "diritti potestativi" – non si prescrivono, come vedremo: per essi opera però la contigua figura della "decadenza".

La decadenza ■ La decadenza è figura di conio più recente (entrò alla fine del c.c. all'ultima ora nel 1942). Essa attiene ai poteri e/o ai c.d. diritti potestativi (mai ai diritti reali o di credito) e così ha, rispetto alla prescrizione dei diritti, qualcosa di simile e qualcosa di diverso. Qui, vi è piuttosto la consumazione di un potere, che l'ordinamento prevede che nasca, ma che debba essere esercitato entro un certo termine, onde si ottenga senza troppo indugio il risultato verso cui è rivolto, ristabilendo la certezza della situazione giuridica soggetta a modificazione. Così, se entro tale termine non vi è stato esercizio alcuno, si decade da quel potere e in sostanza non si ottiene un certo risultato utile che, il più delle volte, consiste proprio nella nascita di un diritto o di una azione, soggetti poi a propri termini prescrizione (si pensi alla garanzia per i vizi nella vendita, v. **art. 1495** c.c.). La ben differente disciplina della prescrizione e della decadenza è conseguenza della loro diversa essenza, per cui la seconda non tollera interruzioni e non di rado si può impedire solo con una tempestiva domanda giudiziale che ponga capo ad una sentenza (*infra*, sez. III, cap. 5).

L'azione surrogatoria e quella revocatoria ■ Le azioni a tutela della garanzia patrimoniale del debitore, in particolare l'azione surrogatoria di cui all'**art. 2900** c.c. e quella revocatoria di cui all'**art. 2901**, sono due strumenti posti a disposizione del creditore quando il debitore si comporta in maniera tale da erodere quella garanzia patrimoniale generica (data dal patrimonio del debitore stesso), che spetta al creditore ai sensi dell'**art. 2740** e che, in qualche modo, costituisce una sorta di pegno generico offerto a tutela delle ragioni del creditore.

Venute meno da secoli le azioni tipiche romanistiche, l'azione surrogatoria è una forma di legittimazione mentre l'azione revocatoria presuppone l'esercizio di

un potere di azione costitutivo. Nel primo caso, a fronte di un debitore che lascia impoverire il suo patrimonio non esercitando i suoi diritti, viene data la possibilità della sostituzione surrogatoria, che può anche assumere le forme di un'azione giudiziale esercitata per surrogazione (vedremo essere questo il caso più notevole del fenomeno eccezionale della c.d. sostituzione processuale; sez. III, cap. 9).

Là dove, invece, v'è un debitore che aliena dei beni appartenenti al suo patrimonio per frodare, in questo modo, i diritti dei creditori e, quindi, per non far più trovare capienza, in futuro, alla loro azione esecutiva sul proprio assetto patrimoniale, l'ordinamento consente di esercitare l'azione revocatoria, che, in sostanza, è un'azione rivolta a ottenere una sentenza che renderà inopponibile al creditore che ha agito (non in genere ai terzi) l'alienazione pernicioso, pregiudizievole dei suoi diritti, che rimane, oltre che valida, pienamente efficace ad ogni altro proposito. L'ipotesi è appunto quella di una sentenza "costitutiva" (art. 2908 c.c., su cui v. oltre), sia pure dotata di una efficacia modificativa assai peculiare e forse più di indole processuale che sostanziale: l'effetto della sentenza che accoglie l'azione revocatoria è ripristinare l'assoggettabilità del bene alienato (in frode ai creditori) alla azione esecutiva per espropriazione, e così di legittimare una particolare forma di espropriazione forzata che, appunto per il fatto di avere eccezionalmente ad oggetto un bene ormai fuoriuscito dal patrimonio del debitore, viene detta contro il terzo proprietario (v. *infra*, sez. II, cap. 7). Ciò rende infondata l'eventuale opposizione di terzo (*ex art.* 619 c.p.c.) dell'acquirente contro il pignoramento di quel bene.

Tutto questo lo diciamo non per cercare di passare in rassegna, tanto rapidamente, i numerosi istituti contenuti nel libro VI del codice civile che attengono alla tutela civile (e sovente giurisdizionale) dei diritti, ma per mostrare con qualche esempio dove sta e come va ricostruito, in concreto, il raccordo, il *trait d'union* fondamentale (per differenti ragioni, tipico della cultura italiana, lontano da quella sia francese sia inglese) fra il codice civile e il codice di procedura civile e i relativi studi irrelati. Questo raccordo si situa, appunto, nel libro VI del codice civile, il quale si occupa della tutela dei diritti e colloca questo tema in una prospettiva molto più ampia, vale a dire, come tutela soprattutto e innanzitutto stragiudiziale dei diritti. Così, il tema delle prove documentali, trattato nel libro VI, è visto dal legislatore del codice civile come quello che attiene alla predisposizione dello strumento più utile a garantire il corretto svolgimento dei rapporti giuridici, in quanto la preconstituzione di una prova e in particolare di una prova documentale, scoraggerà più facilmente la violazione del diritto. Altrimenti detto, il titolare del diritto non avrà bisogno di ricorrere alla spesso (ed in vari sensi) incerta prova testimoniale per tutelare la sua pretesa giuridica, ma potrà immediatamente basare la fondatezza del suo vanto giuridico su un documento e sulla sua efficacia probatoria legale (diversa, peraltro, secondo che si tratti di atto pubblico o di scrittura privata: artt. 2700 e 2702 c.c.; v. sez. VI, cap. 7). Sequestri, ipoteche, privilegi, trascrizioni, etc., si prestano ad una serie di riflessioni diverse eppure analogamente ispirate.

