

AVVERTENZA ALLA RISTAMPA AGGIORNATA

Nella precedente edizione avvertivo che non dovrebbero scriversi Prefazioni ad un libro di procedura, perché l'attività frenetica del legislatore odierno, incontrollata ed incontrollabile, oltreché poco chiara, rende superata l'opera nel giro di poco tempo.

Eccone la riconferma. All'edizione del 2016, fa seguito questa del 2017, scritta a meno di un anno di distanza e dovuta ai due nuovi d.l. n. 59 e n. 168 del 2016, che hanno introdotto modifiche rispettivamente al processo esecutivo ed al giudizio di cassazione.

È scontato il fatto che si continua a procedere come sempre con la decretazione d'urgenza, altra assurdità che vede impiegato il modello del decreto legge al di fuori dei presupposti costituzionali, con la conseguenza dell'ineluttabile approssimazione tecnica dei contenuti che non pochi problemi crea all'interprete.

Credo che non solo il giurista, ma ogni uomo di buon senso, sia ormai arrivato alla soglia della sopportazione massima.

Basta, non se ne può più! È il momento che il legislatore decida di effettuare una riforma integrale del codice di procedura civile, se ne è capace. Altrimenti, lasci stare e ci consenta di usare questo codice così com'è, anche se ormai a brandelli, ma cessi di modificarlo ad ogni piè sospinto, con riforme incomplete ed inutili che altro effetto non hanno se non quello di aggravare lo stato già disastroso della nostra giustizia civile.

Giugno 2017

Gian Franco Ricci

PREFAZIONE ALLA SESTA EDIZIONE

Non dovrebbero mai scriversi Prefazioni ad un libro di diritto, specie se è di procedura, giacché per effetto dell'attività tanto frenetica, quanto poco chiara del legislatore odierno, ogni edizione finisce quasi immediatamente per essere superata da una nuova spesso anche in poco più di un anno. Il che, si vede subito, urta, in modo vistoso con il principio della "certezza" del diritto, che si segnala agli studenti di legge del primo anno di università come postulato eterno ed universale. Tutto il contrario di quel che avviene in pratica, giacché oggi allorché studiamo una legge nuova nei suoi dettagli, quando abbiamo finito il lavoro ci accorgiamo che essa è stata già modificata. Il che val quanto dire che ormai nel diritto non c'è più niente di certo.

Considerando ciò, tutto quel che posso dire è che l'aggiornamento che avevo fatto alla precedente edizione a seguito della riforma del 2014, oggi è superato dalla "novella" intervenuta con il d.l. n. 83 del 2015, convertito nella l. n. 132 dello stesso anno.

Ciò mi ha indotto alla necessità di dovere mettere in ordine il tutto, con una nuova edizione dell'opera.

Febbraio 2016

G.F.R.

PREFAZIONE ALLA PRIMA EDIZIONE

Chi si accinga oggi a scrivere un libro di procedura, non può non constatare come una certa sensibilità dovrebbe ormai portarci a considerare il processo, o almeno il processo civile, non più come l'espressione dell'idea assistenziale dello Stato, cioè del servizio pubblico offerto al cittadino, ma come lo strumento di cui quest'ultimo si serve per la tutela delle proprie posizioni soggettive. Di fronte alla crescente crisi della giustizia (il tempo per ottenere una sentenza si misura ormai in lustri), l'aspetto che oggi balza in primo piano è l'ansia, la preoccupazione, la delusione del singolo che chiede tutela. Emerge dunque una nuova prospettiva di indagine, che non può più essere quella della visione oggettiva della giustizia civile, bensì quella soggettiva dell'aspirazione a tale giustizia e dei mezzi per ottenerla.

Ciò spiega, non solo il largo spazio dedicato nel libro alle garanzie costituzionali del processo ed il fatto di avere posto in primo piano il diritto di azione e di difesa, ma dà anche ragione della distinzione che appare fin dalle prime pagine, fra la funzione processuale, nel che sta appunto l'essenza del chiedere la tutela delle proprie aspettative e la funzione giurisdizionale, che è solo un aspetto della prima (sicuramente il principale, ma non l'unico) e che si ha quando tale tutela viene chiesta agli organi dello Stato.

Questa distinzione fra processo e giurisdizione, che fu posta in rilievo per la prima volta da Carnelutti, appare oggi più attuale che mai, soprattutto di fronte allo svilupparsi dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie civili, che appunto in quanto tali prescindono dall'intervento dello Stato (e quindi della giurisdizione). Si pensi al sempre crescente sviluppo dell'arbitrato, che da fenomeno marginale quale l'aveva concepito il legislatore del '40, è divenuto oggi uno strumento fondamentale di giustizia.

Una visione di questo tipo è certamente la più aderente alla realtà sociale odierna. E poiché il processo non va considerato come materia di meri esercizi tecnici, anche se raffinati, appare evidente che la prospettiva di indagine che meglio di ogni altra lo colloca nella realtà concreta, è senza dubbio quella preferibile. Ciò spiega perché l'abbiamo prescelta.

Giugno 2005

Gian Franco Ricci

PARTE PRIMA
IL PROCESSO CIVILE

CAPITOLO PRIMO

PROCESSO E GIURISDIZIONE

SOMMARIO: 1. Il diritto processuale civile. Il processo. – 2. L'attività giurisdizionale. – 3. Connotato essenziale dell'attività giurisdizionale. Il giudice come «terzo». – 4. Attività giurisdizionale ed attività processuale. – 5. Il processo civile. La tutela dei diritti soggettivi. – 6. (*Segue*). La tutela degli *status*. – 7. La tesi della strumentalità del diritto processuale. – 8. Gli altri processi. – *a*) Il processo amministrativo. – *b*) Il processo tributario. – *c*) Il processo penale. – 9. La giurisdizione volontaria. – 10. I processi a contenuto oggettivo. – 11. Cognizione ed esecuzione. – 12. Critica all'idea dell'autonomia della giurisdizione cautelare. – 13. I metodi alternativi di risoluzione delle controversie. – 14. I mezzi alternativi autonomi. – 15. I mezzi alternativi eteronimi. *A*) La conciliazione stragiudiziale. – 16. *B*) La mediazione. La negoziazione assistita. – 17. *C*) L'arbitrato. – 18. Fonti normative del processo civile.

1. *Il diritto processuale civile. Il processo*

Se appare evidente che il *Diritto processuale civile* è quel complesso di norme che disciplinano la struttura e lo svolgimento del processo civile, non altrettanto evidente è il significato del termine di «processo» e di «processo civile». È innanzitutto intuitivo il rilievo per cui, se il processo civile è solo un particolare tipo di processo (anche se è quello che può definirsi tale per antonomasia), è necessario individuare che cosa sia il processo nella sua accezione giù generale.

*Diritto
processuale
civile*

Il termine «processo» evoca l'idea del giudice; questa rimanda a quella della «magistratura», che a sua volta richiama la «funzione giurisdizionale» e la separazione dei poteri dello Stato. Ed è proprio qui che sorgono i problemi, per cui anche considerando ancor oggi attuale la classica tripartizione del Montesquieu, se può non essere difficile definire quale sia lo scopo della funzione legislativa e di quella amministrativa, assai più arduo è individuare il fine di quella giurisdizionale. Non sbaglierebbe di certo chi definisse il potere legislativo come quello deputato ad emanare le leggi e quello esecutivo-amministrativo come diretto al funzionamento dell'organizzazione statale.

Processo

Ma lo scopo di quello giudiziario in realtà qual è? Contrariamente a

quanto si può pensare non è affatto facile dirlo, tant'è vero che i più illustri teoreti della procedura hanno coniato definizioni di volta in volta diverse nell'incessante ricerca dell'essenza della giurisdizione. Così la si è considerata quell'attività dello Stato che mira all'attuazione della legge; che ha per oggetto la tutela del diritto soggettivo leso; che si occupa della composizione delle liti; che è diretta all'applicazione di sanzioni.

Considerando forse non appagante nessuna di tali definizioni, v'è anche chi ne ha riposto il connotato identificativo nell'irrevocabilità del provvedimento finale e cioè nella c.d. cosa giudicata, carattere che, come meglio vedremo in seguito, distingue il prodotto dell'attività del giudice da quello delle altre funzioni dello Stato, legislativa e amministrativa. Ciò nel senso che mentre lo Stato legislatore e lo Stato amministratore possono sempre tornare sui loro atti (una legge può essere modificata e abrogata ed un provvedimento amministrativo revocato, anche dopo molto tempo), il provvedimento giurisdizionale una volta divenuto definitivo assume stabilità e *non è più suscettibile di modifica*.

La verità è che nessuna di tale concettualizzazione riesce però a dare un'idea della giurisdizione nel suo complesso e tutte quante colgono solo un particolare aspetto del fenomeno. Lo possiamo riscontrare passando al vaglio ognuna di esse.

2. L'attività giurisdizionale

*Funzione
giurisdizionale*

L'idea che la giurisdizione tenda alla tutela del diritto soggettivo violato, può tutt'al più limitare il significato del termine al processo civile. Essa quindi appare del tutto insufficiente ad identificare l'attività giurisdizionale nel suo complesso.

L'opinione, poi, che il processo serva alla composizione delle liti sembrò utile in passato per comprendere la differenza, non sempre agevole, fra giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria. Oggi come vedremo tale differenza si coglie su altre basi (v. *infra*, par. 9). Ma a parte ciò, il richiamo alla lite appare insufficiente a spiegare, ad esempio, la natura del processo di esecuzione forzata, ove più che una lite, si rinvie uno stato di «soggezione» dell'esecutato alla potestà statale.

Formalmente, l'idea della sanzione sembrerebbe quella che più di ogni altra potrebbe caratterizzare la funzione dell'attività giudiziaria. Ma la sanzione non è un connotato esclusivo di tale attività, giacché vi sono anche sanzioni meramente amministrative, che pertanto nulla hanno a che fare con il processo. Per converso, il processo civile di accertamento offre l'esempio di un processo senza sanzione.

Il richiamo al giudicato potrebbe forse apparire come un evidente tratto distintivo della giurisdizione. Esso caratterizza tanto il processo civi-

le quanto quello penale ed è presente anche nel processo amministrativo e tributario. Di esso non vi è invece traccia nell'attività legislativa e amministrativa. Ed è proprio sull'assenza della cosa giudicata nel campo della giurisdizione volontaria, che si è fatto leva per tentare di isolare quest'ultima dal novero dei fenomeni giurisdizionali in senso proprio e a farne un'ipotesi dal contenuto più affine all'attività amministrativa. Ma, a parte ciò, va considerato che l'idea della cosa giudicata appare comunque estranea a tutto il settore dell'esecuzione forzata, che non mira ad un *dictum* del giudice (il solo suscettibile di assumere autorità di giudicato), ma ad un risultato materiale tangibile.

D'altra parte, i tentativi fatti in passato soprattutto da Carnelutti e da Allorio volti a negare carattere giurisdizionale al processo esecutivo, appaiono oggi decisamente superati. Nessuno dubita più infatti che l'esecuzione civile costituisca esercizio di giurisdizione (discorso diverso potrebbe essere fatto invece, per l'esecuzione penale). Proprio per questo, gli sforzi di parte della dottrina si sono concentrati nel tentativo di vedere se anche il processo esecutivo possa in qualche modo essere caratterizzato dall'immodificabilità e stabilità del risultato. Ed anche se secondo una nota tesi, tale stabilità è stata attribuita anche all'atto finale dell'espropriazione forzata (cioè alla distribuzione della somma), utilizzando il singolare concetto di «cosa espropriata», non può non convenirsi come quest'ultimo fenomeno sia per molti altri aspetti diverso dal giudicato in senso proprio.

Essenzialmente per questo qualche autore ha sostenuto che la giurisdizione non potrebbe individuarsi se non da un punto di vista soggettivo e cioè solo attraverso il dettato dell'art. 102 Cost., in base al quale l'attività giurisdizionale non può connotarsi se non attraverso l'attività del *giudice* (art. 102, primo comma, Cost.: «la funzione giurisdizionale è esercitata da *magistrati* ...»). Tale profilo soggettivo del problema indubbiamente ha il suo peso ed induce a specifiche riflessioni allorché si tenta di cogliere i caratteri della giurisdizione volontaria (v. *infra*, par. 9), che appare essere giurisdizione solo formalmente, mentre nella sostanza secondo buona parte della dottrina presenterebbe invece delle affinità con l'attività amministrativa.

Ora, se quest'ultima ipotesi fosse fondata, considerando la vasta gamma dei procedimenti di giurisdizione volontaria, dovremmo concludere che la presenza del giudice non è condizione sufficiente per l'esistenza della funzione giurisdizionale.

È pertanto necessario tentare di ricostruire l'essenza di quest'ultima da un punto di vista oggettivo e nel contempo cercare di coglierla nel suo complesso.

3. *Connotato essenziale dell'attività giurisdizionale. Il giudice come «terzo»*

Se dunque vogliamo individuare l'essenza del fenomeno giurisdizionale, non possiamo prescindere dalla constatazione che il carattere fondamentale ed esclusivo della giurisdizione è quello della *terzietà* rispetto agli interessi in conflitto. Concetto del tutto diverso da quello di «imparzialità» che contrassegna le altre funzioni dello Stato.

Imparzialità

L'*imparzialità* è caratteristica propria di tutti i pubblici funzionari e significa agire *nell'interesse generale dello Stato* e non per un interesse privato (proprio o di terzi). Tale obbligo è previsto addirittura dalla norma costituzionale (art. 97, primo comma, Cost.) ed impone che tanto lo Stato amministratore, quanto lo Stato legislatore, agiscano imparzialmente. Ma ciò non esclude che in entrambi i casi lo Stato si ponga pur sempre come soggetto-persona giuridica, che realizza un proprio interesse. Anche la pubblica amministrazione che emana un provvedimento amministrativo, pur dovendo agire imparzialmente, è pur sempre una diretta interessata: tant'è vero che l'eventuale reazione al provvedimento, si propone *contro* l'amministrazione stessa.

