

Elena Merlin

Elementi di diritto processuale civile

I - PARTE GENERALE



Giappichelli



Prefazione

Come scrivevo nel presentare la prima edizione degli “Elementi”, uscita per i tipi di Pacini Giuridica nel 2017, l’ambizione era soltanto di offrire una trattazione della materia “non arida e all’insieme proporzionata alle esigenze di formazione degli studenti della facoltà di Giurisprudenza”. Gli esiti incoraggianti dell’esperienza di questi anni con gli studenti della facoltà milanese mi inducono a riproporre il testo. Si è trattato non solo di tenere conto di alcune, invero minime, novità normative e di alcune importanti evoluzioni della dottrina e della giurisprudenza, ma anche di rimeditare l’esposizione dei singoli argomenti, verificando la necessità di interventi chiarificatori o di approfondimenti che erano stati tralasciati.

L’intento di commisurare la trattazione alle esigenze formative dei discendenti del terzo anno della facoltà giuridica ha imposto di bandire preoccupazioni di elementarietà delle esemplificazioni e di pedanteria espositiva, di limitare gli argomenti da trattare a quelli davvero fondamentali per il governo della materia, di affinare il più possibile la chiarezza dei passaggi logici e delle definizioni dei concetti. Si è reso così necessario anche rinunciare a una rielaborazione critica personale di tutti i singoli snodi interpretativi – che, inevitabilmente, avrebbe troppo affollato l’esposizione –, limitando l’impegno ricostruttivo agli istituti selezionati come di valore fondante.

Certo, non si sono celati il tecnicismo e la complessità della materia, da alcuni decenni accresciuta dalla propensione della nostra giurisprudenza ad attingere le soluzioni anche dall’uso delle categorie teoriche elaborate dalla dottrina, importandone terminologia e sistemazioni concettuali sì da renderle di uso comune e allora componenti imprescindibili del bagaglio di conoscenze che formano il quadro base di riferimento. Sui punti selezionati il testo riflette però le convinzioni e il pensiero di chi scrive, e gli orientamenti della giurisprudenza sono evocati solo ove ritenuti davvero fundamentalmente persuasivi o condizionanti l’applicazione concreta delle regole del processo.

E.M.

Milano, agosto 2022

Indice

	<i>pag.</i>
Introduzione	XIX
Capitolo I	
Processo civile e funzione giurisdizionale	
1. La funzione in generale del processo civile	1
2. La tutela di cognizione, di esecuzione e cautelare	2
3. Violazione del diritto alla tutela giurisdizionale	6
4. La garanzia del diritto di difesa e la struttura “contraddittoria” del processo	9
5. La giurisdizione come funzione generale dello Stato. Funzione giurisdizionale, funzione legislativa e funzione esecutiva	9
6. I principi generali sul processo civile	11
7. La giurisdizione volontaria	17
Capitolo II	
Le azioni di cognizione	
1. L’azione di cognizione in generale	21
2. L’azione di mero accertamento	22
3. L’azione di condanna	24
4. Condanna e azione esecutiva	28
5. Figure speciali di condanna	30
6. L’azione costitutiva	33
7. Esercizio cumulativo di azioni	37
8. I “riti” del processo di cognizione	38

Capitolo III

L'azione verso lo Stato-giudice e le condizioni per la pronuncia di merito

1. L'azione di cognizione in senso dinamico e la pronuncia di merito	41
2. L'interesse ad agire	42
3. La legittimazione ad agire	44
4. La legittimazione straordinaria e la sostituzione processuale	46
5. La sostituzione processuale volontaria e l'azione di classe	49
6. Pronuncia di rito e presupposti processuali	52

Capitolo IV

La domanda giudiziale

1. La domanda giudiziale e il dovere decisorio del giudice	57
2. Gli effetti processuali della domanda giudiziale	59
3. Gli effetti sostanziali della domanda giudiziale	59
4. Segue. La trascrizione della domanda ad effetti sostanziali	62

Capitolo V

Le difese del convenuto

1. L'accertamento del diritto litigioso come applicazione della norma generale astratta a fatti concreti. L'introduzione dei fatti nel processo	65
2. La posizione del convenuto. Le mere difese	67
3. Le eccezioni e l'onere della prova	69
4. L'individuazione delle eccezioni	72
5. Le controeccezioni	75
6. Eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato	76
7. Eccezioni riconvenzionali	78
8. La domanda riconvenzionale	79

Capitolo VI

Il giudicato

1. Sentenze di rigetto e di accoglimento della domanda. L'assorbimento di questioni	85
---	----

	<i>pag.</i>
2. Il giudicato formale	89
3. La cosa giudicata sostanziale. Efficacia negativa e positiva del giudicato	91
4. La preclusione del dedotto e del deducibile. I limiti cronologici del giudicato	95
5. Il motivo “portante” della decisione e l’efficacia del giudicato nei successivi processi	99

Capitolo VII

L’identificazione dell’oggetto del processo

1. L’oggetto del processo e gli elementi di identificazione della domanda giudiziale. Le parti	103
2. Il <i>petitum</i> e la <i>causa petendi</i>	105
3. La nozione di <i>causa petendi</i> e le domande eterodeterminate	108
4. Le domande autodeterminate	111
5. L’identificazione della domanda nelle azioni costitutive	114
6. Concorso semplice ed elettivo di azioni	116
7. Il cumulo condizionale di domande	118

Capitolo VIII

Il giudice

1. Le condizioni della potestà di giudicare nel merito: giurisdizione e competenza	123
2. Il difetto di giurisdizione nei confronti dei giudici speciali	124
3. Segue. E nei confronti della Pubblica Amministrazione	128
4. La rilevabilità del difetto di giurisdizione	128
5. Il difetto di giurisdizione internazionale	130
6. La competenza: i giudici civili ordinari	135
7. Le sezioni degli uffici giudiziari	136
8. La competenza per materia e valore	138
9. La competenza per territorio semplice e funzionale	142
10. L’accertamento della competenza	144
11. La decisione sulla competenza e il regolamento di competenza	147
12. La dichiarazione di incompetenza e la <i>translatio iudicii</i> . Il regolamento di competenza d’ufficio	151
13. La pronuncia sulla giurisdizione e il regolamento di giurisdizione	154
14. La <i>translatio iudicii</i> fra giudici ordinari e giudici speciali	156
15. Il momento determinante ai fini della giurisdizione e della competenza	157

Capitolo IX

Le parti

- | | |
|--|-----|
| 1. La capacità delle parti | 163 |
| 2. La rappresentanza volontaria delle parti | 166 |
| 3. La rappresentanza tecnica | 167 |
| 4. La sanatoria dei vizi attinenti alla capacità e alla rappresentanza delle parti | 169 |