I capisaldi della tutela
giurisdizionale nel
codice civile

Del libro VI c.c., in questo momento, interessano soprattutto gli artt. 2907 ss., poiché sono quelli che più direttamente focalizzano la ragion d'essere del processo, e quindi della tutela giurisdizionale, di cui tratta la triade di norme, artt. 2907, 2908 e 2909, racchiuse all'esordio del titolo IV del libro VI. Esse sono la testa di ponte, entro il c.c., del diritto processuale e della funzione giurisdizionale di cognizione e ne disegnano altresì l'intero arco funzionale: dalla azione al giudicato.

La collocazione nel libro VI di questo gruppo organico di norme relative alla tutela dei diritti attraverso la giurisdizione (novità rispetto al c.c. del 1865) è spiegata così nella Relazione al codice civile (di penna di grandi ingegni, fra cui, su questi temi, R. Nicolò), al n. 1184 (e v. anche il n. 1065), nel tracciare – seppur discutibilmente – un confine fra norme di diritto sostanziale e norme di diritto processuale: “Appartengono ... all'ordine delle discipline processuali tutte quelle (norme) che riguardano il modo e cioè per l'appunto il ‘processo’ di formazione dei provvedimenti giurisdizionali”; ma andrebbe ricondotta alla disciplina già del modo di essere e di affermarsi dei diritti soggettivi la determinazione di “quali siano i possibili provvedimenti finali di merito e (di) quale efficacia essi spieghino dopo ‘usciti’ dal processo, e cioè sul mondo dei rapporti sostanziali”. Questi problemi, invero non meramente classificatori, continuano a stimolare la riflessione della dottrina; la quale si è mostrata, specie in un primo tempo, non di rado critica, rilevando che la natura delle stesse norme che fissano gli effetti degli atti giudiziari rimane *processuale*, pur quando quegli effetti siano destinati a ripercuotersi, in via mediata o immediata, come la sentenza di merito, in un ordine giuridico distinto (Liebman).

Altri studiosi, invece, manifestano minori perplessità su tale impostazione del codice civile, segnalando la presenza in essa di un collegamento coerente fra disciplina dell'accertamento giurisdizionale, della prova e della pubblicità: tutti strumenti di tutela dei diritti imperniati sull'onere di diligente attivazione dell'interessato che, nel processo, si specifica nel *principio della domanda di parte* (Rescigno).

Più in generale si è pure cercato di mostrare come gli artt. 2907 ss. riescano ad esprimere il loro genuino valore, evitando di configurare mere ripetizioni di talune disposizioni del codice di procedura civile, solo se si attribuisca loro una *ratio* ed un ruolo di diritto sostanziale. Vale a dire: tali disposizioni dovrebbero considerarsi rivolte a regolare non l'aspetto dinamico, ma quello statico di alcuni istituti processuali, apprezzati insomma nella loro funzione di *rimedio* per diritti riguardati come esistenti e non già solo affermati dalla parte (Busnelli).

L'art. 2907 c.c. rubricato “Attività giurisdizionale” è la pietra angolare della “sutura” e 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”. Il secondo comma, sulla domanda nell'interesse non dei singoli ma delle categorie professionali, non lo si prende qui in considerazione, perché non si è nemmeno certi se sia ancora in vigore; verosimilmente, l'abrogazione tacita di questo co. 2 si sarebbe avuta già con la caduta dell'ordinamento corporativo nel 1944.

Ritorniamo, dunque, all'analisi del comma primo, il quale sembra dire una cosa ovvia, e invece esso è il caposaldo dell'intera costruzione processuale. In questa norma, prima ancora che intervenisse la Costituzione, che pure ha un articolo dedicato a questo (ed è l'art. 24, co. 1), il legislatore del codice civile aveva infatti posto un *chiaro principio base*: chi si afferma titolare di un diritto soggettivo sostanziale e lo ritiene violato, può, se vuole, con una sua precisa domanda, rivolgersi a un organo dello Stato, cioè l'autorità giurisdizionale ordinaria, affinché si compia la prestazione, attraverso i giudici, di tutela giurisdizionale. Si tratta del c.d. *principio della domanda*, o *principio dispositivo sostanziale* (v. oltre).