Questa caratteristica, evidente nel campo amministrativo, ricorre anche nel campo legislativo. Lo si nota ad esempio nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, nell'ambito del quale la possibilità di intervenire attribuita al Presidente del Consiglio dei ministri o al Presidente della Giunta regionale, come contraddittori (art. 23, quarto comma, l. 11 marzo 1953, n. 87), potrebbe stare a rappresentare lo Stato o la Regione che sostengono la legittimità della norma impugnata e che si pongono quindi come portatori di un *proprio interesse* – sia pure pubblicistico – di conservazione dell'ordinamento.

Terzietà

Non così nel campo giurisdizionale, nel quale lo Stato-giudice non agisce come portatore di un interesse proprio, ma in posizione di «terzo» *estraneo al rapporto*. Ciò anche se in tale rapporto può essere coinvolto lo Stato stesso come persona giuridica (cioè come soggetto portatore di propri interessi, pubblici o privati). Si può pertanto affermare che, mentre imparzialità significa agire, non nell'interesse del privato, ma nell'*interesse pubblico* dello Stato, la *terzietà* è qualcosa di più perché è *agire al di sopra di ogni interesse*, sia privato che pubblico (del singolo o dello Stato), dedotto in giudizio.

È stato infatti esattamente notato che la reazione contro i provvedimenti giurisdizionali non si propone contro lo Stato-giudice, ma *allo* Stato-giudice. Diversamente, ad esempio, da quanto avviene per la reazione contro i provvedimenti degli altri due poteri (legislativo e amministrativo), che vedono invece lo Stato come resistente alla pretesa. Ne deriva che è esatto affermare che nel campo giurisdizionale, lo Stato non agisce come persona giuridica pubblica o come apparato, ma come ordi-

namento nella sua «oggettiva universalità». In sostanza si può parlare di una «asoggettività» della funzione giurisdizionale, intesa come «sganciamento» di tale funzione da tutte le altre dello Stato-persona giuridica. Ed è probabilmente in tale caratteristica, unica e singolare, che risiede la nota tipica del provvedimento giudiziario: cioè l'attitudine alla cosa giudicata, del tutto estranea agli altri poteri dello Stato.

È fra l'altro il caso di precisare che tale «terzietà» del giudice è oggi messa in rilievo dal secondo comma dell'art. 111 Cost., dopo la riforma operata dalla l. cost. n. 2 del 1999, che fa di tale carattere una condizione essenziale del «giusto processo» (anche se enfaticamente, la norma citata abbina la «terzietà» all'«imparzialità»).

Ora, se si considera che lo strumento attraverso il quale il giudice esplica la propria funzione è il *processo*, questo può pertanto definirsi come una sequela di atti posti in essere da un soggetto in posizione di terzietà. Ed è proprio la terzietà dell'organo che distingue il termine di processo da quello del semplice *procedimento* (ad esempio, il procedimento legislativo o quello amministrativo).

Secondo l'opinione tradizionale, la differenza fra processo e procedimento andrebbe ricercata su una base diversa e cioè nella partecipazione dialettica degli interessati, che si avrebbe solo nel primo dei due fenomeni.

Il *contraddittorio*, cioè la struttura dialettica del procedimento, diviene così sinonimo di processo. Un ruolo fondamentale nel pervenire a questo risultato è stato sicuramente svolto dall'art. 24 Cost., che ricollega l'agire in giudizio (primo comma), al principio della difesa (secondo comma). Difesa e contraddittorio divengono, per tutti, contrassegno del fenomeno processuale. La considerazione appare ancor più decisiva dopo la citata riforma dell'art. 111 Cost. il quale, imponendo oggi (al secondo comma) che ogni «processo» debba svolgersi necessariamente nel «contraddittorio» fra le parti, sembra stabilire un'equivalenza fra i due concetti.

L'impostazione potrebbe apparire esatta, ma in concreto sorgono non pochi dubbi sul fatto che per definire il processo sia sufficiente richiamare la partecipazione degli interessati e la presenza del contraddittorio, poiché tali realtà si rinvengono di frequente anche al di fuori del campo giurisdizionale. Ed in effetti se ben si considera, lo stesso art. 111 Cost. impone che ogni processo debba svolgersi in contraddittorio, ma non dice (né potrebbe dirlo) che il contraddittorio è una realtà che concerne solo il processo.

Inoltre, la norma costituzionale indica il contraddittorio come presupposto del «giusto» processo e ciò suona come incentivazione a fare sì che tutti i processi si svolgano in contraddittorio. Ma dà anche per implicito che il nostro sistema preveda anche processi in cui il contraddittorio non sussiste o è fortemente attenuato (si pensi ad esempio ai procedimenti in camera di consiglio di cui all'art. 737 ss.).

Contraddittorio

Giusto processo

In sostanza, il contraddittorio è un carattere essenziale del processo, anzi del giusto processo, *ma non si identifica con esso*. Per renderci conto di ciò basta richiamare la l. 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale) che depenalizza vari illeciti, trasformandoli in semplici violazioni amministrative. Si prevede che, accertata la violazione, il funzionario inoltri il rapporto all'ufficio competente, cioè all'ufficio periferico a cui sono devoluti i compiti propri del ministero nella cui sfera rientra la materia (art. 17). A tale ufficio gli interessati possono inviare scritti difensivi, documenti e fare richiesta di essere sentiti prima dell'emanazione del provvedimento (art. 18, primo comma). Come si vede, la possibilità del contraddittorio e del correlativo diritto del cittadino ad interloquire, sono qui più che evidenti. Ma nessuno oserebbe parlare di processo.

Questo ed altri esempi, dimostrano la possibilità di un contraddittorio anche al di fuori della giurisdizione. Anzi, è prerogativa di una società evoluta quella di consentire l'esplicazione del diritto ad «essere sentiti», anche se non vi è processo. Si evita così l'irrogazione di sanzioni o l'emanazione di provvedimenti, che per non avere tenuto conto delle legittime osservazioni degli interessati, potrebbero essere ingiusti, legittimando una reazione di fronte all'autorità giudiziaria che probabilmente non vi sarebbe stata, se si fosse dato spazio al contraddittorio a tempo debito. Si può anzi dire, che quanto più si incentiva la difesa al di fuori del processo, tanto meno si avrà bisogno di quest'ultimo.

Ne consegue che il tratto differenziale fra il processo ed il procedimento non è dunque la presenza del contraddittorio, ma è dato esclusivamente dalla terzietà dell'organo.

4. *Attività giurisdizionale ed attività processuale*

Abbiamo visto come l'attività giurisdizionale si espliciti sempre attraverso il processo. Ciò probabilmente ha determinato la tradizionale equivalenza dei concetti di *processo* e di *giurisdizione*.

*Attività
giurisdizionale
e attività
processuale*

A ben vedere, però, l'attività *processuale* costituisce una realtà in certo modo più ampia di quella dell'attività *giurisdizionale*. Questa non perfetta coincidenza dei due fenomeni fu intravista in passato da Carnelutti e su di essa conviene riflettere, giacché è proprio da questo punto di vista che si può approfondire il già accennato carattere della terzietà del giudice.

La realtà è che questo carattere, più che dell'attività giurisdizionale è proprio dell'attività processuale: o più esattamente, è proprio dell'attività giurisdizionale, in quanto è un'attività processuale.

Ciò significa che vi può essere attività processuale, cioè un'attività

volta ad una decisione resa da un soggetto terzo, anche al di fuori della giurisdizione vera e propria. Ciò avviene ad esempio nel caso dell'*arbitrato*, nel quale il soggetto privato che risolve la controversia giuridica, agisce in posizione di terzietà come un giudice dello Stato, pur non essendo soggettivamente tale in quanto non inquadrato nell'ordine giudiziario. Questo spiega perché l'*arbitrato* sia un vero e proprio processo (e non un semplice procedimento), pur non costituendo esercizio della giurisdizione poiché la decisione non proviene da un organo dello Stato.

Questo rilievo è molto importante, perché fa comprendere come possano esistere metodi per la risoluzione delle controversie, alternativi a quello dell'impiego della funzione giudiziaria statale (v. *infra*, paragg. 13 e 14).

Ovviamente le garanzie offerte dal processo giurisdizionale sono maggiori, soprattutto in termini di indipendenza dell'organo che decide. Ad esempio, per ciò che riguarda l'attività posta in essere dai giudici veri e propri, cioè dagli organi dello Stato, tale indipendenza è realizzata attraverso vari strumenti previsti dalle legge, alcuni dei quali contemplati addirittura dalla norma costituzionale, come ad esempio l'essere l'ordine giudiziario indipendente rispetto ad ogni altro potere dello Stato (art. 104, primo comma, Cost.). Tale indipendenza si realizza, fra l'altro, attraverso la previsione di un organo di autogoverno dell'ordine giudiziario, il Consiglio superiore della magistratura, organo completamente autonomo rispetto agli altri poteri statuali (art. 104, secondo comma, Cost.).

*Garanzie
del processo
giurisdizionale*

La caratteristica dell'inamovibilità dei magistrati (art. 107, primo comma, Cost.), costituisce un'ulteriore garanzia che non si riscontra per nessun'altra funzione dello Stato e che serve ad impedire che il giudice possa essere soggetto a pressioni esterne atte a snaturare l'imparzialità delle sue decisioni. Il fatto, poi, che i giudici si distinguano fra loro per diversità di funzioni (art. 107, terzo comma, Cost.), ma non per diversità del potere, esclude ogni pericolo di subordinazione gerarchica fra gli uffici giudiziari (ad es. fra il capo dell'ufficio e i vari giudici).

Infine, vi sono strumenti volti a garantire l'indipendenza del giudice previsti dalla legge ordinaria e non solo nei processi civili, ma per esempio anche in quelli penali, come l'istituto dell'*astensione* (artt. 51 c.p.c. e 36 c.p.p.), che consente al giudice di declinare dal decidere, tutte le volte che si accorga che la sua pronunzia potrebbe non essere perfettamente obiettiva (ad es. se ha interesse nel procedimento, se ha legami di parentela con le parti o con i relativi difensori, ecc.). Oppure come l'istituto della *ricusazione*, che può essere richiesta dalle parti tutte le volte che il giudice doveva obbligatoriamente astenersi e non l'ha fatto (artt. 52 c.p.c. e 37 c.p.p.). Ovviamente, mentre l'*astensione* per potere essere efficace va generalmente solo dichiarata dal giudice, la *ricusazione* prevede un controllo da parte di altro giudice esattamente indicato

dalla legge, che deve valutare il fondamento della richiesta (artt. 53 e 54).

Nel caso invece in cui l'attività processuale è esercitata da soggetti privati, non inquadrati nell'ordine giudiziario, le garanzie di terzietà, pur essendo ugualmente sussistenti, sono in certo modo ridotte, essendo previste dalla sola legge ordinaria e mancando tutte le guarentigie costituzionali sopra delineate. Ad esempio, nell'arbitrato, una volta che l'arbitro ha accettato l'incarico di decidere la controversia, la sola garanzia della sua terzietà è data dalla possibilità per la parte di ricusare l'arbitro che essa non ha nominato (art. 815).

Definizione di "processo"

Pertanto, a conclusione delle osservazioni svolte nelle pagine che precedono, possiamo definire *processo* quel *complesso di atti fra loro collegati in funzione di un risultato finale dato dalla tutela di un bene della vita, posti in essere da un soggetto terzo rispetto le posizioni delle parti.*

Questo concetto, da un lato pone in rilievo la caratteristica dell'organo che effettua il processo, che deve essere indipendente (e non semplicemente imparziale) rispetto agli interessi in gioco; dall'altro, evidenzia che il processo non è solo quello giurisdizionale, ma può essere svolto anche da soggetti esterni all'ordine statale, purché dotati dell'analogo carattere di terzietà.

5. Il processo civile. La tutela dei diritti soggettivi

Il riferimento al *processo civile* costituisce il secondo termine del binomio.

Processo civile

Il processo civile è, come si è detto, il processo per antonomasia, ma non l'unico. Vi sono, infatti, anche il processo penale, il processo amministrativo e il processo tributario e possono sussistere ulteriori forme di manifestazione della funzione processuale (ad es. il processo di verifica della legittimità delle leggi fatto dalla Corte costituzionale, che è una forma di giurisdizione più che l'espressione di un autonomo potere dello Stato).

Tutela dei diritti soggettivi

Il processo civile è quello che ha per oggetto la tutela dei *diritti soggettivi*, cioè quelle utilità sostanziali dei privati che hanno la caratteristica di consentire una tutela immediata e diretta da parte del loro titolare, non appena se ne verifica la lesione. Ciò distingue il diritto soggettivo dall'*interesse legittimo*, che è sempre un'utilità sostanziale del singolo, ma la cui tutela non è possibile per il semplice fatto della sua lesione, ma solo in quanto questa violi nel contempo anche un interesse generale della collettività.

Ad esempio, se il debitore non paga alla scadenza il proprio debito,

il creditore può immediatamente rivolgersi al giudice per ottenere la sua condanna in quanto inadempiente. Ciò avviene perché il creditore ha un diritto soggettivo all'esazione della prestazione (diritto di credito), che egli può tutelare immediatamente allorché viene leso. Analogamente può dirsi per il diritto di proprietà (diritto reale): se eventuali terzi contestano che Tizio sia proprietario di un bene, quest'ultimo può immediatamente ricorrere all'autorità giudiziaria con l'azione di rivendica. Anche qui la tutela può essere posta in essere per il semplice fatto della lesione causata dai terzi.