Capitolo X

I presupposti processuali negativi

- | | |
|---|-----|
| 1. L'eccezione di litispendenza | 173 |
| 2. L'eccezione di precedente giudicato | 175 |
| 3. L'eccezione di compromissione in arbitri | 176 |

Capitolo XI

I limiti oggettivi e soggettivi del giudicato

- | | |
|---|-----|
| 1. I limiti oggettivi del giudicato. La preclusione dei diritti incompatibili | 179 |
| 2. Le questioni pregiudiziali e la domanda di accertamento incidentale | 181 |
| 3. L'accertamento incidentale per volontà di legge | 186 |
| 4. Le questioni pregiudiziali in senso meramente logico | 187 |
| 5. I limiti soggettivi del giudicato. Terzi interessati di fatto e terzi titolari di posizioni giuridicamente autonome | 191 |
| 6. Terzi aventi causa | 194 |
| 7. Terzi titolari di posizioni oggettivamente coincidenti con quella oggetto del giudicato | 197 |
| 8. I terzi titolari di situazioni soggettive giuridicamente dipendenti da quella oggetto del giudicato | 200 |
| 9. Segue. Terzi titolari di situazioni giuridicamente dipendenti ed estensione dell'efficacia "semplice" della sentenza | 205 |

Capitolo XII

La connessione fra le cause

- | | |
|---|-----|
| 1. La connessione fra le cause in generale | 209 |
| 2. Cumulo iniziale e cumulo successivo delle cause connesse | 211 |

	<i>pag.</i>
3. La deroga alla competenza e ai “riti” per ragioni di connessione	213
4. La riunione delle cause per continenza	216
5. La separazione delle cause e la condanna con riserva	218

Capitolo XIII

Il litisconsorzio iniziale

1. Il processo litisconsortile in generale	223
2. Il litisconsorzio necessario per ragioni di ordine “sostanziale”	223
3. Altre figure di litisconsorzio necessario	228
4. La sentenza resa a contraddittorio non integro	229
5. Lo svolgimento del processo con litisconsorzio necessario	231
6. Il litisconsorzio facoltativo	231
7. La disciplina del processo litisconsortile facoltativo	239

Capitolo XIV

Il litisconsorzio successivo

1. Il litisconsorzio successivo in generale	243
2. L'intervento volontario <i>ex art. 105 c.p.c.</i>	244
3. La posizione processuale dell'interveniente	253
4. L'intervento coatto su chiamata di parte per “comunanza” di causa	255
5. La distinzione fra chiamata in causa “innovativa” e “non innovativa”	259
6. L'intervento coatto per chiamata in “garanzia”	261
7. La chiamata in garanzia “impropria”	268
8. L'intervento coatto su ordine del giudice <i>ex art. 107 c.p.c.</i>	269

Capitolo XV

L'estromissione di una parte

1. L'estromissione del garantito	273
2. L'estromissione dell'obbligato	277

Capitolo XVI

I fenomeni di successione

1. Successione nel processo e venir meno della parte. La persona fisica	279
---	-----

	<i>pag.</i>
2. Il venir meno degli enti e la successione nel processo	283
3. La successione a titolo particolare nel diritto controverso	286
4. Le ipotesi di inefficacia della sentenza nei confronti del terzo. Autonomia processuale ed autonomia sostanziale della posizione del terzo	293
5. Le ipotesi di non coincidenza fra il diritto oggetto della successione e il diritto oggetto del processo	296

Capitolo XVII

Gli atti processuali

1. L'atto processuale in generale	299
2. La forma degli atti processuali	300
3. I provvedimenti del giudice	303
4. I principi generali in tema di nullità degli atti processuali	307
5. L'invalidità della sentenza e il principio di conversione dei motivi di nullità in motivi di impugnazione	312

Capitolo XVIII

Le spese del processo

1. La condanna alle spese	319
2. La compensazione delle spese e le ipotesi di condanna alle spese della parte vittoriosa	322
3. La responsabilità aggravata per i danni	324

Capitolo XIX

Le notificazioni e le comunicazioni

1. Le notificazioni in generale	327
2. Il luogo e i modi di esecuzione della consegna dell'atto da notificare	329
3. Il perfezionamento della notificazione per il destinatario	332
4. Il perfezionamento anticipato della notificazione per il notificante	333
5. Le notificazioni da eseguirsi all'estero	335
6. Le notificazioni a cura del difensore	335
7. Le comunicazioni della cancelleria	336

pag.

Capitolo XX

I termini processuali

- | | |
|--------------------------------------|-----|
| 1. I termini processuali in generale | 339 |
| 2. Il computo dei termini | 341 |
| 3. La rimessione in termini | 342 |

Capitolo XXI

La ricusazione ed astensione del giudice, il pubblico ministero, gli uffici complementari e gli ausiliari del giudice

- | | |
|--|-----|
| 1. Ricusazione ed astensione del giudice | 345 |
| 2. La responsabilità del giudice | 349 |
| 3. Il pubblico ministero | 350 |
| 4. Gli uffici complementari | 353 |
| 5. Gli ausiliari del giudice | 355 |

Introduzione

Il diritto processuale è costituito anzitutto dal corpo di norme racchiuse nel “codice di procedura civile”. Il codice fu approvato con il Regio Decreto n. 1443 del 28 ottobre 1940 ed entrò in vigore il 21 aprile 1942, sostituendosi al primo codice unitario italiano, risalente al 1865. Il nuovo codice fu frutto di un moto di riforme sorretto dagli studi scientifici che nei primi decenni del secolo scorso avevano radicalmente rinnovato lo studio e la stessa concezione del diritto processuale civile. Fu all’inizio del ’900 che si impose anche in Italia lo studio “sistematico” di questa branca del diritto – volto a ricondurre ad un insieme unitario e funzionalmente coordinato di regole e principi tutti gli istituti del processo – che determinò il superamento dei limiti dell’angusto metodo puramente “esegetico” che era prevalso negli studi ottocenteschi. È consueto ricondurre, infatti, la matrice culturale del codice alla c.d. Scuola sistematica fondata da Giuseppe Chiovenda ed è essenzialmente per questo motivo che esso non fu, se non marginalmente, condizionato dalla connotazione autoritaria ed illiberale dell’epoca politica in cui fu licenziato. Ne è conferma indiretta non solo la sua attuale vigenza, ma anche il fatto che, una volta entrata in vigore la Costituzione Repubblicana del 1948 ed attivatosi, dal 1956, il controllo di legittimità delle leggi da parte della Corte Costituzionale, le sue strutture fondamentali si sono mostrate in sintonia con i principi direttivi e le garanzie in tema di giustizia dettati dalla “Carta”. Certo non sono mancate, negli anni, occasioni per la dichiarazione di incostituzionalità di singole norme, ma nel complesso si è trattato di interventi che non hanno inciso sulla fisionomia complessiva del codice e sui suoi principi ispiratori. Anche l’ingresso nella Carta fondamentale, con la legge cost. n. 2 del 23 novembre 1999, delle solenni garanzie del “giusto processo” ha indubbiamente sommosso l’ispirazione valoriale del lavoro interpretativo, ma non l’impianto delle norme del codice.