L'art. 2907 ed il principio della domanda

La prestazione giurisdizionale che lo Stato pone in essere, su domanda di parte, è una sorta di servizio pubblico essenzialissimo, che lo Stato stesso (lo Stato non primitivo, almeno) non può scegliere di dare o non dare a suo piacimento, senza menomare, per un verso, la propria stessa sovranità e, per altro verso, senza incrinare alla radice la forza delle regole del diritto sostanziale (o primario). Se l'ordinamento non assicurasse la prestazione giurisdizionale – mentre vieta ai singoli di farsi ragione da sé (anche con sanzione penale) – non avrebbe assolutamente senso dire che Caio è creditore, oppure Tizio è proprietario oppure, ancora, che Sempronio è titolare di un diritto di servitù. Sarebbero delle affermazioni prive di costrutto, perché, nel momento in cui il contenuto del diritto ascritto a Tizio, Caio o Sempronio non venga spontaneamente riconosciuto e soddisfatto dalla controparte, e a loro sia vietato di realizzare coattivamente da sé soli la propria pretesa, ebbene in quel momento, se non ci fosse un sistema per sbloccare questa crisi nella vita del diritto soggettivo sostanziale, sarebbe vano aver detto che esistono in capo a quei soggetti i diritti soggettivi sostanziali. Perciò, questo tipo di prestazione statale, vale a dire la tutela giurisdizionale, è una delle non molte prestazioni statali, che sostanzialmente connotano qualunque Stato moderno, il quale voglia cioè rinunciare al principio primitivo dell'autotutela privata, sia pure controllata da organi pubblici affinché si mantenga proporzionata (come avveniva nei diritti già un po' sviluppati, ma arcaici, come nella Roma dei primi secoli della sua vita). L'alternativa alla predisposizione del processo come strumento di composizione delle liti sarebbe insomma solo quella di continuare ad affermare che ogni consociato possa farsi giustizia da sé, limitarsi a regolarne le forme rituali (secondo il modello delle prime *legis actiones* romanistiche) e reprimere gli eccessi e gli abusi.

Orbene, va da sé che un sistema del genere porta – superata la dimensione racchiusa della *civitas* arcaica – alla più totale confusione nei rapporti sociali e, dunque, nella storia delle società, degli ordinamenti giuridici, è stato superato molto presto, anche se non immediatamente, creando appunto un'autorità specificamente giurisdizionale, depositaria di una frazione dei poteri sovrani.

Il divieto di autotutela

... e il superamento
anche del primato
dell'arbitrato e della
giustizia privata

Il primo momento evolutivo, nel senso sopra richiamato, si è avuto stabilendo una sorta di obbligatorietà ad assoggettarsi (secondo una volontà indotta dalla minaccia di sanzioni) ad una decisione privata, ed allora in qualche modo arbitrare. Secondo alcuni, così si spiegherebbe l'origine della *litis contestatio*, a sfondo pattizio, connotato saliente del processo formulare, dopo l'epoca arcaica ... emblemizzata dalla *manus iniectio* e altre *legis actiones*; è un accordo, preparatorio del giudizio, che l'ordinamento romano induceva le parti a concludere con strumenti compulsori indiretti. Storicamente, è da riconoscere che prima è nato l'arbitrato, successivamente il processo giurisdizionale statale. Anche se già l'arbitrato è da considerarsi, seppure *in nuce*, un processo: abbiamo un terzo soggetto, diverso dalle parti contendenti, che è tenuto a rendere una decisione sull'assetto dei rapporti giuridici esistenti tra queste parti, decisione che è vincolante per le stesse. La differenza risiede nel fatto che l'arbitro è un privato e non un organo dello Stato; inoltre, il vincolo alla sua decisione per le parti discende, in sostanza, da una ricezione nell'ordinamento generale che la decisione arbitrare subisce per effetto di una norma.

Tuttavia, molto presto si è avuta la creazione di veri e propri giudici. Così, volgendo lo sguardo al diritto romano, troviamo che nel processo formulare vi era un giudice e un arbitro: il *praetor urbanus* era un giudice (sia pure molto particolare, in virtù di un *imperium* ben più complesso e polifunzionale quale era quello dei "magistrati" romani *cum imperio*: consoli e pretori, principalmente); e lo *iudex privatus* era molto vicino a un arbitro, che in base alla *formula* enucleata dal *praetor*, giudicava sulla lite: il profilo giurisdicente pubblicistico e quello solutorio in fatto della lite si intrecciavano in un modo molto ingegnoso, da cui derivava fra l'altro la non impugnabilità della *sententia* dello *iudex privatus*.

Dopo la vicenda del processo formulare, con la *cognitio extra ordinem* e quindi soprattutto nel diritto postclassico, troviamo ormai semplicemente la figura del giudice, introdotto nel sistema statale. Anche se la funzione giurisdizionale non era – e a lungo nella storia non fu – ben separata da quella governativa ed amministrativa: l'*imperium* – ripetiamo – era unitario, come lo fu poi nei sistemi monarchici medioevali. La piramide gerarchica fra diversi organi originò, in quest'epoca, il fenomeno della impugnabilità delle sentenze e così innanzitutto l'appello (spesso era dato un doppio appello: il secondo al tribunale imperiale).