La difesa dell'interesse legittimo richiede invece la presenza di un elemento in più e cioè il fatto che l'avvenuta lesione dell'utilità sostanziale di un soggetto non si rifletta solo nella sua sfera, ma offenda anche un interesse più generale della collettività. Ad esempio, se Tizio richiede una concessione edilizia per la costruzione di un immobile e questa gli viene negata dal sindaco, egli non può ricorrere agli organi giurisdizionali preposti alla tutela degli interessi legittimi (cioè ai tribunali amministrativi), automaticamente per il semplice fatto del diniego, ma potrà farlo solo in quanto dimostri che tale diniego, non solo gli reca un danno, ma è avvenuto in violazione di un precetto normativo di ordine pubblico (ad esempio se il piano regolatore consentiva l'edificazione in quel determinato luogo ed il sindaco non ha tenuto conto di tale eventualità). Bisogna cioè dimostrare che il provvedimento è illegittimo non tanto o non soltanto perché viola l'interesse del richiedente (il che sarebbe invece sufficiente dimostrare, se fossimo in presenza di un diritto soggettivo), ma anche perché è stata violata una disposizione normativa a tutela dell'ordine generale della collettività.

Analogamente, se un soggetto viene bocciato in un concorso pubblico, non può invocare la tutela giudiziaria per il semplice fatto della bocciatura (il che invece sarebbe sufficiente, se il soggetto avesse un «diritto» ad essere promosso): ma deve dimostrare che la commissione esaminatrice ha violato anche una qualche disposizione precettiva di ordine generale (ad es. non si è attenuta ai criteri di massima stabiliti per quel concorso).

In questo, come nel caso precedente, siamo in presenza di un interesse legittimo che, come ben si vede, rappresenta un'utilità meno piena di quella del diritto soggettivo e la cui tutela fuoriesce dalla giurisdizione civile per rientrare nel campo della *giustizia amministrativa* (cioè del processo amministrativo).

6. (Segue). *La tutela degli status*

*Tutela
degli status*

La funzione del processo civile non si esaurisce tuttavia nella tutela dei diritti soggettivi, ma ricorre puntualmente anche in quella degli *status* (ad es. *status familiae*, *status civitatis*), che rappresentano situazioni diverse dal diritto soggettivo, giacché la loro tutela non implica necessariamente la lesione di una posizione sostanziale del privato. Ad esempio, per proporre al tribunale una domanda di divorzio, è sufficiente che si verifichino le condizioni di legge (previste dall'art. 3, l. 1 dicembre 1970, n. 898). Qui non vi è lesione di alcun diritto soggettivo da parte dell'altro coniuge ed il ricorso all'autorità giudiziaria è subordinato solo al verificarsi di certi presupposti normativamente previsti. L'assenza di lesione è dimostrata, fra l'altro, dal fatto che la domanda di divorzio può essere anche congiunta (cioè esperita di comune accordo da entrambi i coniugi con un unico atto: art. 4, legge cit.).

Analogamente, se un soggetto propone al giudice l'azione per il reclamo della legittimità (art. 249 c.c.), non si può dire che vi sia la lesione di un suo diritto soggettivo che va eliminata, ma v'è solo la richiesta dell'accertamento di uno *status*.

Ciò ha portato parte della dottrina a distinguere tali situazioni da quelle in cui si tutela un diritto soggettivo. Ora, che i processi di *status* presentino delle particolarità è fuor di dubbio (come risulta anche dalla partecipazione obbligatoria al processo del pubblico ministero, dalla probabile estensione *erga omnes* del giudicato, ecc.). Ma nessuno potrebbe sostenere che anche il soggetto che agisce per l'accertamento di uno *status*, non abbia un *diritto soggettivo* a tale accertamento (ad es. un diritto soggettivo al reclamo del suo *status* di figlio legittimo o ad ottenere una pronunzia di divorzio).

Quindi, in ultima analisi, anche i processi di *status* finiscono per essere processi il cui oggetto è la tutela di un diritto soggettivo. L'equivoco in cui cade parte della dottrina è che molto spesso si confonde la *tutela* del diritto soggettivo con la *reintegrazione* del diritto leso, che non sono cose perfettamente coincidenti. Se infatti nella maggioranza dei casi la giurisdizione civile interviene allorché un diritto è violato (ad es., per il mancato pagamento di un credito, per la violazione del diritto di proprietà, per inadempienza contrattuale, ecc.), vi sono pur tuttavia delle ipotesi in cui alcuni diritti soggettivi, per realizzarsi, abbisognano dell'intervento giurisdizionale *indipendentemente da una lesione*. Ad esempio, nei già ricordati casi del divorzio, o del reclamo della legittimità, l'intervento giudiziario serve per la realizzazione di quel diritto soggettivo, ma non ha nulla a che fare con una sua lesione che, nella specie, neppure sussiste.

Questa realtà, la cui importanza potremo cogliere più avanti, non

può essere compresa appieno se non si tengono presenti i rapporti con il diritto sostanziale e segnatamente la considerazione che ogni diritto soggettivo, per esplicarsi nella pienezza delle sue facoltà (che ne costituiscono il contenuto), ha di solito bisogno della *cooperazione* almeno di un altro soggetto (ad es. affinché il creditore veda soddisfatto il proprio diritto di credito, occorre che il debitore lo paghi; affinché il proprietario possa godere appieno del suo diritto di proprietà su una cosa, occorre che tutti i componenti dell'ordinamento si astengano dal compiere atti di violazione del suddetto diritto, ecc.).

Vi sono però anche delle situazioni nelle quali l'utilità che spetta al soggetto può realizzarsi attraverso *una sua semplice manifestazione di volontà*, indipendente dalla collaborazione altrui. Ad esempio, il diritto di recesso da un contratto può esercitarsi per effetto del semplice volere del titolare e può, quindi, avere effetti anche se gli altri soggetti del rapporto non collaborano. Tali situazioni, che esprimono un grado di potere del soggetto forse più intenso di quello del diritto soggettivo, prendono comunemente il nome di *diritti potestativi*.

Normalmente tali diritti si realizzano al di fuori del processo (come già visto nel caso del diritto di recesso). Ma in alcune ipotesi, forse per la particolare importanza della situazione tutelata, l'esercizio del diritto potestativo, pur potendo sempre essere esercitato unilateralmente, richiede il passaggio necessario attraverso l'intervento giurisdizionale (cioè, per usare un eufemismo, deve essere «filtrato» dal giudice). Così, ad esempio, avviene per il caso già visto dello scioglimento del vincolo matrimoniale, al quale se ne potrebbero aggiungere altri, come il diritto alla costituzione di una servitù coattiva, il diritto all'annullamento di un contratto, ecc.

Questa realtà inconfutabile, attesta come l'impiego dell'attività giurisdizionale civile, ha sempre di mira la tutela del diritto soggettivo, *ma non sempre ne presuppone la lesione*. Ciò spiega come anche la tutela degli *status* possa essere fatta rientrare nell'ambito della tutela dei diritti soggettivi. Onde è sufficiente definire che la giurisdizione civile *ha per oggetto la tutela dei diritti soggettivi*, giacché anche la tutela degli *status* fa riferimento ad un preciso diritto.

7. La tesi della strumentalità del diritto processuale

La constatazione che precede, oltre a ricondurre la giurisdizione civile ad unità, presenta un'importanza notevole, sia in relazione a successivi rilievi che vedremo più avanti (come ad es. quello di comprendere che la *causa petendi* della domanda, non si identifica con la viola-

*Critiche alla
tesi della
strumentalità
del diritto
processuale*

zione del diritto: v. *infra*, cap. III), sia in quanto dimostra l'impossibilità di aderire all'opinione corrente, che considera l'attività giurisdizionale o processuale come *sussidiaria* o *strumentale* rispetto alla realtà sostanziale costituita dal diritto soggettivo.

Questa opinione parte dal presupposto che, mentre il diritto sostanziale avrebbe ragion d'essere in sé per sé in quanto può esplicarsi anche senza giurisdizione (se i consociati si adeguano alla norma) e si presenterebbe come una realtà «primaria», il diritto processuale potrebbe intervenire solo in quanto il diritto sostanziale sia violato (e cioè i consociati non si siano adeguati alla norma), al fine di eliminare la violazione e reintegrare il diritto stesso. Per tale motivo il diritto processuale è di solito definito come una realtà «sussidiaria» (in quanto interviene solo dopo la violazione) e «strumentale» (in quanto reintegra l'ordinamento violato).

Una volta però che si sia svincolato il concetto di funzione giurisdizionale dalla lesione del diritto e si sia considerato, come abbiamo visto, che in molti casi il diritto non sussiste se non attraverso il processo, è giocoforza ritenere che le norme processuali costituiscano un ordinamento esso stesso primario, indispensabile in certi casi per l'esistenza stessa del diritto. Non solo. Anche nell'ipotesi in cui l'intervento giudiziario venga effettuato per eliminare una lesione della situazione sostanziale, non si può considerare l'attività del giudice come semplicemente strumentale o secondaria, e ciò proprio perché senza di essa il diritto resterebbe a livello di diritto leso, incapace quindi di procurare al titolare quell'utilità per il quale è predisposto. I diritti lesi che non vengono reintegrati, sarebbero non-diritti, per cui anche in queste ipotesi il diritto processuale serve a garantire non la semplice tutela, ma la sussistenza stessa del diritto soggettivo.

Per cui il diritto processuale è esso stesso ordinamento primario al pari di quello sostanziale. In sostanza, anche senza volere arrivare alla conclusione diametralmente opposta di chi vuole il diritto processuale come l'unica realtà esistente (e ciò sul presupposto che l'idea stessa del diritto emergerebbe allorché vi sia un processo che lo reintegra, poiché se tutti si adeguassero spontaneamente alla norma, del diritto non si avrebbe neppure coscienza: acquisendosi questa solo allorché il processo, reintegrandolo, ne mostra la piena sussistenza), pure si deve ritenere l'inesattezza della tesi di chi distingue fra norma primaria e norma secondaria, identificando la prima con il diritto sostanziale e la seconda con il diritto processuale.

A conclusione di questo discorso, insomma non può non trovare conferma l'opinione secondo cui il processo è esso stesso condizione di esistenza del diritto soggettivo.

Come vedremo però questa formula non va intesa a senso unico, perché se è vero che il processo civile non si occupa altro che di diritti

soggettivi, è pur vero che questi ultimi possono, in certi casi, essere oggetto anche di altre giurisdizioni (come ad esempio la giustizia amministrativa in sede di giurisdizione esclusiva o quella tributaria).

8. *Gli altri processi. a) Il processo amministrativo. b) Il processo tributario. c) Il processo penale*

a) *Il processo amministrativo*

Come si è visto (v. *supra*, parag. 5), vi sono delle situazioni alle quali fa riferimento un potere non pieno, per cui l'eventuale violazione dell'utilità sostanziale non può essere ripristinata per il semplice fatto che essa è avvenuta, ma solo in quanto essa offenda anche il più generale interesse della collettività al rispetto della legge. Si è già detto che se un candidato viene bocciato ad un concorso pubblico, la reazione giudiziaria non può avere luogo per il semplice fatto della bocciatura, ma solo in quanto si dimostri che la commissione abbia nel contempo violato, ad es. i criteri di massima del concorso. Se un soggetto subisce sulla propria proprietà privata un procedimento di espropriazione per pubblica utilità ai sensi del d.p.r. n. 327 del 2001, non può dolersi per il fatto che ha subito un danno, ma solo dimostrando che la procedura amministrativa era illegittima.

*Processo
amministrativo*

In questi casi ed in altri simili, la limitazione dei poteri connessi all'utilità sostanziale avviene a causa della presenza di un *provvedimento amministrativo*, che nella prima delle due ipotesi è volto a trasformare un'utilità di mero fatto in utilità giuridicamente protetta e nella seconda degrada invece il contenuto di un diritto soggettivo. La prima situazione è quella degli *interessi legittimi*, la seconda quella dei *diritti affievoliti* (diritti pieni, il cui contenuto però si degrada, cioè si affievolisce, per effetto di un provvedimento amministrativo). Normalmente tuttavia, entrambe le situazioni vengono contrassegnate con il termine di *interesse legittimo*, che è poi quello impiegato anche dagli artt. 24, primo comma e 113, primo comma, Cost., e che sta appunto ad indicare una situazione sostanziale la cui tutela immediata e diretta, è impedita dalla presenza del provvedimento amministrativo che su di esso incide. In sostanza, perché si possa parlare di interesse legittimo, deve essere sempre presente un *provvedimento amministrativo* che incide sull'utilità privata, per cui la tutela in questi casi si effettua solo ed esclusivamente attraverso l'impugnativa del provvedimento amministrativo.

*Diritti
affievoliti*

*Interessi
legittimi*

L'interesse legittimo è, in sostanza, una realtà che non è presente di per sé *in rerum natura* come il diritto, ma una realtà che sorge sempre e

solo per effetto di un atto d'imperio della pubblica amministrazione. A differenza del diritto soggettivo, l'interesse legittimo non può pertanto sussistere nei rapporti fra i privati.

Ne consegue che può definirsi *interesse legittimo* quell'*utilità sostanziale non piena, che non può essere automaticamente tutelata giudiziariamente per effetto della semplice lesione, ma solo dimostrando che l'operato dei pubblici poteri ha violato anche una disposizione normativa a tutela della collettività*.