I lavori preparatori del nuovo codice furono preceduti – fra il 1919 e il 1936 – da alcuni Progetti concepiti da autorevoli esponenti della dottrina

processualista. Dopo un primo testo governativo provvisorio del 1939, allorché il compito fu assunto dal nuovo Ministro della giustizia Dino Grandi, egli decise di lavorare in continuità con i progetti esistenti e ne affidò la rielaborazione a una ristretta commissione di cui furono chiamati a fare parte tre insigni processualisti: Piero Calamandrei dell'Università di Firenze, Francesco Carnelutti dell'Università di Milano ed Enrico Redenti dell'Università di Bologna. Alla preparazione furono chiamate a partecipare, tramite consultazioni e pareri, anche istituzioni universitarie, sociali e culturali e non mancò neppure un lavoro finale di revisione linguistica (volto ad assicurare che nella stesura delle norme fosse utilizzata la lingua "parlata dalla gente comune" e fossero evitati eccessivi tecnicismi e lo stile ampolloso dei giuristi del passato).

Comunemente chiamato "codice Grandi-Calamandrei", esso ebbe – come si legge nella Relazione accompagnatoria dello stesso Grandi – la "singolare ventura" di venire alla luce contestualmente al nuovo Codice civile (approvato in sede finale con il Regio Decreto n. 262 del 16 marzo 1942): fu così il "coronamento" di una vitale stagione di codificazioni e poté essere presentato come lo "strumento creato appositamente, con felice coincidenza di tempi, per la nuova legislazione sostanziale". Frutto significativo di tale coincidenza è la collocazione nell'ultimo libro – il sesto – del codice civile delle norme relative ad alcuni fondamentali istituti del processo tipicamente costituenti il "ponte di passaggio" fra il diritto sostanziale e il diritto processuale, come la cosa giudicata, la disciplina statica delle prove e dell'esecuzione forzata.

La "Parte generale" del processo civile cui è dedicato questo volume comprende essenzialmente gli istituti e le norme del Libro I del codice (intitolato "Disposizioni generali"), relativi alle regole organizzative degli organi giudiziari, ai principi sulle parti del processo e sui loro poteri ed oneri, sui poteri-doveri del giudice, sugli atti processuali e sui provvedimenti in generale (artt. 1-162). Regole e principi che hanno vocazione applicativa tendenzialmente generale, ossia si applicano sia al procedimento di cognizione (di cui al II Libro), sia, in assenza di deroghe specifiche, ai procedimenti di esecuzione e ai procedimenti speciali (cui sono rispettivamente dedicati il III e il IV Libro).

Come noto, il legislatore è intervenuto più volte a riformare il codice, con moto incalzante a partire dagli anni '90, sotto la spinta della necessità di assicurare l'efficienza e una durata accettabile dei processi. Investendo le regole di svolgimento dinamico dei processi, le riforme parziali non hanno però inciso, se non per minori aspetti, sul I Libro del codice, che

può ancora considerarsi nel suo complesso intatto rispetto al testo originario del 1940. Così è anche per la recentissima *Legge Delega di riforma del processo civile* (intitolata “Delega al Governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata”) n. 206 del 21 novembre 2021, alla cui attuazione il Governo dovrebbe provvedere, per la massima parte, con decreti legislativi entro la fine del corrente anno. Solo pochi punti della riforma toccheranno dunque la materia di questo volume: di essi si è dato conto via via con avvertenze in carattere ridotto, riferendoci per brevità alla riforma come “*Legge Delega di riforma del processo civile*”.

Capitolo I

Processo civile e funzione giurisdizionale

Sommario: 1. La funzione in generale del processo civile. – 2. La tutela di cognizione, di esecuzione e cautelare. – 3. Violazione del diritto alla tutela giurisdizionale. – 4. La garanzia del diritto di difesa e la struttura “contraddittoria” del processo. – 5. La giurisdizione come funzione generale dello Stato. Funzione giurisdizionale, funzione legislativa e funzione esecutiva. – 6. I principi generali sul processo civile. – 7. La giurisdizione volontaria.

1. La funzione in generale del processo civile.

Il “diritto processuale civile” è costituito anzitutto dalle norme contenute nel codice di procedura civile (v. *Introduzione*). Quale diritto “processuale” si distingue dal diritto “sostanziale” che regola il contenuto delle situazioni soggettive che si fanno valere nel processo. La contrapposizione al “sostanziale” non va intesa nel senso che si tratti di un diritto “formale”, bensì solo nel senso che le situazioni che esso regola hanno un valore strumentale, possiamo dire di “servizio”, rispetto alle esigenze nascenti dalle relazioni di diritto sostanziale.

Scopo primario del processo civile è assicurare che le situazioni soggettive riconosciute dalle norme sostanziali possano ricevere, ove non rispettate o violate, la *tutela giurisdizionale* dovuta dallo Stato. Se lo Stato non mettesse a disposizione tali strumenti di tutela giurisdizionale verrebbe meno al dovere di garantire l’effettività delle norme che esso stesso detta per regolare le relazioni dei singoli. Così sarebbe se, riconosciuto nel codice civile che dal contratto di compravendita deriva il diritto al pagamento del corrispettivo, lo Stato non mettesse poi a disposizione del venditore lo strumento di tutela idoneo a conseguirne, anche in via coatta, il pagamento: ne risulterebbe contraddetta la stessa giuridicità della

regola secondo cui chi acquista ha obbligo di pagare il corrispettivo. Tale essenziale funzione (garantire *la tutela giurisdizionale* delle situazioni sostanziali di vantaggio) è enunciata anche nell'art. 2907 c.c., ove al processo civile è assegnato il compito di provvedere alla "tutela giurisdizionale dei diritti".