Orbene, nell'art. 2907 c.c. innanzitutto si ripercorre sostanzialmente questo ormai ovvio sviluppo evolutivo, vale a dire, occorre leggersi in controluce che lo Stato rivendica a sé il compito di tutelare i diritti violati.

Cosicché, si ha qui anche un *pendant* diretto nel codice civile di quei reati, la cui previsione è contenuta nel codice penale (agli artt. 392 e 393 c.p.), che puniscono la cosiddetta "ragion fattasi", cioè l'autotutela dei propri diritti. Questo perché in capo al titolare di un diritto vi è anche l'*onere*, cui fa riscontro un *potere esclusivo della parte*, di rivolgersi per la sua protezione e riconoscimento allo Stato, attraverso una domanda giudiziale. E quest'ultimo concetto di disponibilità "riservata" è l'altro aspetto fondamentale dell'art. 2907 c.c.: la scelta di attivare i meccanismi del processo e quelli della funzione giurisdizionale è rimessa in via tenden-

Esclusività
dell'impulso di parte

zionalmente esclusiva e libera al titolare del diritto leso, non essendoci un'iniziativa *ex officio*.

È il cosiddetto principio della domanda di parte, di solito privata; talora pubblica (v. oltre).

Il principio per cui, quando c'è una violazione di un diritto, la prestazione della tutela giurisdizionale avvenga *ex officio*, cioè in via automatica, come avviene nel processo penale, è rifiutato, in quanto non conforme a una visione di tipo fondamentale ed in senso lato liberale dell'ordinamento giuridico. L'iniziativa del processo penale è assunta, obbligatoriamente, dal Pubblico Ministero, mentre all'offeso spetta solo il potere di far valere nel processo penale – se lo crede, costituendosi a tal fine parte civile; altrimenti in un separato processo civile (art. 75 c.p.p.) – i suoi diritti restitutorii e risarcitorii.

Ne procedat iudex ex officio

Nel processo civile anche al Pubblico Ministero è riservato un qualche ruolo sia talora come attore sia come parte che deve o può intervenire, ma è tuttavia un ruolo abbastanza eccezionale (artt. 69 e 70 c.p.c.).

Il principio base è che chi crede sia stato violato un diritto (proprio), se vuole vedere attuata la norma e disposta la tutela del caso, deve attivarsi per richiederla. Se questo non avviene, nessuno si adopera in sua vece – nessun altro lo potrà fare – e il giudice si disinteressa della crisi che c'è stata nella vita di quel diritto. È il cosiddetto *principio dispositivo sostanziale o della domanda*, che costituisce un riverbero necessario della autonomia dei privati e della loro signoria esclusiva sui beni della vita loro attribuiti dalla norma violata di diritto privato. Tale principio si qualifica sostanziale o della domanda perché, poi, si parlerà di principio dispositivo in varie accezioni inerenti piuttosto al modo di trattazione e di allegazione dei fatti semplici e soprattutto di istruzione del processo già avviato e così alle *tecniche organizzative interne*. Ci si riferisce in particolare non solo all'impulso di parte al proseguimento del processo – artt. 306 ss. –, ma anche e soprattutto alla provenienza delle iniziative probatorie, che l'art. 115, co. 1, c.p.c., sottrae al giudice per non farne un inquisitore e menomarne, seppur indirettamente, l'imparzialità, e riserva per regola alle parti e al P.M. interveniente, ex art. 70: c.d. *principio di disponibilità delle prove*. Ci sono comunque varie eccezioni in grazia delle quali lo stesso giudice può disporre prove o mezzi istruttori d'ufficio, come per l'ispezione, per certe ipotesi di esibizione, per la consulenza tecnica: artt. 117, 118, 191, 213, 240 ss. e – per il rito del lavoro – 421.

... e principio dispositivo sostanziale (o della domanda)

... e principio dispositivo istruttorio

Tale condizionamento della raccolta della prova alla richiesta di parte (o delle parti) è proprio del c.d. *modello accusatorio* di processo. Questo modello non sempre ricorre nel penale, ma tradizionalmente è adottato per rendere la giurisdizione civile fra i consociati, specie al fine di porre le parti della lite su un piano di assoluta parità (il modello è così anche definito isonomico).

Il modello accusatorio

Tale metodo di trattazione era invece tradizionalmente ripudiato nel processo penale, ove – nonostante la presenza del P.M., ossia di una parte pubblica – anche il giudice poteva dare impulso alla raccolta di prove. Il nuovo c.p.p. del 1988 ha giustamente rovesciato tale impostazione (c.d. inquisitoria, tale da rendere il giudizio asimmetrico) con l'art. 190 sul "diritto alla prova". Ai primi due commi la norma recita: "Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio". Peraltro sia nel processo civile che nel nuovo processo penale il modello accusatorio-dispositivo non è realizzato allo stato puro.