Il processo amministrativo può riguardare anche la tutela dei diritti soggettivi

Giurisdizione di legittimità e giurisdizione esclusiva

È tuttavia da notare che il campo di applicazione del processo amministrativo non si esaurisce nella tutela degli interessi legittimi, ma può riguardare in certi casi, anche se limitati, veri e propri *diritti soggettivi* che scaturiscono da un rapporto con la pubblica amministrazione che ha agito *iure imperii*. Il caso principale è costituito dal rapporto di pubblico impiego, che è fonte di diritti del dipendente (ad es. diritto allo stipendio, agli scatti di anzianità, ecc.). In tali casi, la reazione può avere luogo per il semplice fatto che il diritto è leso (ad es. non è stato concesso uno scatto di anzianità dovuto). Tale situazione si connota come *giurisdizione esclusiva*, ed è diversa da quella già vista che ha luogo in materia di interessi legittimi, che si suole chiamare *giurisdizione di legittimità*. Va tuttavia detto che l'ambito della giurisdizione esclusiva si è sensibilmente ridotto dopo l'emanazione del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che ha devoluto al giudice ordinario tutte le controversie in materia di pubblico impiego – come precisato ora dall'art. 63, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – tranne alcune di esse rimaste sotto la giurisdizione amministrativa: ad esempio quelle previste dall'art. 3, d.lgs. n. 165 del 2001 cit., concernenti magistrati, militari, forze di polizia, personale della carriera diplomatica e prefettizia. Oltre ad esse, restano nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche altre controversie (molto importanti quelle di cui agli artt. 33 e 34 del cit. d.lgs. n. 80 del 1998, così come modificati dall'art. 7, l. 21 luglio 2000, n. 205 e cioè le controversie in materia di servizi pubblici e le controversie in materia urbanistica ed edilizia, beninteso con le limitazioni introdotte dalla decisione di Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204).

Codice del processo amministrativo

Va tuttavia tenuto presente che la differenza fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione esclusiva, una volta molto marcata in quanto la prima comportava poteri del giudice sensibilmente ridotti (che potevano portare al solo annullamento dell'atto impugnato e, al massimo, alla condanna al pagamento delle spese legali), si è notevolmente attenuata dopo la cit. l. n. 205 del 2000 e soprattutto dopo l'emanazione del *codice del processo amministrativo* avutasi con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che estende anche alla prima delle due ipotesi i poteri del giudice alla condanna al *risarcimento del danno* e alla *reintegrazione in forma specifica* (art. 30 del cod. del processo amministrativo).

Va sottolineato che la proposizione avanti agli organi della giurisdizione ordinaria di una controversia che andava proposta di fronte agli organi di giustizia amministrativa, dà luogo ad un vizio del processo che va sotto il nome di *difetto di giurisdizione* e che è previsto dall'art. 37 c.p.c., il quale impone al giudice di rilevare anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo il difetto di giurisdizione dei giudici ordinari nei confronti «dei giudici speciali» (salvo quanto si dirà al par. 3 della sez. prima, del cap. VI). Il processo civile si fermerà pertanto a tale decisione preliminare, senza potere scendere all'esame del merito. Ovviamente, si può verificare anche la situazione inversa e cioè che una controversia che andava proposta davanti al giudice civile, sia stata invece devoluta al giudice amministrativo. In tal caso il difetto di giurisdizione andrà dichiarato da quest'ultimo ai sensi dell'art. 11 del cod. del processo amministrativo.

Il sistema di giustizia amministrativa è piuttosto composito, giacché comprende mezzi di difesa non giurisdizionali cioè i *ricorsi amministrativi* (d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199) e mezzi di difesa giurisdizionali, cioè i *ricorsi giurisdizionali*, che si propongono in primo grado ai *tribunali amministrativi regionali* ed in secondo grado al *Consiglio di Stato* (artt. 5 e 6 del cod. del processo amministrativo).

*Ricorsi
amministrativi
e ricorsi
giurisdizionali*

Va tuttavia sottolineato che vi sono anche delle ipotesi, in cui la pubblica amministrazione deve essere convenuta avanti al *giudice ordinario*.

aa) La prima si verifica allorché la violazione della posizione del privato è pregiudicata da un atto compiuto dagli organi pubblici come *soggetti privati*, cioè non nell'ambito della loro attività di imperio, ma in quella della normale attività di diritto privato (attività cioè compiuta *iure privatorum* o *iure gestionis*). Ad esempio, se la pubblica amministrazione è conduttrice di un immobile in virtù di un normale contratto di locazione, nell'ipotesi che alla scadenza del contratto essa non rilasci l'immobile, la relativa azione dovrà essere proposta davanti al tribunale ordinario (e non a quello amministrativo).

ab) La seconda ipotesi ricorre quando la pubblica amministrazione ha violato la posizione del cittadino, *senza* che la sua azione sia sorretta da un normale provvedimento amministrativo. Cioè allorché essa ha agito senza potere o nell'espletamento di un'attività meramente materiale. Ad esempio, se gli operai di un comune nel ripristinare una strada danneggiano l'edificio di un privato, costui può rivolgersi al giudice ordinario per il risarcimento dei danni.

*Casi in cui la
pubblica
amministrazione
deve agire od
essere convenuta
di fronte al
giudice
ordinario*

b) *Il processo tributario*

Processo tributario

Il *processo tributario* costituisce una saliente espressione delle tendenze specialistiche che l'evoluzione della società fa emergere e che hanno spinto il legislatore a far sì che le cause in materia di imposte per le quali il codice di procedura stabiliva originariamente la competenza del tribunale ordinario (art. 9), fossero devolute fino dalla riforma del sistema tributario degli anni '70 alla cognizione di organi specifici, cioè le *commissioni tributarie*. Il principio è confermato dal d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, che regola oggi la materia.

Va detto che la nuova normativa ha introdotto il *processo tributario*, sostituendolo al vecchio sistema del c.d. *contenzioso tributario*. Tale cambiamento lessicale, come vedremo, è di particolare significato (vedi *infra*, lett. *bb*)).

ba) Innanzitutto va però sfatata l'idea che il processo tributario sia un aspetto del processo amministrativo, il che potrebbe apparire a prima vista suffragato dal fatto che anche nel processo tributario si impugna un provvedimento della pubblica amministrazione, cioè il provvedimento di *imposizione fiscale*.

Il processo tributario non è una branca del processo amministrativo

Simile impostazione può forse essere corretta nella forma, ma non certo nella sostanza, perché nel processo tributario non si fanno valere meri interessi legittimi, ma veri e propri diritti soggettivi, come il diritto soggettivo ad una giusta imposizione fiscale o il diritto al rimborso, i quali trovano la loro base addirittura nella Costituzione (art. 53 Cost.). Ciò spiega perché tradizionalmente la lite tributaria appartenesse alla competenza del giudice civile, secondo il dettato del già citato art. 9 c.p.c.

La devoluzione al giudice tributario è pertanto avvenuta, non in ragione di una diversa natura giuridica della situazione tutelata, ma esclusivamente per motivi di competenza specialistica.

bb) Non è poi senza significato che il citato d.lgs. n. 546 del 1992 parli per la prima volta di «processo tributario», abbandonando la vecchia dizione di «contenzioso tributario». Infatti l'attuale processo – a differenza del sistema previgente – è informato a tutta una serie di garanzie che attribuiscono al procedimento un vero e proprio carattere giurisdizionale, come si evince dal frequente rinvio alla normativa del processo civile, del quale vengono recepiti forme ed istituti.

bc) Anche la mancata abolizione dell'art. 9 c.p.c., nella parte in cui continua a prevedere la competenza per materia del tribunale relativamente ai giudizi di «imposte e tasse», ha un suo particolare rilievo e va intesa come permanenza residuale della competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria su ogni controversia tributaria *non espressamente attribuita* dall'art. 2, d.lgs. n. 546 del 1992, alla competenza specifica del-

le commissioni. Da quest'ultima norma si evince infatti che non ogni controversia tributaria va decisa da questi ultimi organi, ma solo quelle da detta disposizione espressamente previste. Ne consegue che per le restanti, permane la competenza del giudice ordinario.

c) *Il processo penale*

Il *processo penale* presenta infine caratteristiche completamente diverse da quelle viste per i processi civile, amministrativo e tributario, giacché non tutela alcuna situazione *subiettiva* (diritti o interessi legittimi), ma ha per scopo solo quello dell'accertamento di una situazione *oggettiva*, cioè un *fatto* che la legge qualifica espressamente come *reato*. Ciò spiega perché qualche autore abbia inserito il processo penale nella categoria dei c.d. processi a contenuto oggettivo, processi cioè che non si fanno su diritti, ma su atti o fatti.

Processo penale

In tal senso il processo penale è essenzialmente un processo di *accertamento*, giacché è volto solo a verificare se un evento si è o meno prodotto. La condanna che viene inferta all'imputato ritenuto colpevole non fa parte del nucleo primario dell'azione, ma costituisce solo l'evoluzione in una certa direzione dell'accertamento. In altre parole, mentre il procedimento civile (e praticamente anche i processi amministrativo e tributario) *nascono già connotati* da un certo colore (ad es. come espressione di una richiesta di condanna, di accertamento o costitutiva), il processo penale nasce solo come postulazione dell'accertamento di un fatto. Nel nostro ordinamento è indifferente (o almeno dovrebbe esserlo) per chi in esso promuove l'azione (cioè per il pubblico ministero), che l'esito del processo sia il proscioglimento o la condanna. Prova ne sia il fatto che anche nel caso in cui il pubblico ministero abbia richiesto la condanna e l'imputato venga prosciolto, non si può dire che l'azione penale sia stata «respinta» (come nell'identica situazione, avverrebbe invece nel processo civile).

*Illecito civile e
illecito penale*

L'azione penale è insomma *astratta*, non diretta altro che ad accertare la produzione o meno di un certo fatto. Questo carattere, presente chiaramente nel vecchio codice del 1930, non è affatto mutato con il codice del 1988. Il pubblico ministero che chiede la condanna, ma che vede l'imputato prosciolto, non può dirsi che sia «soccombente» (indipendentemente da quello che sia il suo stato psicologico di fronte all'esito del giudizio), giacché la sua azione, cioè l'azione penale, è volta ad accertare, non a condannare.

*Astrattezza
dell'azione
penale*

Ciò spiega anche perché l'*esecuzione penale*, a differenza di quella civile, non sia un fenomeno giurisdizionale (per lo meno nell'ipotesi della condanna a pena detentiva). E ciò perché l'interesse dello Stato

nell'impiego del processo penale, si esaurisce nel solo accertamento.

Da ultimo va detto che molto spesso (per non dire sempre), il reato provoca conseguenze dannose anche nel campo civile, che impongono il risarcimento alla parte lesa (ad es. si pensi al danno subito dal soggetto al quale è stata rubata l'auto o a quello subito dai parenti della vittima in un incidente stradale mortale). In questi casi il diritto consente per ragioni di evidente economia processuale e soprattutto per evitare un eventuale conflitto di giudicati, che le pretese risarcitorie dei danneggiati dal reato possano essere fatte valere nel processo penale mediante l'inserimento in esso dell'azione civile, dando così luogo a quel fenomeno che tecnicamente si chiama *costituzione di parte civile* (artt. 74 e 75 c.p.p.) consentendo che in un'unica sede (quella penale) venga accertato il fatto e, se questo si è verificato, venga disposto anche il risarcimento del danno.

Ciò non esclude tuttavia che, a scelta del danneggiato, la tutela risarcitoria possa essere svolta anziché in sede penale, in *separata sede civile*, non verificandosi più nel c.p.p. del 1988 (se non in determinati casi) quel fenomeno di sospensione che era invece previsto nel c.p.p. del 1930 e che imponeva che, in pendenza del processo penale, l'azione civile promossa separatamente dovesse sospendersi in attesa dell'esito del primo (art. 3 c.p.p. del 1930).

9. La giurisdizione volontaria

Nell'ambito della giurisdizione civile si staglia un ampio settore, tradizionalmente chiamato della *giurisdizione volontaria*, che assume tratti particolari e che si differenzia dalla giurisdizione vera e propria individuata secondo i canoni in precedenza descritti.

Giurisdizione
volontaria

Il termine «giurisdizione volontaria», almeno formalmente sembra contrapporsi a quello di «giurisdizione contenziosa» ed è spesso usato per individuare particolari situazioni nelle quali l'intervento giurisdizionale non si esplica per dirimere una contesa o un conflitto di diritti soggettivi, ma per soddisfare posizioni giuridiche che nulla hanno di conflittualità. Per fare solo qualche esempio, si pensi alla nomina del curatore dello scomparso (art. 48 c.c.), alla dichiarazione di assenza (art. 49 c.c.), alla dichiarazione di morte presunta (art. 58 c.c.), alla nomina del tutore al minore senza genitori (art. 346 c.c.), ecc.

Indubbiamente fra tali situazioni e quelle in cui il giudice interviene per dirimere una lite fra il creditore e il debitore, fra il proprietario e colui che la sua proprietà contesta, fra il possessore che ha subito uno spoglio ed il presunto spoliatore, ecc., esiste una vistosa differenza, data appunto dalla mancanza nel primo caso del conflitto.

Pur tuttavia l'impostazione tradizionale del problema non è apparsa soddisfacente, in quanto da un lato vi sono situazioni tradizionalmente considerate di giurisdizione volontaria nelle quali, almeno formalmente, un conflitto può profilarsi (si pensi ad es. al procedimento di interdizione e di inabilitazione di cui all'art. 417 c.c., la cui appartenenza alla giurisdizione volontaria quasi nessun nega e nel quale però l'interdicendo o l'inabilitando, possono in certi casi opporsi decisamente alla richiesta); mentre dall'altro, vi sono situazioni che pur essendo caratterizzate dall'assenza di conflittualità (pensiamo ad es. alla domanda congiunta di divorzio, prevista dall'art. 4, l. 1 dicembre 1970, n. 898), sono completamente al di fuori della giurisdizione volontaria, presentando invece i caratteri tipici della giurisdizione vera e propria.

La dottrina pertanto si è orientata, per individuare la natura della giurisdizione volontaria, su aspetti diversi da quelli della presenza o meno della contesa. Il risultato forse più condivisibile risulta quello per cui la giurisdizione volontaria potrebbe ricostruirsi solo attraverso un procedimento *negativo*: e ciò nel senso che sarebbero ad essa ascrivibili solo quegli interventi del giudice che non siano diretti alla tutela dei *diritti soggettivi* o degli *status*. In altre parole il concetto di giurisdizione volontaria non avrebbe una propria fisionomia positiva ed unitaria, ma potrebbe ricostruirsi solo per detrazione della giurisdizione c.d. contenziosa, nel senso cioè che rientrerebbe nella prima ogni intervento del giudice civile che non sia inquadrabile nella seconda. In questa ottica, se la differenza fra le due ipotesi non consiste nella presenza o meno di conflittualità, non sembra avere più rilievo contrapporre alla giurisdizione «volontaria» la giurisdizione «contenziosa», ma come è stato esattamente rilevato, si dovrebbe parlare di giurisdizione volontaria e giurisdizione *tout court*.