Sul piano dei rapporti con lo Stato-istituzione "a fini generali" al singolo spetta perciò un diritto soggettivo di natura *pubblicistica* alla tutela giurisdizionale, detto "diritto di azione giurisdizionale", che ha il rango di diritto fondamentale che lo Stato non potrebbe negare o comprimere se non violando, oltre che le condizioni della sua stessa esistenza come Stato di diritto, i valori della civiltà giuridica, anche internazionalmente riconosciuti. Infatti, il diritto alla tutela giurisdizionale civile è espressamente riconosciuto nell'art. 24, 1° comma, della nostra Costituzione e nella Convenzione Europea sui "diritti dell'uomo e le libertà fondamentali" di Roma del 1950 (resa esecutiva in Italia sin dal 1955), il cui mancato rispetto può dar luogo a pronunce sanzionatorie a carico degli Stati aderenti da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo (Corte "EDU").

La coesistenzialità del diritto di azione alla stessa "giuridicità" delle regole sostanziali che riconoscono diritti e situazioni di vantaggio comporta anche che la spettanza del diritto di azione non ha bisogno di essere prevista con una norma *ad hoc*. In tal senso si dice che il diritto di azione è caratterizzato dall'*atipicità*.

2. La tutela di cognizione, di esecuzione e cautelare.

La "tutela giurisdizionale" che è oggetto del diritto di azione che lo Stato deve garantire si concreta in tutela di *cognizione*, *esecutiva* e *cautelare*, a cui corrispondono tre diversi tipi di azione e di processo (rispettivamente disciplinati nei libri II, III e IV del c.p.c.). Essi sono accomunati dall'essere un fenomeno di "processo", ossia una serie concatenata di atti costituenti un *iter* dinamico per pervenire al risultato finale dato sempre da un "provvedimento", ma assolvono funzioni diverse e sono perciò anche fra loro diversi nella struttura e nelle modalità di svolgimento.

Di questa pluralità di funzioni non si capirebbe la ragione se non si tenesse presente che per tutelare un diritto soggettivo del singolo lo Stato deve anzitutto *accertarne* l'esistenza, non potendo certo accontentarsi delle sole affermazioni di colui che ne chiede tutela (ad esempio, non potendo certo bastare l'affermazione di aver venduto un bene a Tizio e di non

essere stato pagato). Tale operazione di *accertamento* di esistenza del diritto soggettivo, complessa ed articolata, dà luogo alla tutela e al processo detti di “*cognizione*”, appunto perché diretti a “conoscere” dell’esistenza effettiva del diritto soggettivo e sfocianti nell’atto giurisdizionale – la sentenza – che ne dà certezza. Lo scopo di acquisire certezza dell’esistenza del diritto azionato dal singolo si esprime dicendo che occorre la celebrazione di un processo “*a cognizione piena ed esauriente*”, che si svolga con tutti gli strumenti e le garanzie razionalmente adeguati ad assicurare alla decisione del giudice il massimo grado di affidabilità possibile e dunque la sua giustizia in concreto. Coerente a tale funzione è che la sentenza sia destinata ad acquisire l’effetto di *cosa giudicata*, che vale a rendere indiscutibile ed irretrattabile l’accertamento in essa contenuto (v. più avanti Cap. VI).

L’accertamento reso con la sentenza potrebbe però non essere sufficiente a ristabilire l’ordine giuridico violato e a soddisfare il diritto non rispettato (nel nostro esempio, ad assicurare che il venditore possa davvero materialmente ottenere la somma dovuta se, nonostante l’accertamento, il debitore continui a non pagare). A tal fine lo Stato deve apprestare anche la tutela *esecutiva*, che dà luogo al processo *esecutivo*. Tale tipo di processo mira ad assicurare che il singolo possa *coattivamente* ottenere ciò cui ha diritto (nell’esempio, il pagamento della somma) attraverso l’intervento autoritativo dell’organo giurisdizionale e anche contro la volontà dell’obbligato. Data tale funzione, il processo esecutivo si svolge attraverso operazioni di natura essenzialmente materiale e pratica, implicanti l’uso della forza (ad esempio, l’aggressione dei beni del debitore per ricavarne la somma dovuta al venditore), cui è estraneo uno scopo di accertamento, che in linea di principio è soddisfatto dall’essersi già svolto in precedenza un processo di cognizione. Altresì le decisioni da emettere in sede di processo esecutivo sono per lo più fondate su mere valutazioni di “opportunità” riguardanti il miglior modo in cui dare attuazione al diritto del creditore, ad esempio circa la determinazione del prezzo adeguato per mettere all’asta un bene del debitore o dei tempi da seguire per accedere alla sua abitazione e asportare il bene che deve essere consegnato all’avente diritto.

Le tutele di cognizione ed esecutiva possono ancora non bastare ad assicurare una protezione giurisdizionale effettiva e completa. Occorre tener presente, infatti, che la necessità, per il singolo, di provocare un accertamento del suo diritto attraverso lo svolgimento del processo di cognizione comporta di per sé, inevitabilmente, dei tempi. Ciò significa che

il momento in cui il singolo otterrà la sentenza che accerta il suo diritto e che gli consentirà di intraprendere l'esecuzione forzata è inevitabilmente un momento, sovente non di poco, successivo a quello in cui il diritto si trova in stato di insoddisfazione.

Se ciò è in sé inevitabile, lo Stato non può però non preoccuparsi di proteggere il singolo nei casi in cui nell'intervallo di tempo necessario per arrivare alla pronuncia di cognizione, il suo diritto sia esposto a un pericolo grave e specifico di non poter essere di fatto più reintegrato o soddisfatto, pericolo tale da rendere *praticamente inutile* la tutela assicurata dalla sentenza. Nell'esempio fatto, certamente il venditore che esige il pagamento del prezzo non può sottrarsi alla necessità di attendere la sentenza che, nel dargli ragione, accerta l'esistenza del suo buon diritto e solo poi, se persiste l'inadempimento, dare impulso a un processo di esecuzione forzata. Tuttavia, se nel tempo a ciò necessario il patrimonio del compratore venisse del tutto depauperato (specialmente tramite atti di disposizione dei suoi beni in favore di terzi), la sentenza arriverebbe troppo tardi, cioè in un momento in cui, pur potendo astrattamente avviare l'esecuzione, il venditore non troverebbe più alcun bene su cui soddisfarsi per il pagamento del prezzo a lui dovuto e il suo diritto rimarrebbe definitivamente insoddisfatto nonostante la sentenza che gli ha dato ragione.