... e i poteri istruttori del giudice

Nel processo civile ordinario – benché solo nei casi previsti dalla legge – il giudice può ammettere d'ufficio alcune prove. Come si accennò, ciò vale ad es. per l'ispezione di persone o di cose e per la richiesta di informazioni alla P.A. – art. 213 –, là dove invece è tendenzialmente subordinato all'istanza di parte, *ex art.* 210, salvo che nell'ipotesi di cui all'art. 2711 c.c., l'ordine di esibizione di cose o documenti; e ciò vale, per definizione, per la consulenza tecnica d'ufficio, che non è però prova essa stessa ma ausilio al giudice nella valutazione, con metodi tecnici e scientifici, delle risultanze probatorie. Il giudice, però, deve comunque garantire il rispetto del principio del contraddittorio, che in queste ipotesi si traduce essenzialmente nel diritto alla prova contraria della parte che ha interesse a contestare l'eventuale esito a lei sfavorevole della prova ufficiosa.

Il legislatore ha pertanto così realizzato un *contemperamento fra modelli*, rinunciando ad attenersi con rigore ad uno solo di essi, ma cercando di salvaguardare la piena imparzialità del giudice attraverso la valorizzazione solo residuale dei poteri di attivazione probatoria del medesimo, onde egli possa più equilibratamente apprezzare le risultanze delle prove (*ex art.* 116, co. 1) da altri introdotte nel processo.

Solo nel processo del lavoro riformato del 1973, ove l'art. 421, co. 2, consente al giudice di disporre in ogni momento l'ammissione di *ogni mezzo di prova*, il legislatore ha abbandonato il principio della trattazione dispositiva di cui all'art. 115, co. 1, per valorizzare la tensione del processo al raggiungimento della verità materiale (Verde) in un contesto di liti fra parti socialmente sperequate. Anche tale particolare potere va esercitato solo sui fatti allegati dalle parti, con piena fermezza almeno del principio che vieta al giudice di utilizzare il suo sapere privato su fatti non notori (art. 115, co. 2) e cioè estranei alla comune esperienza e conoscenza della generalità delle persone in quel momento storico ed in quell'ambiente geografico. Ad esempio: l'intenso e caotico traffico che asfissa le tangenziali milanesi è fatto notorio nella zona – ed ormai per vero in larga parte di Italia –, ma non lo sarebbe per un giudice irlandese; altro esempio: il carattere inquinante e nocivo degli *spray* con gas oppure dei rivestimenti in eternit è oggi notorio mentre era noto solo ad alcuni trenta anni fa. Per ulteriori sviluppi in argomento v. *infra*, sez. VI, cap. 6.

Quindi, occorre chiarire che quella del principio della domanda, che emerge dall'art. 2907, è la prima accezione, quella di base, di questo famoso principio dispositivo: essa esprime il fatto che il processo è a disposizione delle parti nel "se" (cioè nell'*an*) e nell'oggetto. Se, invece, le parti a ciò legittimate non inten-

dono ricorrere al giudice, non ci sarà un processo ed allora, o la violazione del diritto cesserà spontaneamente e così avremo la lite composta sul piano sostanziale, oppure l'insoddisfazione del diritto continuerà, perché, poniamo, il debitore persevera a non voler pagare il suo debito. Decorso un certo periodo di inerzia, sarà il diritto non esercitato ad estinguersi (per prescrizione) e lo stato di diritto ritornerà per questa via a coincidere con la situazione fattuale che, alla lunga, cesserà di risultare illecita.

Pertanto, il fatto che l'obbligazione rimanga inadempita – ed in genere ciò vale per ogni diritto disponibile – è una circostanza che, di per sé sola, non turba minimamente l'ordinamento e quindi è ben possibile che vi siano violazioni della legge che rimangono a lungo in vita senza che lo Stato intervenga a reprimerle. E questo a differenza delle violazioni della legge penale, così come di quelle riguardanti la legge amministrativa, le quali, in quanto violazioni che coinvolgono un interesse non solo individuale ma anche e soprattutto pubblicistico, dovranno essere repressi per iniziativa d'ufficio doverosa del Pubblico Ministero, nel caso della violazione della legge penale, oppure per impulso e ad opera della pubblica amministrazione, nel caso della violazione della legge amministrativa, salvo lo scrutinio a valle del giudice amministrativo (secondo le norme del d.lgs. n. 104/2010, il c.d. codice del processo amministrativo).

Diverso modo di garantire l'osservanza delle norme penali e amministrative

Nell'ipotesi della violazione della legge civile, l'iniziativa deve essere, invece, della parte che si assume titolare del diritto leso.