Le ipotesi di giurisdizione volontaria danno luogo ad una numerosa casistica. Qui è sufficiente comunque essersi riferiti ad alcune tipologie, che sono di per sé indicative della natura dell'istituto.

La *communis opinio* afferma che la giurisdizione volontaria, del fenomeno giurisdizionale ha solo la veste esteriore. La sostanza finisce per essere in pratica simile a quella dell'*attività amministrativa*. Ad esempio, non cambierebbe molto se al minore senza genitori, il tutore anziché dal giudice gli venisse nominato dal prefetto o dal sindaco. Non sarebbe però la stessa cosa, se il prefetto o il sindaco decidessero una lite. In quest'ultimo caso è indispensabile la presenza del giudice, cioè di un terzo rispetto agli interessi in conflitto: solo il terzo può infatti estraniarsi dalle rispettive posizioni in contesa. Nel primo caso è invece sufficiente solo l'imparzialità che, come si è già detto, è appannaggio anche dell'attività amministrativa (v. *supra*, par. 3).

Ciò spiega perché alla giurisdizione volontaria manchino certi connotati tipici dell'attività giurisdizionale, primo fra tutti quello della *cosa*

*Attività
giurisdizionale o
attività
amministrativa?*

giudicata. I provvedimenti di giurisdizione volontaria non producono mai situazioni definitive. Gli effetti del procedimento di separazione, ad esempio, cessano se i coniugi espressamente si riconciliano o riprendono a coabitare (art. 157 c.c.). Analogamente, l'interdizione o l'inabilitazione possono essere revocate, se il soggetto torna ad essere normale (artt. 429 c.c. e 720 c.p.c.). In quest'ultimo caso è tuttavia necessario un nuovo intervento dell'autorità giudiziaria (art. 720 c.p.c.), mentre ciò non è invece richiesto dall'art. 157 c.c. per la cessazione degli effetti della separazione. Questo però poco importa: ciò che conta sottolineare è che, se sopravviene un mutamento delle circostanze, la situazione definita dal provvedimento può essere sempre mutata. Con linguaggio divenuto ormai comune, si dice pertanto che i provvedimenti di giurisdizione volontaria sono emessi *rebus sic stantibus*.

Tutto questo sarebbe incomprendibile per la giurisdizione vera e propria, la cui prerogativa, già posta in rilievo, è quella di «fare stato» (art. 2909 c.c.): cioè di produrre situazioni stabili e immodificabili. Lo abbiamo già accennato parlando della giurisdizione in generale (v. *supra*, parag. 2).

La *revocabilità* del provvedimento non è tipica della sola attività amministrativa, ma anche di quella legislativa (come si è già osservato, anche una legge può essere abrogata). Ma è soprattutto nel campo amministrativo che si esprime al massimo il potere di revoca: esso consente di eliminare un provvedimento anche oltre la sua definitività, allorché il mutare dell'interesse pubblico lo impone. È per questo che parte della dottrina ha insistito per considerare amministrativa, anche la natura della giurisdizione volontaria.

Altra caratteristica della giurisdizione volontaria è che in certi casi viene superata anche la regola della *corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*. Anche questo, come vedremo (v. *infra*, cap. II), è un principio cardine della giurisdizione espresso dall'art. 112 c.p.c., che impone al giudice di non andare «oltre i limiti» della domanda. Se lo facesse, la pronunzia sarebbe viziata da ultrapetizione (*ne eat iudex ultra petita partium*). Questo principio non si riscontra necessariamente nella giurisdizione volontaria. Ne è esempio l'art. 418, secondo comma, c.c.: se nel corso del giudizio di inabilitazione si accerta l'esistenza delle condizioni che legittimano l'interdizione, il tribunale può disporre quest'ultima se il pubblico ministero ne fa domanda. Qui, in realtà, però, più che mancanza di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, vi è una pronunzia su una richiesta di parte, sia pure successiva ed effettuata in corso di causa. Queste diversità hanno comunque suggerito di tenere distinta la giurisdizione volontaria dalla giurisdizione vera e propria, quella cioè che ha per oggetto la tutela dei diritti soggettivi o degli *status*, attribuendo alla prima nella sostanza carattere amministrativo.

Occorre comunque porre in rilievo che tale considerazione ha regi-

strato qualche voce discorde, che considera un errore concettuale isolare la giurisdizione volontaria dalla giurisdizione vera e propria. In entrambi i casi saremmo infatti in presenza di attività giurisdizionale, poiché l'unico modo per identificare la giurisdizione sarebbe quello individuato dal dettato dell'art. 102, primo comma, Cost., il quale afferma che «la funzione giurisdizionale è esercitata da *magistrati*». Dunque, laddove v'è un giudice, lì dovrebbe esservi giurisdizione. La stessa mancanza del giudicato non apparirebbe di per sé significativa, se si considera che tale peculiarità non è in alcun modo contrassegnata dalla Costituzione come carattere della funzione giurisdizionale.

Nonostante l'interesse che desta questa opinione, sembra comunque preferibile restare aderenti alla prospettiva consolidata, che traccia in concreto una differenza fra giurisdizione e giurisdizione volontaria. Solo in questo modo si possono cogliere le differenze di fondo, soprattutto per ciò che riguarda gli effetti della pronunzia.

10. *I processi a contenuto oggettivo*

Una parte della dottrina ha individuato una particolare categoria di processi, c.d. a *contenuto oggettivo*, così chiamati in quanto il loro oggetto non sarebbe quello di decidere in materia di diritti, ma di accertare *fatti*. È facile intravedere la differenza fra una causa nella quale il creditore chiede la condanna del debitore al pagamento della somma dovuta e quella in cui il giudice deve accertare se un soggetto è in stato di incapacità di intendere e di volere, tale da legittimare l'interdizione o l'inabilitazione. In quest'ultimo caso non si discute di un diritto, ma il compito del giudice si limita ad accertare se una situazione si è o meno verificata.

*Processi a
contenuto
oggettivo*

Ci si può domandare dell'utilità o meno della costruzione di siffatta categoria. Normalmente infatti i c.d. processi a contenuto oggettivo contraddistinguono situazioni di giurisdizione volontaria (come ad es. nel caso citato dell'interdizione e dell'inabilitazione). In tali ipotesi, la precisazione di «processo a contenuto oggettivo», starebbe tutt'al più ad individuare quei procedimenti di giurisdizione volontaria, che anziché svolgersi secondo il rito dell'art. 737 ss. c.p.c. (cioè il rito in camera di consiglio, tipico di molti procedimenti di giurisdizione volontaria), si svolgono in *forme simili a quelle del procedimento ordinario*, cioè, in pratica, secondo le forme di cui agli artt. 163 ss. c.p.c. (fatte ovviamente le dovute modifiche del caso).

Da un altro punto di vista il concetto si potrebbe però *allargare*, se si considera che vi sono processi a contenuto oggettivo il cui oggetto è

esclusivamente l'accertamento di un fatto, ma che non possono ricondursi a mere ipotesi di giurisdizione volontaria. Si pensi, ad esempio, al giudizio di *querela di falso*, impiegabile nell'ambito di un processo civile ai sensi degli artt. 221 ss., tutte le volte che si vuole abbattere la fede privilegiata di un documento facente piena prova fino a querela di falso (atto pubblico o scrittura privata riconosciuta o autenticata: artt. 2700 e 2702 c.c.). Qui non può assolutamente parlarsi di giurisdizione volontaria, trattandosi di giurisdizione vera e propria, come risulta dalla presenza di un giudicato sul falso, che addirittura, secondo alcuni autori, varrebbe *erga omnes*, in deroga al principio generale espresso dall'art. 2909 c.c. secondo cui il giudicato opera solo fra le parti, i loro eredi ed aventi causa.

In questo senso, a contenuto oggettivo, potrebbe essere anche il processo per la *dichiarazione di fallimento*, il cui oggetto è quello di accertare se si è o meno verificata una particolare situazione che è quella dell'intervenuta insolvenza dell'imprenditore (art. 5, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, come modificato dal d.lgs. n. 5 del 2006). Di processo a contenuto oggettivo, potrebbe parlarsi addirittura con riferimento allo stesso *processo penale*, che, come si è già detto (v. *supra*, par. 8, lett. c)), ha per oggetto esclusivo quello dell'accertamento di un fatto, cioè la commissione o meno di un reato.

Restringendo comunque il problema al processo civile, possiamo notare che la categoria dei processi a contenuto oggettivo presenta alcune caratteristiche precipue, peraltro variabili da caso a caso (e cioè non sempre tutte quante sussistenti contemporaneamente), e cioè: *a*) innanzitutto, quella di svilupparsi sempre secondo uno schema che è simile a quello del processo ordinario contenzioso (quand'anche abbiano ad oggetto materie di giurisdizione volontaria); *b*) quella di presentare un potenziale ampliamento in certe ipotesi, come ad es. nell'interdizione e nell'inabilitazione o nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, dei poteri probatori del giudice le cui regole si staccano dalla natura dispositiva propria del processo ordinario (art. 115 c.p.c.), per orientarsi verso una prospettiva inquisitoria; *c*) quella infine di produrre un'estensione, in alcuni casi, dei limiti soggettivi della cosa giudicata: cioè una sua probabile efficacia *ultra partes* (in deroga al principio generale dell'art. 2909 c.c.), come sembra ad esempio avvenire nel giudizio sulla querela di falso.

11. *Cognizione ed esecuzione*

Il termine «processo» evoca l'idea del giudizio. Normalmente il concetto stesso di «giurisdizione» esprime un diretto riferimento alla pro-

nunzia del giudice (*dicere ius*). La funzione giurisdizionale nella sua espressione più immediata si risolve essenzialmente in un comando, che trova la sua attuazione più completa in quel provvedimento che è tipico della sola funzione giudiziaria e cioè la *sentenza*. Cognizione

Ma se tutto ciò costituisce forse l'aspetto più significativo del processo, non è detto che questo debba per forza esaurirsi nella pronunzia dell'organo giudicante. Spesso questa non è sufficiente ad attuare la tutela invocata. Occorre allora che lo Stato intervenga con un'attività materiale, per tradurre in atto con la forza il comando del giudice. Diceva con incisive parole Oscar Wilde: «C'è una cosa peggiore dell'ingiustizia. È la giustizia senza la spada in mano».

L'esempio tipico può desumersi nel processo civile, con riferimento ai provvedimenti di condanna. Se Tizio è condannato a pagare a Caio quanto da questo richiesto, può avvenire che il primo si uniformi alla pronunzia del giudice pagando spontaneamente il proprio debito. In questo caso può dirsi che il processo abbia raggiunto il suo scopo. Ma se Tizio si rifiuta di pagare (perché non vuole o perché non può), la tutela di Caio non è raggiunta se non ammettendo che lo Stato possa e debba predisporre adeguati mezzi per il soddisfacimento coattivo del credito di costui. Nello specifico caso della mancata soddisfazione delle obbligazioni pecuniarie, la legge prevede che i beni del debitore vengano, ad opera dello Stato, sottoposti al vincolo del pignoramento: poi venduti ed il ricavato consegnato al creditore, nella misura del proprio credito.

Come si vede, questa complessa attività che segue la pronunzia del giudice, non consiste in un'attività cognitiva, ma in un'attività materiale che rappresenta l'esecuzione coattiva del comando. Proprio per questo, a fronte del primo momento che dà luogo al *processo di cognizione*, vi è il secondo momento che integra il *processo di esecuzione* (o *processo esecutivo* o *esecuzione forzata*). Esecuzione

Il rapporto fra i due tipi di processo è molto complesso, dando luogo ad una varietà di fenomeni che vanno adeguatamente differenziati, soprattutto al fine dell'esatto inquadramento del processo esecutivo e del suo rapporto con l'attività giurisdizionale. Questo rapporto è stato a volte misconosciuto, attribuendosi carattere giurisdizionale al solo processo di cognizione, sia sulla base del vecchio principio per cui *iurisdictionis in sola notione consistit*, sia sulla base del rilievo che v'è giurisdizione solo se sussiste la cosa giudicata. Da questo punto di vista, restavano fuori da questo ambito, tanto la giurisdizione volontaria, quanto l'esecuzione forzata.

L'odierna dottrina e la giurisprudenza sono comunque oggi orientate a riconoscere carattere giurisdizionale anche al processo esecutivo (come sarà approfonditamente detto *infra* alla lett. *d*)) e tale orientamento va condiviso.

Processo esecutivo Il processo esecutivo presenta caratteri specifici rispetto al processo di cognizione.

Titolo esecutivo a) Il primo è quello per cui esso non può essere iniziato, se l'interessato non dispone di un particolare documento di legittimazione che lo abilita a richiedere l'intervento degli organi esecutivi e che prende il nome di *titolo esecutivo*. Mentre il processo di cognizione può essere posto in essere da chiunque pretenda di essere titolare di un diritto, essendo sufficiente che costui proponga una domanda al giudice competente (e ciò anche se sa che il suo diritto è inesistente), al processo esecutivo non si può ricorrere se non si possiede quella particolare abilitazione data dal titolo esecutivo, che è un *atto giuridico* (vedremo poi come si forma), che *esprime con un certo grado di probabilità ritenuto sufficiente dal legislatore, che il diritto tutelato sussiste*.