A fronte del pericolo di pratica inutilità della sentenza lo Stato deve mettere a disposizione un ulteriore strumento processuale dato dalla tutela e dall'azione *cautelare*. Essa si concreta nell'emanazione di misure che, nel tempo occorrente per lo svolgimento del processo di cognizione, in via immediata anticipino, in tutto o in parte, gli effetti esecutivi della futura sentenza, neutralizzando gli eventi che potrebbero vanificarne l'utilità. Si tratti di provvedimenti *provvisori*, resi in un processo celere e semplificato, diretto in una sua prima fase a verificare la sussistenza delle specifiche condizioni per la concessione della tutela cautelare e in una seconda fase alla materiale esecuzione della misura concessa. Il processo cautelare, regolato agli artt. 669 *bis* e segg. c.p.c., ha dunque una natura *mista*, sia di cognizione che di esecuzione, e sfocia in provvedimenti destinati a perdere effetto nel momento in cui arriverà la sentenza del processo di cognizione.

In ragione di tale funzione due sono le condizioni cui è subordinata la concessione della tutela cautelare e che vengono verificate nella fase di cognizione: il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*. Da un lato, infatti, occorre che il giudice possa almeno sommariamente – e dunque in termi-

ni di buona *probabilità* – convincersi della esistenza del diritto che si vuole tutelare: un convincimento non pieno, appunto, affidato a una valutazione prognostica, anche perché reso sulla base di un'istruttoria rudimentale e non completa sui fatti. Dall'altro, occorre che sia dimostrata l'effettiva sussistenza di un concreto pericolo che possa compromettere o significativamente ridurre l'utilità e satisfattività della futura esecuzione della sentenza. Solo se ricorrono queste due condizioni è giustificato che eccezionalmente siano anticipati gli effetti della futura sentenza.

A seconda del tipo di pericolo paventato le misure cautelari possono essere di contenuto *conservativo* o *anticipatorio*. Si parla di misure conservative quando il provvedimento ha effetti che si limitano a *preservare* la situazione esistente in funzione dell'utilità della futura esecuzione forzata. Il caso emblematico è il sequestro conservativo *ex art. 671 c.p.c.*: qui, come nell'esempio fatto sopra, l'esigenza cautelare è di impedire che il patrimonio del debitore di una somma di denaro possa essere depauperato durante lo svolgimento del processo di cognizione, così da rendere poi impossibile o grandemente difficile per il creditore trovare beni su cui dare attuazione forzata, per via di espropriazione, alla condanna al pagamento. Tale pericolo – consistente nel rischio dell'*infruttuosità* della futura esecuzione – è neutralizzato semplicemente eseguendo sui beni del debitore un sequestro, appunto conservativo, consistente in un vincolo pubblicistico di destinazione. Certo, con il sequestro il creditore non ottiene in via immediata il pagamento della somma (ossia, non vi è uno spostamento di "ricchezza"), ma può confidare sul fatto che i beni non potranno essere sottratti alla sua azione esecutiva, poiché in virtù del vincolo giuridico derivante dal sequestro gli eventuali atti di disposizione del debitore in favore di terzi (vendite, donazioni, ecc.) sono inefficaci e a lui inopponibili (art. 2906 c.c.). In ragione di tale inefficacia l'azione esecutiva che nascerà dalla sentenza favorevole al creditore potrà essere fruttuosamente esercitata sui beni assoggettati al sequestro cautelare.

In altri casi il pericolo di lesione dell'interesse sostanziale è di natura tale da poter essere fronteggiato solo disponendo che esso sia in tutto o in parte immediatamente soddisfatto (c.d. pericolo da *tardività* della tutela). In tali casi il pericolo deve essere neutralizzato con l'emanazione di provvedimenti detti *anticipatori*, poiché dotati di effetti analoghi a quelli della futura sentenza e tali da realizzare immediatamente lo stesso risultato che deriverebbe dalla sua esecuzione, ossia già disponendo un'attribuzione di "ricchezza" o comunque di un'utilità sostanziale a chi agisce. I

casi sono i più svariati e per questa ragione i provvedimenti anticipatori non sono tipizzati, ma disciplinati con una formula elastica e generale: l'art. 700 c.p.c. consente al giudice l'emanazione di provvedimenti d'urgenza detti "innominati" poiché semplicemente descritti dalla norma come i più "*idonei* ad assicurare provvisoriamente gli effetti" della futura sentenza e a far fronte al "pregiudizio imminente e irreparabile" cui il diritto esercitato è esposto nei tempi occorrenti per lo svolgimento del processo di cognizione. Con tale formula ci si riferisce in generale al fatto che la tutela non è differibile se non a costo di sacrificare gli interessi del richiedente in via non più adeguatamente rimediabile, neppure con il risarcimento dei danni per equivalente. Basti in tal senso pensare al caso in cui l'immediata disponibilità di una somma di denaro serva ad assicurare il decoroso mantenimento di sé e della propria famiglia o ad evitare il dissesto dell'impresa del ricorrente oppure ai casi in cui si tratti di inibire condotte lesive del diritto alla salute (ad es. immissioni insalubri dal fondo vicino *ex* art. 844 c.c.) o lesive dell'aspettativa allo svolgimento di un'attività di impresa in condizioni di equa concorrenza (art. 2598 c.c.). In questi casi il giudice può ordinare in via provvisoria e cautelare che la somma sia immediatamente pagata o che l'attività lesiva sia immediatamente cessata al pari di come si pronuncerebbe con la sentenza all'esito del processo a cognizione piena.

Naturalmente la concessione della tutela cautelare, proprio perché avviene prescindendo da un accertamento pieno, sfocia in provvedimenti provvisori, privi dell'efficacia del giudicato, e mette sempre in conto che l'esito del processo di cognizione possa poi essere sfavorevole a colui che l'aveva ottenuta e si concluda con sentenza che dichiari l'inesistenza del suo diritto (di cui, come detto, si era conosciuto in sede cautelare in termini di mera "probabilità"). In tal caso non solo i provvedimenti cautelari perdono ogni effetto, ma vanno pronunciate tutte le misure di ripristino e/o di restituzione in favore di chi ne aveva subito l'esecuzione.

3. Violazione del diritto alla tutela giurisdizionale.

Per assolvere il dovere, di rango costituzionale, di apprestare tutela ai diritti soggettivi, lo Stato deve mettere a disposizione, tramite i propri organi giurisdizionali, tutte e tre le forme di tutela sopra dette, la tutela di cognizione non meno della tutela esecutiva e della tutela cautelare, tutte comprese nella garanzia del diritto di azione intesa in chiave di *effettività*.

La violazione di tale garanzia può trovare rimedio tramite diversi strumenti sia di diritto interno, sia di diritto sovranazionale.