Solo nei casi di cui all'art. 69 c.p.c., e nelle varie ipotesi cui esso rinvia (in materia di *status* personali, di famiglia, di società, di diritti di privativa industriale, etc.: v. artt. 23, 48, 58, 85, 102, 117, 119, 125, 308, 314, 417 ss., 2409, co. 7, c.c.; art. 37, co. 2, CCII; art. 122, d.lgs. n. 30/2005, per le azioni di nullità o decadenza concernenti titoli di proprietà industriale), la rilevanza pubblicistica di un certo rapporto privatistico induce il legislatore processuale a conferire al P.M. la legittimazione sostitutiva (straordinaria ed officiosa) a dedurlo in giudizio. Si tratta di ipotesi in cui il principio della domanda di parte risulta attenuato: quando agisce il P.M. *la domanda c'è*, ma non è della parte del rapporto controverso. Solo eccezionalmente il principio della domanda patisce vere e proprie deroghe frontali: ciò avviene quando è previsto che vi sia una sentenza del giudice senza che vi sia stata una previa domanda giudiziale, così del privato come del P.M. Casi si danno ormai soltanto in materia di minori (art. 336 c.c.); non più, dopo il 2001, in materia di adozione: l'art. 8, legge n. 184/1983, che prevedeva la possibilità che lo stato di adottabilità del minore venisse dichiarato d'ufficio, è stato superato dalla previsione dell'art. 9, co. 2 (come modificato dalla legge n. 149/2001), il quale oggi richiede sempre il ricorso del P.M.

... o anche civili ma di rilevanza pubblicistica; l'azione del P.M.

L'ipotesi esemplare era, in passato, quella della sentenza dichiarativa di fallimento, che nel vigore dell'art. 6 l. fall. (nel testo anteriore alle riforme del 2006 e 2007, per in-

tenderci) poteva esser pronunciata anche d'ufficio. La ragione di tale attivazione ufficiosa del tribunale fallimentare dipendeva dal fatto che il fallimento non solo è volto a tutelare, sia in termini di accertamento sia in termini di soddisfazione coattiva, tutti i creditori dell'imprenditore commerciale privato (non piccolo) insolvente; ma mira anche a identificare ed espellere dal mercato le imprese decotte, nonché – e questa era la sua origine saliente – ad istituire un deterrente (quasi una sanzione di diritto mercatorio) nei confronti di chi, operando nei traffici economici, venga meno al credito che gli è stato fatto dalla comunità degli affari.

L'impossibilità che la funzione giurisdizionale si attivi – eccezioni escluse – *ex officio* è dunque l'espressione di più evidente ed immediata valenza della norma di sistema contenuta nell'art. 2907. Ne ricorre, tuttavia, anche una seconda, in controluce: impossibilità che un soggetto faccia iniziare un processo per vedere tutelato un diritto di cui egli non si afferma titolare, poiché egli ritiene ed afferma che di quel diritto sia titolare un altro soggetto.

In altri termini, è affermato il principio per cui nel processo si possono dedurre i diritti, qualunque diritto (i diritti moderni non conoscono più, infatti, una griglia di azioni tipiche), semplicemente in quanto si affermi di esserne titolari. Principio, che dà corpo alla figura della legittimazione ordinaria ad agire, che poi troveremo ripreso e meglio chiarito in alcune norme del codice di procedura civile, vale a dire, nell'art. 81 rubricato "Sostituzione processuale" e nell'art. 99 rubricato "Principio della domanda".

Per la validità della domanda conta solo la prospettazione della titolarità del diritto azionato

È importante sottolineare l'uso della locuzione "chi *si afferma* titolare di un diritto", poiché sarebbe sbrigativo e semplicistico – a rigore – dire che il diritto di agire in giudizio ce l'ha solo chi è davvero titolare del diritto leso. Quando il processo inizia non si è sicuri che la domanda sia fondata e che chi agisce sia davvero colui cui spetta il diritto del quale si afferma titolare. Può essere che quel diritto affermato (preteso) con la domanda giudiziale sia rimasto insoddisfatto: talora per semplice difetto di collaborazione dell'obbligato, senza che egli elevi alcuna incertezza sul suo debito. Più spesso in quanto – in buona o cattiva fede – la controparte solleva incertezze sul rapporto perché, ad esempio, nega, magari giustamente, che quel diritto sussista *ab initio* o che quel diritto sussista contro di essa in quanto tale, o che lo stesso sia subito esigibile, o che quel diritto sia ancora in vita e non si sia già estinto, o, infine, che quel diritto esista ancora nella forma originaria e affermi invece che esso nel frattempo si sia modificato.

Ebbene, in tutti questi casi il processo serve appunto per chiarire, innanzitutto, se aveva ragione o aveva torto il debitore – qui, il convenuto – a negare di essere tenuto a una certa prestazione nei confronti dell'attore. Pertanto, è alla fine del processo che noi sapremo se chi ha agito è davvero il titolare del diritto. Ma, fin dall'inizio del processo, affinché lo stesso sia validamente instaurato e possa giungere fino alla sentenza di merito, occorre che il soggetto attore agisca a tutela di un diritto che egli comunque affermi essere il proprio, ad esclusione pertanto

della ingerenza di chicchessia nella sfera giuridica altrui, salva qualche eccezione (c.d. sostituzione processuale, talora di privati interessati a tale accertamento, talora del pubblico ministero: sul punto v. *funditus*, sez. III, capp. 8 e 9).