Questa maggiore cautela nell'impiego del processo esecutivo, è richiesta in considerazione degli effetti di quest'ultimo, che sono direttamente incisivi sulla sfera materiale dell'esecutato. Il processo di cognizione finisce con un provvedimento del giudice che, per quanto contenga una disposizione autoritativa, è pur sempre un pezzo di carta, che ha la sua forza nel fatto che reca il suggello della volontà dello Stato, ma che in pratica si esaurisce in se stesso, nel senso che l'attività cognitiva del giudice si espleta e si conclude nella formazione di tale documento. L'affermazione del diritto di chi ha ragione che si fa in esso, non produce alcun effetto concreto nella sfera patrimoniale del soggetto ritenuto soccombente. Mentre invece tale sfera viene materialmente intaccata allorché interviene l'organo esecutivo che traduce in atto con la forza il comando del giudice, pignorando il denaro di chi è ritenuto debitore, sottraendo materialmente a quest'ultimo la cosa che egli è stato condannato a restituire all'altra parte, ecc. È per tale motivo che al processo esecutivo si può ricorrere solo se il diritto dell'agente risulta da un atto che ne attesti l'esistenza, secondo i parametri voluti dal legislatore (è nota la tesi che attribuisce al titolo esecutivo il carattere di *prova legale* del diritto dell'esecutante).

b) Normalmente il titolo esecutivo è costituito dalla *sentenza* del giudice, la quale condanna un certo soggetto ad una certa prestazione. Questo è il caso tipico attraverso il quale si realizza compiutamente la tutela giurisdizionale, che passa attraverso la fase di cognizione ove si accerta l'esistenza del diritto e che si snoda attraverso l'esecuzione allorché il provvedimento del giudice non viene attuato spontaneamente.

E qui va fatta la precisazione che il passaggio alla fase esecutiva è possibile solo per un particolare tipo di provvedimenti del giudice e cioè per i provvedimenti di *condanna*.

Anche se il tema troverà esposizione approfondita più avanti, occorre fin d'ora accennare che la tipologia dei provvedimenti del giudice può avere una triplice natura, che è la seguente: *ba) provvedimenti di accertamento*. Accertano l'esistenza o l'inesistenza di una certa situazione giuridica (nel secondo caso abbiamo il c.d. *accertamento negativo*). Ad esempio, sono di accertamento molti dei provvedimenti relativi alle azioni di *status*, come il provvedimento emesso nel giudizio di reclamo della legittimità *ex art. 249 c.c.* È un provvedimento di accertamento anche quello che dichiara la nullità o l'inesistenza di un contratto. In tutte queste ipotesi, la pronunzia giudiziaria realizza da sola l'aspettativa dell'attore. Se un soggetto reclama lo stato di figlio legittimo e la sua domanda viene accolta, egli viene dichiarato tale e la sua pretesa è soddisfatta senza bisogno di altro. Se un contratto è dichiarato nullo, l'interesse di chi ha agito è automaticamente realizzato dalla sola pronunzia e non occorrono attività ulteriori. *bb) provvedimenti costitutivi*. Costituiscono, modificano o estinguono una certa situazione giuridica. Ne parla espressamente l'art. 2908 c.c. Un esempio può essere fornito dalla sentenza che, accertata l'interclusione di un fondo, costituisce una servitù coattiva di passaggio. In questo caso si crea un nuovo rapporto giuridico. Sono però costitutivi anche quei provvedimenti che eliminano rapporti preesistenti (ad es. provvedimenti di rescissione, risoluzione, annullamento dei contratti). È costitutiva pure la sentenza che dichiara lo scioglimento degli effetti civili del matrimonio, perché elimina un vincolo intercorso tra le parti e modifica uno *status*. Anche in questo caso l'esecuzione forzata è inutile perché non aggiungerebbe nulla alla pronunzia del giudice. *bc) provvedimenti di condanna*. Contengono l'obbligo rivolto ad un soggetto di adempiere una certa prestazione. L'esempio tipico l'abbiamo visto nel paragrafo che precede, con riferimento alla condanna al pagamento di una somma di denaro. Ma vi possono anche essere condanne volte alla consegna di una cosa determinata (mobile o immobile) o aventi per oggetto un fare o un disfare (in quest'ultimo caso, l'esempio potrebbe essere quello della distruzione di un'opera).

I provvedimenti di condanna sono gli *unici che ammettono l'esecuzione forzata*. Qui infatti la sentenza richiede di essere materialmente eseguita. Se l'obbligo di adempiere la prestazione non è rispettato, occorre l'impiego della forza. Pertanto l'art. 474, n. 1, c.p.c., allorché parla delle «sentenze» come titolo per l'esecuzione forzata, va riferito alle *sole «sentenze di condanna»*.

Alle tre ipotesi di condanna sopra descritte, corrispondono tre diversi tipi di esecuzione forzata. La condanna al pagamento di somme, dà luogo all'esecuzione forzata per *espropriazione* (artt. 2740 e 2910 ss. c.c. e 483-604 c.p.c.). La condanna alla consegna di una cosa mobile o immobile, dà luogo all'*esecuzione per consegna* o *rilascio* (artt. 2930 c.c. e 605-611 c.p.c.). La condanna al fare o al disfare, dà luogo rispettivamente

Provvedimenti di accertamento

... costitutivi

... e di condanna

Il titolo esecutivo è costituito solo dai provvedimenti di condanna

Espropriazione forzata

all'*esecuzione per obblighi di fare e di non fare* (artt. 2931 e 2933 c.c. e 612-614 c.p.c.).

*Esecuzione
forzata in
forma specifica*

L'esecuzione per consegna o rilascio e quella per obblighi di fare e di non fare, prendono anche il nome di *esecuzione forzata in forma specifica*. Ciò perché tendono a realizzare l'obbligo primario (la consegna di quella «certa cosa»; il fare o il distruggere quella «certa opera»).

Diversa è invece la natura dell'espropriazione forzata, che non realizza l'obbligazione primaria (giacché se il debitore non vuole pagare, nessuno può costringerlo), ma dà luogo ad un'attività *sostitutiva* che finisce per essere (o almeno dovrebbe finire per essere) equivalente all'obbligazione primaria. Non si prelevano con la forza i soldi dalle tasche dell'obbligato (che può anche non averli): gli si assoggettano invece i beni, si vendono e si consegna all'avente diritto (o agli aventi diritto) la somma ricavata, che è (o dovrebbe essere) l'equivalente di quanto gli spettava. L'espropriazione forzata era infatti in passato chiamata anche *esecuzione in forma generica* o per *equivalente*. Ciò spiega perché molto spesso il processo di espropriazione non arrivi a soddisfare l'obbligato, come ad es. nel caso in cui il valore dei beni assoggettati è inferiore a quello del credito. Questo dipende appunto dal fatto che la prestazione che si dice «equivalente» può in concreto non esserlo (mentre ciò non può avvenire nell'esecuzione forzata in forma specifica, nella quale l'obbligazione primaria non può non riuscire soddisfatta).

*Titoli esecutivi
stragiudiziali*

c) Il terzo rilievo di ordine generale è costituito dal fatto che, se è la regola che il processo di esecuzione segua a quello di cognizione (o almeno ciò avviene nella maggior parte dei casi), la legge ammette delle ipotesi in cui al processo esecutivo si può ricorrere immediatamente senza rivolgersi preventivamente al giudice, allorché la parte sia in possesso di un titolo esecutivo creato al di fuori del processo, sempre però nei casi espressamente previsti dalla legge. È l'ipotesi dei titoli esecutivi *stragiudiziali*, individuati rispettivamente dai nn. 2 e 3 dell'art. 474 c.p.c. In tali due situazioni si individuano infatti, non dei provvedimenti del giudice, ma dei *negozi di diritto privato* intervenuti fra le parti ed attestanti l'esistenza del diritto che, per specifiche ragioni, la legge considera particolarmente garantistici per l'inizio dell'esecuzione forzata. Le ragioni sono facilmente intuibili. Gli atti di cui al n. 2 sono principalmente le *cambiali* ed in generale i *titoli di credito* dotati della stessa efficacia (ad es. assegno bancario, assegno circolare, ecc.). Sottoscrivendo tali documenti il debitore sa benissimo che si sottopone volontariamente all'esecuzione, in caso di inadempimento. L'estremo rigore delle forme a cui è sottoposta la compilazione del titolo, fa infatti certo lo scrivente di tale consapevolezza. Il n. 3 riguarda gli *atti notarili* e quelli degli altri pubblici ufficiali aventi un'equivalente efficacia rogante. Anche in questo caso, la consapevolezza da parte del debitore dell'ido-

neità dell'atto a consentire l'immediato ricorso al processo esecutivo, è data dalla sua formalità, determinata qui non tanto da un particolare rigore di compilazione esteriore (come nel caso dei titoli di credito), quanto dalla presenza del pubblico ufficiale che forma l'atto. Probabilmente la stessa ragione ha indotto il legislatore, con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (conv. nella l. 14 maggio 2005, n. 80), ad inserire nel n. 2 dell'art. 474 un nuovo tipo di titolo esecutivo, dato dalle *scritture private autenticate*, alla cui formazione concorre pur sempre il pubblico ufficiale (sia pure limitatamente alla verifica dell'autenticità della sottoscrizione della parte). La mancanza del giudice nella formazione degli atti di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 474, non è tuttavia senza rilievo, in quanto ha l'effetto di restringere l'ambito dell'esecuzione forzata attuabile sulla base dei titoli stragiudiziali, rispetto a quella che si può effettuare in base alle sentenze. Infatti i titoli di cui al n. 2 possono dare luogo solo all'espropriazione forzata, mentre quelli di cui al n. 3, in base alla l. n. 80 del 2005 (v. il nuovo terzo comma dell'art. 474), consentono anche l'esecuzione per consegna o rilascio (ma non quella per obblighi di fare e di non fare). Efficacia di titolo esecutivo (benché non contemplata espressamente dall'art. 474) spetta anche al *verbale di conciliazione giudiziale*, stilato davanti al giudice ai sensi degli artt. 185, 320, secondo comma e 420, terzo comma. Anche tale documento costituisce titolo esecutivo e permette di iniziare l'esecuzione forzata senza necessità di proseguire oltre nel processo di cognizione, che anzi, per effetto della conciliazione, si estingue.

d) Infine, l'ultimo carattere che bisogna porre in rilievo è quello della *natura giurisdizionale* anche del processo esecutivo, riprendendo le fila del discorso fatto in precedenza.

Si è detto che oggi la dottrina pressoché all'unanimità riconosce il carattere giurisdizionale del processo esecutivo e ciò nonostante alcune sporadiche opinioni volte ad escludere tale carattere a questo o a quel particolare mezzo di esecuzione, come avverrebbe secondo coloro che ritengono che all'espropriazione forzata dovrebbe riconoscersi un carattere prevalentemente amministrativo o secondo chi invece afferma che l'esecuzione forzata in forma specifica non costituirebbe un processo, ma una forma di esercizio del diritto giurisdizionalmente controllato. Se si prescinde da tali tesi che praticamente non hanno avuto seguito, non può non riconoscersi natura giurisdizionale all'intera esecuzione civile e ciò proprio per l'inconfutabile ragione che essa è essenziale per la realizzazione concreta del diritto soggettivo, tutte le volte che il soggetto tenuto alla prestazione non si uniforma al *dictum* del giudice (o al contenuto dei titoli stragiudiziali). In altre parole, la tutela cognitiva è solo un aspetto della giurisdizione, in quanto da sola, come si è visto, può non essere sufficiente per la tutela del diritto. Ed il diritto

*Natura
giurisdizionale
del processo
esecutivo*

solo proclamato, senza che abbia luogo la sua realizzazione concreta (che solo il processo esecutivo può dare), non può essere un dato sufficiente per la reintegrazione della posizione soggettiva del privato che chiede tutela.

Ciò spiega perché *tutta* l'esecuzione civile, senza alcuna distinzione (espropriazione forzata o esecuzione in forma specifica che sia), è giurisdizione. Tant'è vero che l'uso del termine «processo» è impiegato nella rubrica del Libro III del codice di procedura civile per indicare l'esecuzione, non meno che in quella del Libro II per indicare la cognizione.

12. Critica all'idea dell'autonomia della giurisdizione cautelare

La
giurisdizione
cautelare non è
un terzo tipo di
giurisdizione

Alcuni autori, seguendo un vecchio orientamento, individuano accanto alle due forme di giurisdizione cognitiva ed esecutiva, anche un terzo tipo di giurisdizione, quella c.d. *cautelare*, che si esplicherebbe attraverso quegli interventi di urgenza che si ottengono mediante i *provvedimenti cautelari*, la cui disciplina generale è prevista agli artt. 669-*bis* ss., mentre le singole figure specifiche di tali provvedimenti sono individuate dagli artt. 670 ss.

Dovendo definire che cos'è un provvedimento cautelare, dovremmo rispondere che si tratta di uno strumento volto ad assicurare la fruttuosità della tutela giurisdizionale, nonostante le lungaggini a cui è sottoposto il procedimento ordinario.

Per esempio, se il creditore insoddisfatto agisce in giudizio per ottenere il pagamento di un credito, chiunque abbia un qualche rudimento di tutela giurisdizionale comprende che la durata del processo può cospirare a suo danno, sia perché non si sa quando arriverà il riconoscimento del suo diritto (dopo mesi, anni, lustri?), sia soprattutto in quanto nelle more del giudizio il debitore può far scomparire i propri beni che costituiscono la garanzia patrimoniale del credito (art. 2740 c.c.), magari alienandoli a terzi compiacenti o compiendo su di essi altri atti fraudolenti (ad es. costituendo su di essi fittiziamente un'ipoteca a favore di un terzo, con la conseguenza che all'atto di una loro eventuale futura vendita forzata – qualora l'avente diritto approdi al processo esecutivo – il ricavato andrà prioritariamente a quel terzo, che non esiterà a retrocederlo al debitore). Per prevenire siffatti eventi, il creditore, avuto sentore del *periculum in mora*, può chiedere ed ottenere in pendenza del processo (o magari anche al di fuori di esso, se le avvisaglie sorgono prima che egli abbia fatto ricorso alla tutela giurisdizionale), la misura del *sequestro conservativo* (art. 671 c.p.c.) che, una volta eseguito sul bene, da un lato impedisce ogni atto di disposizione mate-

riale sullo stesso, sottraendone la disponibilità al titolare ed affidandolo ad un custode, e dall'altro – ciò che è più importante – rende inefficace, secondo il disposto dell'art. 2906 c.c., ogni atto di disposizione giuridica del bene (ad es. alienazioni, costituzioni di diritti reali parziali di godimento o di diritti di garanzia, ecc.). Per cui il creditore, se otterrà ragione, troverà alla fine della causa il bene nello stato di fatto e di diritto in cui era al momento della domanda.