La violazione del dovere dello Stato potrebbe essere realizzata anzitutto mediante norme giuridiche che escludano radicalmente per determinati diritti o categorie di soggetti l'accesso alla tutela giurisdizionale (ad esempio, precludendo l'esercizio del diritto di azione ai soggetti stranieri o agli evasori fiscali). E così sarebbe anche se si stabilisse in via normativa che per determinati diritti la tutela possa essere chiesta solo ad organi pubblici non giurisdizionali, ad esempio ad autorità amministrative o ad organismi privati oppure se si escludesse anche solo l'accesso alla tutela esecutiva o cautelare. Violazione si avrebbe anche con la previsione di semplici limitazioni all'esercizio del diritto di azione, che valgano a renderne eccessivamente difficile l'esercizio o che dilazionino ingiustificatamente tale esercizio. Si parla a quest'ultimo proposito di "giurisdizione condizionata" e così è stato in passato per le norme che condizionavano l'accesso alla tutela giurisdizionale alla prestazione di una cauzione a garanzia del pagamento delle spese processuali (c.d. *solve et repete*), rendendo così difficile l'esercizio dell'azione all'attore non abbiente (v. il vecchio art. 98 c.p.c., dichiarato incostituzionale sin dal 1960). Le limitazioni possono considerarsi compatibili con il precetto costituzionale della garanzia del diritto di azione solo se sono giustificate dall'esigenza di assicurare l'efficienza della stessa funzione giurisdizionale e non si traducono in un aggravio intollerabile. Limitazioni accettabili sono, ad esempio, quelle poste dalle norme che subordinano lo svolgimento del processo al previo esperimento di tentativi di conciliazione o di "mediazione" stragiudiziali (come è oggi per ampi settori di contenzioso in virtù del D.Lgs. n. 28/2010), che hanno lo scopo di assecondare la definizione negoziale della lite e di alleggerire il carico di lavoro degli uffici giudiziari, sempre che la dilazione temporale insita nell'onere di coltivare il tentativo sia ragionevolmente contenuta.

Naturalmente ove invece violazione della garanzia vi sia, opera il rimedio della dichiarazione di illegittimità della norma da parte della Corte costituzionale, che può essere promossa anche sollevando in via incidentale la questione avanti al giudice investito della controversia in cui la norma dovrebbe applicarsi.

Poiché il diritto di azione giurisdizionale rientra, come già detto, a pieno titolo fra i diritti fondamentali dell'uomo proclamati dalla Convenzione europea del 1950, la sua violazione può dare adito anche al ricorso individuale alla Corte EDU. La caratteristica di tale rimedio sovranazionale consiste nel fatto che la Corte non giudica sulle norme giuridiche del-

lo Stato, ma sulla violazione in concreto posta in essere nel singolo processo al fine di condannare lo Stato a riparare il pregiudizio che ne è conseguito. Ciò significa, da un lato, che la Corte EDU non può mai dichiarare l'illegittimità delle norme da cui discende la violazione ed impedirne la futura applicazione ad altri casi, valendo la sua pronuncia solo come solenne invito alla loro eliminazione da parte dello Stato autore della violazione. Dall'altro, l'area di intervento della Corte è però più ampia di quella della Corte costituzionale perché la pronuncia sanzionatoria può riguardare anche casi in cui il diritto di azione sia stato violato o compresso non dalle norme giuridiche dello Stato, ma solo dal modo in cui esse sono state applicate in concreto dal giudice del singolo processo, che abbia ritenuto ad esempio, mal interpretando una norma o anche del tutto a prescindere da essa, di negare l'accesso alla tutela (di cognizione, esecutiva o cautelare) in ragione di determinate qualità della parte o di determinate caratteristiche del diritto esercitato. Anche in questo caso la pronuncia della Corte non ha effetti eliminatori dell'atto statale (il provvedimento del giudice) fonte della violazione e sfocia in una pronuncia condannatoria dello Stato al pagamento di un "equo indennizzo" alla vittima con portata dissuasiva rispetto ai futuri singoli casi concreti. Il ricorso alla Corte EDU è promosso direttamente dal singolo dopo che siano esauriti tutti i mezzi messi a disposizione nell'ordinamento statale (le "vie di ricorso interne") per la rimozione della violazione (quali i mezzi di impugnazione delle sentenze o l'avvio di un giudizio avanti la Corte costituzionale) e comunque entro il termine di sei mesi dalla decisione definitiva resa dall'autorità statale (artt. 34-35 della Convenzione).

Va però ricordato che su questo punto è attesa a breve una modifica normativa. Tenuto conto che la Convenzione prevede comunque (all'art. 46) che gli Stati contraenti si impegnano "a conformarsi alle sentenze della Corte" e che questo impegno non può che tradursi anche nella rimozione delle conseguenze della lesione, la recente *Legge Delega di riforma del processo civile* (L. n. 206/2021) ha rimesso al Governo il compito di modificare l'art. 395 c.p.c., inserendovi la previsione della possibilità di impugnare il giudicato dichiarato – con sentenza della Corte EDU – lesivo della Convenzione tramite un nuovo motivo di revocazione straordinaria, almeno per i casi in cui la lesione non sia riparabile tramite la sola concessione di un indennizzo economico (art. 1, comma 10). Ciò comporterà la possibilità di riapertura del processo interno avanti al giudice italiano e di caducazione del giudicato lesivo delle garanzie convenzionali, tra cui, come detto, rientra la garanzia del diritto di azione.

4. La garanzia del diritto di difesa e la struttura “contraddittoria” del processo.

L'esercizio dell'azione si concreta sempre in una richiesta (la “domanda giudiziale”) di un provvedimento giudiziale che produca effetti a carico di un altro soggetto. In ragione della tipica “*bilateralità*” dell'azione è pertanto fondamentale che colui contro il quale l'azione è esercitata sia messo in grado di partecipare al processo e di difendersi con pienezza per ottenerne il rigetto. Naturalmente in tutti gli ordinamenti moderni la partecipazione attiva al processo del convenuto è solo una facoltà, rimessa alla sua scelta, e la sua contumacia non impedisce lo svolgimento del processo.

Il diritto di difesa va garantito dallo Stato e dai suoi organi giurisdizionali non meno che il diritto di azione e trova a sua volta solenne riconoscimento nel 2° comma dell'art. 24 Cost. (“la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento”), nell'art. 111, 2° comma, Cost., che lo esprime come diritto al “contraddittorio”, e nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (ove riconosce il diritto a un “equo esame” anche a coloro che siano citati in giudizio per l'accertamento di “doveri” e dunque come soggetti passivi dell'azione). Quanto prima detto circa la reazione alle violazioni dello Stato al dovere di garanzia del diritto di azione, sia sul piano normativo che concreto, vale parimenti per le violazioni della garanzia del diritto di difesa.