Alla tutela di posizioni soggettive di natura collettiva, ma di un tipo peculiare, ovvero attinenti alle categorie professionali, era dedicata la disposizione del co. 2 dell'art. 2907; la quale, improntata allo spirito solidaristico-autoritario che ha ispirato la breve stagione dell'ordinamento corporativo, intendeva garantire i diritti (nell'interesse) delle categorie professionali, prevedendone in generale l'azionabilità in giudizio direttamente da parte delle apposite associazioni legalmente riconosciute (Rel. al Re, n. 122). La proposta di esplicita abrogazione di questa disposizione, avanzata a suo tempo dalla commissione per la defascistizzazione dei codici, non ha avuto esiti; tuttavia la caducazione dell'ordinamento corporativo (d.l.l. 23 novembre 1944, n. 369) avrebbe segnato, secondo l'opinione prevalente, anche la *implicita abrogazione* di questo co. 2 dell'art. 2907. Certo la norma è rimasta priva di concreta applicabilità con l'abbandono del modello generale corporativo delle associazioni di categoria legalmente riconosciute e – quanto in special modo al fondamentale campo dei *rapporti di lavoro* – dalla successiva inattuazione del pur diverso modello additato dall'art. 39 Cost., incentrato sulla *registrazione* dei sindacati, con conseguente acquisizione della personalità giuridica e capacità di porre in essere una contrattazione collettiva con effetti vincolanti per tutti gli appartenenti alle “categorie” di riferimento (co. 4). In una prospettiva più vasta, non si è mancato tuttavia di valorizzare il significato che la legittimazione delle associazioni di categoria può ancora attualmente assumere, una volta beninteso sradicata dalle strutture giuridiche e dalle ideologie politico-economiche della stagione corporativa, ovvero quale indice della rilevanza anche processuale degli interessi di indole collettiva nel campo privatistico. Similmente si è affermato che del co. 2 dell'art. 2907 sopravviverebbe la precisa scelta normativa per cui la tutela giurisdizionale dei diritti della (o interessanti la) categoria può essere attivata solamente da soggetti investiti in modo espresso e legittimo della cura dei relativi interessi in sede processuale, in piena aderenza alla nota regola secondo cui non è ammessa gestione utile di affari altrui nel processo e per il suo tramite.

Merita ancora di notare come una ipotesi particolare di legittimazione di associazioni professionali di categoria a tutelare in giudizio i relativi interessi, in particolare contro gli atti di *concorrenza sleale* che li pregiudicano, sia contemplata dall'art. 2601 c.c. e che tale norma, ancorché collegata con l'ordinamento corporativo, si ritiene di solito tuttora vigente ed utilmente invocabile, a difesa, inibitoria e/o risarcitoria, ad esempio e frequentemente, delle denominazioni di origine dei prodotti. Il carattere di *legittimazione processuale* conferita dall'art. 2601 alle associazioni professionali non pare riconducibile alla sostituzione processuale, ravvisandosi un'azione esperita *iure proprio* e non nell'interesse dei singoli membri. Si ammette anche che l'art. 2601 fondi una simmetrica *legittimazione passiva* delle associazioni professionali.

Si noti inoltre la rubrica, non solo dell'art. 2907 (“Attività giurisdizionale”), ma anche del titolo IV del libro VI del c.c. in cui è contenuta questa norma:

“Della tutela giurisdizionale dei diritti”. Ora, l’art. 2907, in verità, non dice ancora in che cosa consista la tutela giurisdizionale dei diritti, non spiega, cioè, cosa si chiede e cosa si ottiene con la domanda giudiziale di parte. Ma la risposta la si ricava dal sistema generale – che è riflesso, meglio, per questo verso, nel successivo art. 2909, al riguardo più esplicito – e dalla funzione del processo, che è innanzitutto di *cognizione*.

Funzione basilaramente
accertativa del
processo di cognizione

La tutela giurisdizionale dei diritti è innanzitutto l’accertamento dei termini del rapporto, vale a dire se esso esista, tra chi esista, e quali modalità cronologiche e contenutistiche abbia; seppur questa è, funzionalmente, la premessa per l’eventuale attuazione coattiva dei diritti violati (alcuni pongono l’accento sul primo momento, per esprimere la caratteristica precipua della giurisdizione, altri sul secondo: v., rispettivamente, Allorio e Redenti, seguito oggi da Tavormina).

Una funzione diversa da quella della tutela giurisdizionale dei diritti è svolta dai giudici nelle ipotesi in cui il compito loro affidato dalla norma non è quello di accertare il modo di essere di un diritto controverso, bensì quello di intervenire – in tale contesto non di rado anche d’ufficio, perché non vi opera il principio dispositivo sostanziale – in negozi ed in genere in atti dei privati allorché a tal fine, per svariate ragioni, sia opportuno appunto l’intervento di un soggetto terzo e imparziale. Ad esempio: autorizzazione alle vendite di beni di minori *ex*

La volontaria
giurisdizione

art. 320, co. 3, c.c.; organizzazione della tutela dei minori, inabilitati ed interdetti, *ex artt.* 345, 346, 354, 356, 383, 384, 392, 393, 395 c.c.; omologazione della separazione consensuale dei coniugi *ex art.* 473-*bis*.51, co. 4, c.p.c.; controllo sul registro delle imprese commerciali *ex artt.* 2189, 2192 c.c. e sulle deliberazioni più importanti delle società di capitali *ex artt.* 2330, 2411. In tale chiave si potranno vedere inoltre, fra molti, gli artt. 460, 1105, ult. co., 1216, co. 2, 1473 c.c.