Il sequestro, nella sue due forme di sequestro giudiziario (art. 670 c.p.c.) e conservativo (art. 671 c.p.c.), è il classico esempio di misura cautelare *conservativa* (atta cioè a conservare la situazione *quo ante*, onde evitare che il futuro esito del processo sia infruttuoso).

*Cautelari
conservativi*

La necessità della tutela d'urgenza, mostra tuttavia un altro versante che è quello *anticipatorio*, nel senso che vi sono molte situazioni nelle quali la durata del processo non incide negativamente sul diritto dell'attore facendogli correre il rischio che al momento della sentenza sarà scomparso l'oggetto su cui dovrà appuntarsi la tutela giurisdizionale; ma nel senso che il rischio di una tutela giurisdizionale tardiva, consiste nel fatto che nel frattempo possono essersi prodotti danni tali, che il provvedimento giurisdizionale difficilmente riuscirà a reintegrare.

*Cautelari
anticipatori*

Si pensi ad es. al caso della concorrenza sleale che si verifica nell'ipotesi in cui un imprenditore usi segni distintivi dei propri prodotti, idonei ad ingenerare confusione con i segni distintivi legittimamente usati da altri (art. 2598, n. 1, c.c.). In tale ipotesi la sentenza se dà ragione all'istante, «inibisce la continuazione» degli atti di imitazione servile (art. 2599 c.c.): ma nelle more del processo (che, come si è detto, può durare anni), l'imprenditore potrebbe avere nel frattempo subito un danno irreparabile a seguito della ripetuta continuazione di quegli atti. Anche in tali casi, l'unico rimedio è quello del ricorso alla tutela cautelare, che però per tali fattispecie non prevede una misura tipica. La soluzione in questo caso sta nel ricorso al cautelare *atipico* previsto dall'art. 700 c.p.c., che consente di intervenire in via d'urgenza (si veda nella rubrica dell'art. 700, la denominazione di *provvedimenti d'urgenza*), con un rimedio adattabile da caso a caso che consenta di ottenere i provvedimenti che appaiano «secondo le circostanze, più idonei ad *assicurare provvisoriamente* gli effetti sulla decisione sul merito». Nei casi sopra ricordati della concorrenza sleale, per esempio, tale assicurazione sarà realizzata mediante una inibizione *anticipata* del comportamento lesivo, che il giudice può disporre, previa delibazione sommaria del diritto del ricorrente (*fumus boni iuris*) e del pericolo nel ritardo (*periculum in mora*). Valutazione duplice, quindi, che è *caratteristica di tutti i provvedimenti cautelari*.

Con riferimento a tali misure si è parlato di *processo cautelare*, tentando di identificare con ciò un *tertium genus* di attività giurisdizionale, accanto alla cognizione e all'esecuzione. Ma l'opinione non può essere

*Mancanza di
autonomia
della funzione
cautelare*

accolta, giacché i provvedimenti cautelari non costituiscono un aspetto della giurisdizione a sé stante, ma sono precostituiti esclusivamente per garantire la buona riuscita del processo di esecuzione (cautelari a natura *conservativa*) o di quello di cognizione (cautelari a natura *anticipatoria*). Per cui essi si inquadrano in una delle due forme giurisdizionali già viste e non danno vita ad una forma di processo autonomo. Tant'è vero che l'emissione della misura cautelare, deve essere normalmente seguita da un processo di cognizione da instaurare entro un termine perentorio dall'emissione della suddetta misura (art. 669-*octies*), pena l'inefficacia della stessa (art. 669-*novies*). Malamente quindi si parla di «processo cautelare», formula che non è usata in alcuna parte del codice, il quale invece adopera la locuzione di «procedimenti cautelari» (a fronte, invece, di quella di «processo di cognizione» o di «esecuzione»), con ciò volendo significare la mancanza di un'autonoma funzione giurisdizionale. È per tale motivo che è errato anche il ricorso alla nozione di «azione cautelare», che qualche autore del passato usava: giacché anche l'istanza volta ad ottenere la cautela non ha vita propria, ma costituisce strumento («amminicolo», come si è giustamente detto), dell'azione di cognizione o di quella esecutiva. Questa concezione non è mutata neppure per effetto della riforma avvenuta con la l. n. 80 del 2005, la quale all'art. 2 consente che alcuni cautelari (provvedimenti *ex art. 700*, provvedimenti anticipatori previsti dal codice civile o dalle leggi speciali, provvedimenti *ex art. 688*), non necessitino più di essere seguiti dal giudizio di merito a cognizione piena (che diviene puramente facoltativo: v. il nuovo sesto comma dell'art. 669-*octies*). Infatti, anche se tali provvedimenti sono idonei a conservare efficacia in sé e per sé, la loro funzione rimane sempre quella di garantire la tutela cognitiva o esecutiva.

13. I metodi alternativi di risoluzione delle controversie

Con l'espressione *metodi alternativi di risoluzioni delle controversie*, si suole indicare un importante aspetto della giustizia civile, caratterizzato dal ricorso per la risoluzione delle liti, anziché all'intervento del giudice, a strumenti rimessi essenzialmente alla *volontà* dei privati contendenti.

*Metodi
alternativi della
risoluzione
delle
controversie*

Tali strumenti debbono essere in ogni caso *previsti dal diritto*, altrimenti si verserebbe in ipotesi, non solo non accettabili dal punto di vista della risoluzione della lite, ma debordanti nell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, penalmente punito dagli artt. 392 e 393 c.p. Inoltre tali strumenti alternativi possono surrogare solo il *processo di cogni-*

zione, non quello esecutivo, la cui attuazione è demandata esclusivamente all'autorità dello Stato e ciò in quanto l'impiego della forza nell'attuazione del diritto, non può essere delegato a privati.

Gli strumenti deflattivi del contenzioso giudiziario costituiscono una pratica attuata in molti paesi esteri, specialmente negli U.S.A., ed è proprio dagli U.S.A. che proviene il nome di *Alternative Dispute Resolution*, comunemente indicato con la sigla A.D.R., attraverso cui può essere risolta una contesa senza ricorrere al giudice.

Due sono le categorie in cui essi si distinguono. La prima è quella dei mezzi che impegnano solo *strumenti di diritto privato*, e cioè che si basano sull'*intervento esclusivo della volontà delle parti*, beninteso secondo i canoni previsti dal diritto. Il più importante, anzi forse l'unico, è la *transazione*, che come è noto è quel contratto con cui le parti prevenengono una lite o eliminano una lite già insorta, facendosi reciproche concessioni (art. 1965 c.c.).

La seconda categoria è quella in cui lo strumento convenzionale delle parti si integra con l'*intervento di un terzo*, il quale collabora con intensità diversa da caso a caso alla risoluzione del conflitto, dando luogo ad un vero e proprio procedimento. Questa seconda categoria è la sola che può essere a pieno titolo considerata come quella degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

Ad integrare la volontà delle parti deve essere peraltro un organo previsto dalla legge. In tal senso, a stretto rigore non potrebbe rientrare nel tema in oggetto, la figura dell'*Ombudsman* bancario, giacché pur trattandosi anche qui di un terzo che compie attività paciscente, la figura è creata dall'Associazione bancaria italiana (A.B.I.) e non dalla legge.

L'incentivazione a risolvere le liti attraverso metodi alternativi è determinata soprattutto dal tentativo di evitare i lunghi tempi processuali. Soprattutto questo elemento e cioè la lentezza del processo (nonostante gli interventi avutisi con le riforme del '90 e del '95, un processo in primo grado non dura oggi meno di tre anni), costituisce (o dovrebbe almeno costituire) un forte deterrente nei confronti della giustizia statale. E non è nemmeno vero che il ricorso ai metodi alternativi avvenga per le cause di valore medio-basso. Questo è quello che dovrebbe verificarsi in teoria, giacché l'esiguo valore della causa finisce di solito per essere quasi completamente (o anche totalmente) falcidiato dalle spese di lite. Ma in pratica avviene che di tali sistemi si avvalgano soprattutto le fasce alte della popolazione nel settore della grande impresa e per cause di valore notevole, per le quali il ritardo nel decidere può produrre conseguenze molto gravi (ad es. il fallimento di un'azienda).

Altamente sconcertante è comunque il panorama offerto dal diritto italiano, soprattutto per la mancanza di un modello unitario di procedimento volto alla definizione stragiudiziale del contenzioso. Un modello che peraltro sarebbe stato facile elaborare con una semplice legge

organica che avesse abolito l'infinità dei diversi procedimenti conciliativi vigenti, sostituendoli con un sistema unico. Ciò non è mai stato fatto per cui abbiamo tutt'ora una serie di strumenti completamente diversificati in ragione del tipo di lite, taluni facoltativi, taluni obbligatori, che si sono moltiplicati a seguito di recenti provvedimenti.

Anche la tipologia è estremamente variopinta. V'è l'istituto della *mediazione*, divenuto un istituto generale a seguito del d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28; vi sono *collegi di conciliazione*, in parte preesistenti, in parte ridisciplinati con la l. 4 novembre 2010, n. 183; vi sono collegi definiti di *conciliazione e di arbitrato* ai quali ha dato impulso l'art. 412-*bis* c.p.c. modificato da quest'ultima legge (che «mescola» due istituti che non hanno nulla a che fare l'uno con l'altro: la conciliazione e l'arbitrato).

Infine, anche i tratti distintivi della mediazione rispetto alla conciliazione (il che doveva rappresentare la saliente novità introdotta dal cit. d.lgs. n. 28 del 2010), sono ormai stati annacquati come vedremo, dalla modifica del tentativo di conciliazione stragiudiziale in materia di lavoro (di cui alla cit. l. n. 183 del 2010), che non si comprende neppure perché venga comunemente chiamata «collegato lavoro» (ma l'italiano non sembra ormai più appannaggio dei giuristi).

Questo vario e sconclusionato sistema, esige di essere pazientemente ricondotto ad unità, mediante un lavoro certosino di riordino e di collegamento delle varie norme, non senza dimenticare i profili dogmatici dei vari istituti.

14. I mezzi alternativi autonomi

I veri e propri metodi alternativi di risoluzione delle controversie sono quelli che operano in via stragiudiziale.

Non vi rientrano quindi i tentativi di *conciliazione giudiziale*, sia facoltativa (art. 185 c.p.c.), sia obbligatoria (artt. 420, 708 c.p.c.), che presuppongono pur sempre che sia stato iniziato un procedimento giudiziario (ed in questo senso non possono più ovviamente chiamarsi «alternativi»), nonché la presenza del giudice di fronte al quale il tentativo di conciliazione si svolge, anche se quest'ultimo si limita alla semplice recezione delle proposte delle parti.

Dal punto di vista stragiudiziale, i metodi di conciliazione della lite possono essere *autonomi* o *eteronimi*.

Ricorre la prima ipotesi, allorché le parti riescono a conciliarsi da sole (o tutt'al più attraverso l'opera dei loro avvocati). La tipica ipotesi è quella della *transazione*, che, un contratto con il quale, come abbiamo detto, le parti prevengono l'insorgere di una lite (o fanno cessare una

Mezzi
alternativi
autonomi

Transazione

lite già sorta), facendosi reciproche concessioni (art. 1965 c.c.). Ciò peraltro non esclude che una lite venga evitata anche con la semplice rinuncia unilaterale di una delle parti, come ad esempio avviene nel caso di *remissione del debito* (art. 1236 c.c.). Ma anche in queste ipotesi è difficile che le parti si astengano dall'usare lo schema transattivo, anche al solo fine di disciplinare aspetti collaterali della vertenza (ad es. le spese).

In ogni caso, in tali situazioni, la prevenzione della lite è regolata esclusivamente da strumenti di diritto privato.

15. I mezzi alternativi eteronimi. A) La conciliazione stragiudiziale

I mezzi di risoluzione stragiudiziale delle controversie si dicono *eteronimi* quando presuppongono l'intervento di un terzo che coopera al raggiungimento della conciliazione della lite. Si tratta in sostanza di una specie di regista dell'operazione che sovrintende alla stessa, onde agevolare l'esito.

Mezzi
alternativi
eteronimi

Le due figure che il diritto conosce sono la *conciliazione* e la *mediazione*. Mentre la mediazione, introdotta con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 è un rimedio di ordine generale, la conciliazione assume varie forme in ragione della tipologia della lite. Tali forme, alcune delle quali risalgono a leggi piuttosto vecchie, sono state mantenute in vigore dall'art. 23 del cit. d.lgs. sulla mediazione, eccezion fatta per il procedimento di *conciliazione societaria* di cui agli artt. 38-40 del d.lgs. n. 5 del 2003, che è stato abolito dal citato art. 23. Pertanto per le materie per le quali tale tipo di conciliazione era prevista, si ha un *rinvio* alle corrispondenti norme del procedimento di *mediazione* (art. 23, primo comma, d.lgs. n. 28 del 2010).