Il diritto di difesa e al contraddittorio del convenuto viene assicurato imponendo che egli sia messo a conoscenza legale dell'avvio del processo, tramite la notifica della domanda giudiziale, e gli sia dato un congruo termine per costituirsi in giudizio ed esporre le sue difese, nonché gli siano riconosciuti poteri processuali equivalenti a quelli dell'attore al fine di poter incidere sul contenuto del provvedimento del giudice, come meglio si vedrà più avanti al § 6.

5. La giurisdizione come funzione generale dello Stato. Funzione giurisdizionale, funzione legislativa e funzione esecutiva.

La tutela che lo Stato deve mettere a disposizione dei singoli ha natura “giurisdizionale” e infatti il diritto di azione va più precisamente qualificato come diritto di azione giurisdizionale (o, come si esprime l'art. 24, 1° comma, Cost., diritto di agire “in giudizio”).

La *funzione giurisdizionale* può definirsi sul piano *oggettivo* come funzione di accertamento e realizzazione di effetti giuridici concreti (*iuris dictio*). Gli effetti giuridici sono le conseguenze date dall'applicazione delle norme generali e astratte a un concreto episodio della vita e il loro accertamento presuppone due passaggi diversi: la ricognizione dell'esistenza e del contenuto della norma generale da applicare (*quaestio iuris*) e la ricognizione del fatto, cioè del modo in cui si è svolto il concreto episodio della vita (*quaestio facti*) per pervenire alla conclusione se l'effetto si è realmente verificato. Anche la ricognizione del più semplice effetto giuridico implica lo svolgimento di questa operazione di "accertamento", e poi pone a un livello successivo l'esigenza dell'attuazione pratica.

Tale definizione generalissima comprende tutte le manifestazioni della funzione giurisdizionale, non solo quella civile, ma anche quella amministrativa e penale. Ad esempio, anche la responsabilità penale e l'applicazione della sanzione penale sono un effetto giuridico che viene accertato come conseguenza dell'applicazione della norma incriminatrice violata ai fatti concreti dati dalle condotte attribuite all'imputato.

Più specificamente adattando tale definizione alla funzione esercitata nel processo civile è corretto dire che la funzione giurisdizionale civile è accertamento e realizzazione di effetti giuridici dati da "diritti soggettivi" sostanziali dei singoli (il diritto di proprietà, il diritto di credito, il diritto al nome, ecc.).

Sulla base di tale elemento oggettivo è facile distinguere la funzione giurisdizionale dalla *funzione legislativa*: quest'ultima non è accertamento di effetti giuridici concreti, ma posizione di nuove norme generali e astratte, applicabili a una serie indeterminata di casi futuri.

Più complessa è la distinzione fra funzione giurisdizionale e *funzione esecutiva* dello Stato. Solo in linea generale è vero che la funzione esecutiva è attuazione dei compiti generali dello Stato-amministrazione tramite provvedimenti produttivi di *nuovi* effetti giuridici in applicazione di valutazioni discrezionali (ad esempio, l'istituzione di un'Università o la distribuzione delle risorse finanziarie fra le varie branche dell'amministrazione). La funzione esecutiva ha in realtà manifestazioni eterogenee e i provvedimenti con cui è esercitata possono avere portata normativa (come i regolamenti generali dei ministeri) o anche di accertamento di effetti giuridici preesistenti senza alcun margine di discrezionalità (come nel caso del provvedimento amministrativo che accerta una condotta di violazione di una norma di natura pubblicistica ed applica una sanzione). La linea di confine va tracciata da un lato osservando che, anche quando sono accer-

tamento di effetti giuridici preesistenti, gli atti della funzione esecutiva sono privi della qualità tipica dei provvedimenti giurisdizionali, cioè sono privi dell'efficacia di "giudicato" (*res iudicata*). Dall'altro, osservando che in ogni caso manca nella funzione esecutiva l'elemento soggettivo dell'indipendenza ed imparzialità tipico della funzione giurisdizionale, poiché i provvedimenti sono posti in essere per perseguire interessi *propri* dell'ente che li emette e non con lo scopo di attuare l'interesse *oggettivo* all'applicazione della legge ai casi concreti.

Dal punto di vista *soggettivo* la funzione giurisdizionale si caratterizza appunto per essere esercitata da organi dello Stato-istituzione a fini generali in posizione di indipendenza, imparzialità e terzietà. Tali organi, costituenti la magistratura nel suo complesso, hanno una posizione istituzionale di indipendenza da tutti gli altri poteri dello Stato (art. 104, 1° comma, Cost.: "la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere") e nell'emettere i loro provvedimenti perseguono esclusivamente l'interesse oggettivo alla corretta applicazione della legge ai casi concreti. Tanto che i giudici, si dice, realizzano un interesse che è proprio dello Stato-comunità nel suo complesso (art. 101, 1° comma, Cost.: "la giustizia è amministrata *in nome del popolo*") e "sono soggetti *soltanto alla legge*" (art. 101, 2° comma, Cost.).

I modi in cui viene concretamente assicurata tale posizione di indipendenza, imparzialità e terzietà possono variare nei singoli ordinamenti statali e anche nell'ambito del singolo ordinamento, come si dirà più avanti (Cap. VIII, § 2), anche se devono essere adatti ad assicurare un nucleo minimo di "giurisdizionalità", in assenza del quale non si potrebbe dire di essere in presenza di un "giudice" e di esercizio di una "funzione giurisdizionale".

6. I principi generali sul processo civile.

Il processo civile è governato da alcuni principi generali direttivi, molti dei quali presidiati dall'espreso e solenne riconoscimento nella Carta Costituzionale e nell'art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

a) Il principio "della domanda di parte" e il principio dispositivo in senso stretto o in senso sostanziale. Il principio della "domanda *di parte*", che trova espressione anche nell'art. 2907 c.c., esige che il processo sia