Questi compiti rientrano in quell’attività che è tradizionalmente chiamata *giurisdizione volontaria* (cosiddetta *iurisdictio inter volentes*, per la normale assenza di litigiosità), attività che si svolge con un procedimento semplificato in camera di consiglio (vale a dire, senza udienza pubblica), il quale sfocia nella pronuncia non di sentenze, bensì di decreti, il tutto secondo la snella procedura di cui agli artt. 737-742-*bis*, ben diversa da quella del processo di cognizione ordinario, di cui agli artt. 163 ss. I decreti sono emessi dal giudice sulla base di una valutazione di opportunità e pertanto possono essere revocati o modificati in ogni tempo; per tale ragione essi hanno un’efficacia meramente costitutiva, poiché diretti ad attuare modificazioni di rapporti sostanziali, ma *non hanno anche un contenuto di accertamento dei diritti* (ed in ciò particolarmente si differenziano dalle sentenze costitutive e dalla loro tipica stabilità, su cui v. il cap. seguente).

Per vero, in dottrina si è a lungo discusso sulla esatta natura giuridica di questo tipo di attività. Così, secondo coloro che privilegiano il momento organico-soggettivo nel definire la funzione giurisdizionale, la giurisdizione volontaria co-

stituirebbe una attività giurisdizionale vera e propria, in quanto appunto posta in essere da organi giurisdizionali. Secondo altri, invece, si tratterebbe di una attività sostanzialmente amministrativa. Quest'ultima, attenta alla funzione e agli effetti degli atti contemplati dalla norma di g.v., pare la soluzione preferibile, poiché il fatto che tale attività sia svolta dai giudici non può considerarsi elemento sufficiente per definirla attività di giurisdizione vera e propria. Nelle ipotesi di giurisdizione volontaria, invero, il giudice provvede alla tutela di interessi che, sia pure privati, hanno anche una particolare rilevanza sociale (si pensi, alla protezione dei minori-interdetti-inabilitati). Per tale ragione si è affidato a giudici (ossia ad organi pubblici per antonomasia imparziali) il compito di cooperare alla realizzazione di tali interessi. La giurisdizione volontaria è stata pertanto felicemente definita come amministrazione pubblica del diritto privato. Peraltro, anche le caratteristiche strutturali di tale attività (modificazioni discrezionali e inidoneità dei provvedimenti all'accertamento) la distinguono profondamente dall'attività giurisdizionale di cognizione, di cui continueremo ad occuparci più da vicino.

Rammentiamo (v. parte introduttiva, n. 3) brevemente la disciplina di quel gruppo di norme raggruppate negli artt. 737-742-*bis* c.p.c. sotto il titolo "Disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio".

... e il procedimento
in camera di consiglio

Giudice competente è il tribunale, in veste di giudice tutelare (art. 347 c.c.). La competenza non viene determinata secondo le regole generali ma in base alle indicazioni che emergono dalla disciplina specifica dei singoli procedimenti. La domanda si propone con ricorso inoltrato al giudice. Il presidente nomina tra i membri del collegio un relatore che ha il compito di riferire in camera di consiglio. Prima di tale relazione, il relatore provvede ad una succinta attività di istruzione ed al riscontro circa l'eventuale necessità che al procedimento partecipino altri interessati o controinteressati ai quali il giudice può disporre che il ricorso venga notificato. Per dovere d'ufficio, interessato può essere talvolta il P.M. (art. 738, co. 2, c.p.c.).

Il provvedimento con il quale si conclude il procedimento camerale ha, salvo che la legge disponga altrimenti, la forma del decreto motivato. Contro tale decreto è ammesso il reclamo da proporsi al giudice immediatamente superiore, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del decreto o dalla sua notifica.

Il decreto diviene efficace quando sono decorsi i termini senza che sia stato proposto reclamo. Il giudice ha comunque il potere di attribuire al decreto una efficacia immediata, qualora sussistano ragioni di grave urgenza. I decreti possono essere in qualunque tempo modificati o revocati (restando salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori alla modifica o alla revoca).

Va sottolineato allora che la caratteristica tipica dei procedimenti in discorso sta nella loro strutturazione in modo antitetico alla incontrovertibilità, poiché essi furono pensati per la materia della volontaria giurisdizione che non esige un accertamento (di diritti), ma, per solito, la risoluzione di questioni di opportunità in vista della migliore salvaguardia in concreto degli interessi che il legislatore vuole tutelare.