Conciliazione
stragiudiziale

I principali tentativi di *conciliazione stragiudiziale* sono i seguenti.

a) V'è innanzitutto la c.d. *conciliazione in sede non contenziosa*, un istituto a carattere generale, peraltro quasi mai usato, che però va tenuto presente, se non altro per ragioni sistematiche. È prevista dall'art. 322 c.p.c. e si svolge di fronte al *giudice di pace*, non adito questa volta in funzione giurisdizionale (cioè per la decisione della controversia), ma al solo fine di conciliare le parti. La competenza territoriale è quella stessa che si avrebbe se venisse proposta la domanda giudiziale per la controversia in questione. L'istanza di conciliazione può essere fatta anche verbalmente.

Conciliazione
in sede non
contenziosa

Se la conciliazione riesce, il processo verbale che la raccoglie ha il valore di *titolo esecutivo* se la controversia rientrava nella competenza

(per valore o materia) del giudice di pace. Altrimenti ha il valore di scrittura *privata riconosciuta in giudizio*.

Conciliazione in sede di lavoro b) A parte il citato caso di cui all'art. 322 c.p.c., l'ipotesi più importante è quella del *tentativo di conciliazione in materia di lavoro* previsto dagli artt. 410 ss. c.p.c., che è stato ampiamente modificato dall'art. 31 della l. 4 novembre 2010, n. 183, la quale ha introdotto notevoli variazioni alla normativa codicistica.

Conciliazione in sede sindacale ed in sede amministrativa Come sarà detto nel vol. III, allorché ci occuperemo diffusamente dal problema nel processo del lavoro, pur permanendo i due sistemi della *conciliazione in sede sindacale* (art. 411, terzo comma) e quella della conciliazione di fronte all'*ufficio della Direzione provinciale del lavoro* (art. 410), il tentativo di conciliazione dopo la riforma del 2010 *non è più obbligatorio*, spettando all'attore la scelta se porlo in essere o se ricorrere direttamente all'autorità giudiziaria (nuovo testo dell'art. 410, primo comma).

Non solo, ma anche se l'attore intende ricorrere alla conciliazione, il convenuto *può sottrarsi* non depositando l'eventuale *memoria difensiva* nel termine di venti giorni da quello in cui gli è pervenuta la richiesta di conciliazione.

Ad ogni modo, se le parti pongono in essere il procedimento di conciliazione ed effettivamente si conciliano, il processo verbale può essere depositato presso il giudice del lavoro, il quale controllatane la regolarità formale, lo dichiara esecutivo con decreto (art. 411, primo e terzo comma).

Altra novità, in caso di mancata conciliazione, non è solo quella di ricorrere all'autorità giudiziaria, ma di poter dare *mandato* all'organo preposto alla conciliazione (commissione di conciliazione presso la Direzione provinciale del lavoro o sindacato), di risolvere in via *arbitrale* la controversia (pervenendo ad un lodo irrituale, ma che può essere dichiarato *esecutivo* secondo l'art. 412 che vedremo a suo tempo).

Altri tipi di conciliazione stragiudiziale c) A norma dell'art. 11, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, è previsto anche per le *controversie per i contratti agrari*, un tentativo di conciliazione stragiudiziale, questa volta *obbligatorio* (la cui mancata proposizione è dunque causa di improcedibilità della domanda).

... in materia di contratti agrari Esso si espleta presso l'*Ispettorato provinciale dell'agricoltura* competente per territorio.

Il relativo verbale di conciliazione non costituisce però titolo esecutivo (non si può neppure depositare in tribunale).

... di patti di famiglia d) Va poi menzionato l'art. 768-*octies* c.c., che per le controversie relative ai *patti di famiglia*, stabilisce l'obbligo di ricorrere «prelimi-

narmente» ad uno degli organismi di conciliazione previsti dall'art. 38 del d.lgs. n. 5 del 2003. Ovviamente, essendo state abrogate, come si è detto, le norme da 38 a 40 del cit. d.lgs. in oggetto, si dovrà applicare il disposto dell'art. 23, primo comma del d.lgs. n. 28 del 2010, che prevede che i «rinvii» operati dalla legge a tali norme (abrogate), si considerano riferiti alle corrispondenti disposizioni del cit. d.lgs. n. 28 del 2010 sulla mediazione.

e) Altro procedimento di conciliazione che non è stato caducato dalle recenti riforme, è quello previsto per le controversie sul *diritto di autore* dall'art. 71-*quinquies*, norma introdotta nell'ambito della l. n. 633 del 1941 dalla riforma attuata con il d.lgs. n. 68 del 2003. Il cit. art. 71-*quinquies*, prevede un tentativo obbligatorio di conciliazione che si svolge presso il *Comitato consultivo permanente* per il Diritto di autore, che si trova presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. L'art. 194-*bis* del cit. d.lgs. n. 68 del 2003, prevede che il Comitato, nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione, possa formulare una proposta il cui mancato accoglimento può riflettersi sulla regolamentazione delle spese di lite nella successiva fase giudiziaria. Come si vede, la norma rappresenta un principio recepito dell'art. 11, d.lgs. n. 28 del 2010 (che vedremo), sia pure con conseguenze diverse e più drastiche in materia di spese di lite.

... di diritto
di autore

f) Efficacia di titolo esecutivo è prevista per il verbale di conciliazione in materia di controversie insorte fra gli utenti e gli esercenti i *servizi di pubblica utilità*, secondo la disciplina dell'art. 2, ventiquattresimo comma, lett. b) della l. n. 481 del 1995. La norma stabilisce anche l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione davanti alle Commissioni di conciliazione presso le Camere di commercio e la conseguente improcedibilità del ricorso al Tribunale amministrativo, non preceduto dalla predetta formalità. Tuttavia tale ultima previsione è di fatto da ritenersi inoperante, per non essere mai stati emanati i decreti previsti nella prima parte del cit. art. 2, che avrebbero dovuto disciplinare i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento delle procedure di conciliazione o di arbitrato. Ne consegue che il tentativo stragiudiziale di conciliazione per tali controversie, rimane tutt'al più a livello *facoltativo*.

... di servizi di
pubblica utilità

g) La l. 31 luglio 1997, n. 249 istitutiva dell'AGCOM, (Autorità per la garanzia delle comunicazioni) prevede all'art. 11 la necessità del previo tentativo di conciliazione stragiudiziale, anch'esso *obbligatorio*, per le controversie in *materia di telecomunicazioni* fra gli utenti e i destinatari delle licenze per l'erogazione del servizio previste dall'art. 2 della legge.

... di
telecomunicazioni

Il procedimento è disciplinato dai successivi regolamenti n. 182 del 2002 e n. 173 del 2007 e si svolge presso il *Corecom* (Comitato regionale per le comunicazioni) territorialmente competente.

La proposizione del tentativo di conciliazione costituisce anche qui, come in materia agraria, condizione di procedibilità della domanda.

Il verbale di conciliazione costituisce *titolo esecutivo*, senza bisogno dell'omologa del tribunale (non prevista).

... di contratti
di subfornitura

b) Si ricorda anche il tentativo di conciliazione obbligatorio in materia di *contratti di subfornitura*, di cui all'art. 10 della l. n. 192 del 1998. La rubrica dell'articolo parla di «conciliazione e arbitrato», in quanto nell'ipotesi di esito negativo della conciliazione, la controversia, su richiesta di entrambi i contraenti, può essere rimessa alla Commissione arbitrale presso la Camera di commercio, che procederà ai sensi dell'art. 806 ss. c.p.c. Da notare tuttavia che il cit. art. 10, pur stabilendo l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, non prevede alcuna sanzione di carattere processuale nel caso della sua omissione.

... di masi
chiusi

i) La normativa sui «*masi chiusi*», relativa alla provincia autonoma di Bolzano, prevede un duplice tentativo obbligatorio di conciliazione. Se si tratta di controversie relative alla determinazione dell'«assuntore» del maso chiuso e alla determinazione del «prezzo» dell'assunzione, esse per disposizione dell'art. 35, primo comma della l. n. 340 del 2000, sono soggette al rito di cui all'art. 409 ss. Ne deriva che dovevano essere precedute dal tentativo di conciliazione (oggi non più obbligatorio) di cui all'art. 410 c.p.c., da esperirsi presso la *Ripartizione agricoltura* della provincia di Bolzano.

Il successivo secondo comma dell'art. 35 cit., prevede invece che tutte le altre controversie in materia di masi chiusi siano disciplinate dall'art. 46, l. n. 203 del 1982, per cui per esse trova applicazione il tentativo di conciliazione già visto per le cause agrarie.

l) Vi sono poi altri due procedimenti di conciliazione che sopravvivono, questa volta non solo in seguito alla generale disposizione dell'art. 23, secondo comma del d.lgs. n. 28 del 2010, ma anche in virtù dell'espressa previsione di un'altra norma dello stesso decreto e cioè l'art. 5, primo comma.

Il primo di essi è il procedimento di conciliazione stragiudiziale previsto dall'art. 4 del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, per le controversie concernenti i *risparmiatori* e gli *investitori*. Il secondo è quello di cui all'art. 128-*bis* del *T.U. in materia bancaria e creditizia* di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385.

16. B) *La mediazione. La negoziazione assistita*

L'istituto in oggetto è stato creato con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (al quale si è aggiunto il successivo decreto del Ministero della giustizia del 18 ottobre 2010, n. 180, con funzione prevalentemente regolamentare e organizzativa del registro degli organismi abilitati alla mediazione).

La mediazione

La *mediazione* può essere definita sulla scorta dell'art. 1 del d.lgs. n. 28 del 2010, come quell'attività svolta da un terzo «*imparziale*» finalizzata ad «*assistere*» due o più soggetti per la ricerca di un accordo amichevole su una controversia in materia di diritti disponibili o per la «*formulazione di una proposta*» per la risoluzione delle stessa.

Come nel caso della conciliazione e di tutti gli altri metodi stragiudiziali di risoluzione delle controversie (ad es. anche nel caso della transazione), la lite deve vertere in materia di *diritti disponibili* (art. 2, d.lgs. n. 28 del 2010).

In relazione a ciò la mediazione, nelle sue varie forme, presenta degli elementi costanti e caratteristici, che la differenziano dalla conciliazione.

a) In primo luogo l'asserita *imparzialità* dell'organo che la conduce, definito appunto «*mediatore*» (dall'art. 1, lett. *b* del d.lgs. n. 28 del 2010). Tale imparzialità (che sembrerebbe volere fare – ma ovviamente del tutto a sproposito – del mediatore una figura con caratteristiche di indipendenza analoghe a quelle del giudice) è ribadita dagli artt. 1 e 3, secondo comma, del decreto cit.

Il mediatore

b) In secondo luogo l'«*idoneità*» dell'organo allo svolgimento del compito di mediazione (art. 3, secondo comma, cit.). Si richiede dunque che il mediatore, oltre che essere indipendente dalle parti, offra garanzie di capacità e di preparazione soprattutto giuridica, al fine della soluzione stragiudiziale della controversia, in particolar modo in relazione a quanto diremo al successivo punto *c*).

c) Al fine di garantire l'imparzialità e l'idoneità di cui sopra, la legge impone alcune precauzioni che si sostanziano in quanto segue: *ca*) l'«*organismo*» di mediazione (cioè la struttura in cui operano i mediatori) deve essere *iscritto* in apposito *registro* tenuto presso il Ministero della giustizia (artt. 16, d.lgs. n. 28 del 2010 e 1-3, d. n. 180 del 2010), il che avviene a seguito del controllo del possesso di specifici requisiti da parte dell'organismo stesso (previsti dall'art. 4, d. n. 180 del 2010); *cb*) l'organismo inoltre deve garantire lo svolgimento di un «*percorso formativo*» del mediatore, articolato in corsi teorici e pratici iniziali e in aggiornamenti biennali di un numero di ore previsto dal decreto (art.

18, lett. *f* e *g*, d. n. 180 del 2010), la cui idoneità deve essere garantita da un «*responsabile scientifico*» (art. 18, lett. *i* del decreto cit.).

Esistono in pratica, tre diversi tipi di mediazione.

1) *Mediazione facoltativa*

*Mediazione
facoltativa*

Essa è possibile in ogni controversia avente ad oggetto *diritti disponibili* (art. 2, d.lgs. n. 28 del 2010). A tal uopo sussiste l'*obbligo del difensore* di informare il cliente che per il tipo di controversia che si accinge ad instaurare, è possibile la mediazione. L'inottemperanza a tale obbligo è sanzionata con l'*annullabilità* del contratto d'opera fra l'avvocato e il cliente. Ciò nel senso che quest'ultimo annullando il contratto, può evitare di pagare il compenso al professionista che non lo abbia avvertito alla possibilità di ricorrere alla mediazione (art. 4, terzo comma, d.lgs. n. 28 del 2010).

2) *Mediazione obbligatoria*

*Mediazione
obbligatoria*

L'art. 5, primo comma del cit. d.lgs. n. 28 del 2010 prevedeva la *mediazione obbligatoria* (cioè quale condizione di procedibilità della domanda) nelle seguenti materie: controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Com'è noto, la decisione di Corte cost. n. 272 del 2012 ebbe a dichiarare l'incostituzionalità della disposizione per eccesso di delega. Il d.l. del 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. del «fare») e la relativa l. di conv. del 9 agosto 2013, n. 98, hanno di nuovo introdotto la *mediazione obbligatoria* nell'art. 5 del vecchio decreto (attraverso l'inserimento di un comma primo-*bis*) per le controversie sopra ricordate, esclusione fatta per quelle di risarcimento danni derivati dalla circolazione di veicoli e di natanti.

Le regole del procedimento restano le stesse della previgente normativa. La domanda giudiziale non preceduta dal procedimento di mediazione è *improcedibile*. L'improcedibilità va comunque rilevata (ad istanza di parte o d'ufficio) non oltre la prima udienza. Nel caso di rilievo fatto in tempo utile, il giudice concede alle parti un termine di quindici giorni per proporre la richiesta di mediazione, rinviando il processo ad un termine superiore a quello di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 28 del 2010 (che dopo la modifica del d.l. n. 69 del 2013, fissa oggi in tre mesi il tempo massimo per effettuare il procedimento di mediazione).