avviato su impulso di un soggetto estraneo all'organo giurisdizionale, vietandone l'iniziativa d'ufficio (secondo i brocardi tradizionali, *nemo iudex sine actore* e *ne procedat iudex ex officio*). Se al giudice fosse dato di dar corso di sua iniziativa all'inizio di un processo per la tutela di un determinato diritto, che assumesse violato, sarebbe vulnerata la sua posizione di imparzialità (essendo verosimile che l'avvio d'ufficio sarebbe promosso da un giudice già in linea di massima convinto dell'esistenza del diritto su cui deve giudicare). Il principio dispositivo in senso stretto (o in senso sostanziale) traduce invece l'ulteriore esigenza che la domanda che dà avvio al processo provenga proprio dal soggetto che si afferma titolare del diritto sostanziale violato, cui è rimessa in via esclusiva la facoltà di scegliere se agire giudizialmente oppure trascurare di richiederne la tutela giurisdizionale (e di ciò si ha traccia anche nell'art. 24, 1° comma, Cost. ove riferisce l'azione alla richiesta di "tutela dei *propri* diritti"). Il principio corrisponde alla visione liberale della funzione del processo, ossia al suo conformarsi al valore della piena *autonomia* dei privati sul piano sostanziale cui è rimesso un monopolio esclusivo nel promuovere la tutela delle posizioni di vantaggio di cui sono portatori, quand'anche esse abbiano natura indisponibile e non siano perciò negozialmente rinunziabili. Corollario ne è la regola secondo cui a chi propone la domanda è rimesso in via esclusiva anche di stabilire per *quale* diritto chiedere tutela e in *che misura* richiederla, di modo che il giudice è vincolato a decidere solo di tale diritto e nei limiti della richiesta della parte (e dunque a pronunciarsi, come si esprime l'art. 112 c.p.c., su tutta la domanda ma "non oltre i limiti di essa": c.d. principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato, di cui si parlerà meglio più avanti, al Cap. IV). Ed altresì la regola della legittimazione ordinaria ad agire (di cui pure si parlerà più avanti) che esclude che un soggetto possa agire in giudizio per un diritto *altrui*, pretendendo di sostituirsi al titolare (cosa ammessa in soli casi tipici e tassativi, detti infatti di legittimazione *straordinaria*, come si vedrà più avanti al Cap. III).

Il principio dispositivo sostanziale trova deroga nei casi eccezionali in cui l'esercizio dell'azione relativa a rapporti privati risponde a preminenti interessi pubblicistici, che escludono che la scelta dell'agire in giudizio possa essere riservata a coloro che ne sono titolari. In questi casi (detti di "sostituzione ufficiosa") la legge attribuisce l'esercizio del potere di azione anche al pubblico ministero che è appunto legittimato a dedurre in giudizio il diritto o il rapporto sostituendosi ai privati (la norma generale in proposito è nell'art. 69 c.p.c.: "il pubblico ministero esercita l'azione

civile nei casi previsti dalla legge”). Esempi si danno specialmente in materia di *status* familiari (come è per l’esercizio dell’azione di accertamento della nullità del matrimonio: v. artt. 117 e 119 c.c.), di illegittimità delle delibere degli enti (v. art. 23 c.c. per l’azione di annullamento delle delibere delle associazioni e fondazioni) e di diritti di proprietà industriale (v. per l’azione di nullità o decadenza di brevetti e marchi l’art. 122 D.Lgs. n. 30/2005). In tali casi è comunque rispettato invece il principio della “domanda di parte”, poiché il processo non è avviato *ex officio* dal giudice, ma su richiesta dell’ufficio del P.M., organo giudiziario che assume il ruolo di parte. Benché l’art. 2907 c.c. faccia riferimento proprio anche ad ipotesi eccezionali di avvio “d’ufficio” del processo, esse non trovano praticamente ad oggi alcuna corrispondenza nella legislazione vigente.

Su di un piano diverso si pone il principio dispositivo *processuale*, anche detto *istruttorio* (o “di trattazione”), secondo cui vanno riservate strettamente alle parti anche tutte le attività strumentali a preparare il contenuto del provvedimento finale di accertamento, quali specialmente quelle di deduzione dei fatti e delle prove necessarie ai fini della decisione sulla domanda, di modo che il giudice non possa procedere d’ufficio alla loro raccolta ed assunzione. Il principio non è correlato alla posizione di autonomia sostanziale dei privati (che è già rispettata rimettendo loro in via esclusiva la scelta dell’agire in giudizio) e risponde solo a contingenti opzioni di tecnica processuale, e dunque di semplice opportunità. Infatti, il principio ha solo tendenziale applicazione nel sistema vigente, essendo ammesso, da un lato, che il giudice tenga conto d’ufficio di certe categorie di fatti se risultano dagli atti del processo (come si vedrà più avanti al Cap. V, § 1), e, dall’altro, che di determinate prove, della cui esistenza si abbia conoscenza dal materiale di causa, possa essere disposta l’assunzione d’ufficio anche in assenza di una richiesta di parte (così è, ad esempio, a certe condizioni per la prova testimoniale negli artt. 257, 1° comma, e 281 *ter* c.p.c. o per l’ispezione di cose e persone *ex art.* 118 c.p.c.).

b) Del principio di garanzia del diritto di azione giurisdizionale e del diritto al contraddittorio (artt. 24 e 111, 2° comma, Cost.) si è già detto sopra e occorre qui solo svolgere alcune precisazioni.

Anzitutto va ricordato che l’azione va garantita non solo come diritto di accesso ai tribunali per mettere in moto il processo che può condurre all’emanazione del provvedimento di tutela richiesto, ma anche come diritto all’esercizio di tutti i poteri processuali funzionali alla dimostrazione della pretesa sostanziale azionata, quale il potere di allegare fatti e di pro-

varne l'esistenza (c.d. diritto alla prova). Una volta esercitata, l'azione assume dimensione bilaterale sicché i poteri processuali vanno garantiti ad entrambe le parti del processo, e dunque anche a colui, il convenuto, che è destinatario passivo della domanda ed interessato a dimostrare l'inesistenza della pretesa dell'attore. Altresì della garanzia del contraddittorio si parla fondamentalmente come diritto del convenuto ad essere messo in condizione di partecipare al processo e di interloquire con il giudice e la controparte (come si legge nell'art. 101, 1° comma, c.p.c.: "il giudice (...) non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata"). Tuttavia, il principio del contraddittorio permea di sé l'intero svolgimento del processo e va inteso come garanzia anche per l'attore di poter replicare alle iniziative e alle deduzioni del convenuto o alle stesse iniziative ufficiose del giudice, come con chiarezza oggi dispone il 2° comma dell'art. 101. In sostanza non solo il provvedimento finale – la sentenza nel processo di cognizione – non può essere emesso senza aver assicurato che entrambe le parti siano sentite e abbiano potuto esporre le rispettive ragioni, ma anche i provvedimenti intermedi del processo che comunque incidono sull'esercizio dei poteri delle parti (ad esempio, il provvedimento con cui il giudice si pronuncia sull'ammissione di una prova oppure su un'istanza di sospensione del processo) vanno resi solo dopo aver dato alle parti la possibilità di interloquire in forma scritta od orale.

In un sistema ideale la garanzia del contraddittorio dovrebbe essere assolutamente inderogabile di modo che non possa mai essere pronunciato alcun provvedimento se non *dopo* aver sentito anche la parte contro cui è richiesto. A questo sistema ideale il legislatore da sempre apporta alcune deroghe nell'ambito di singoli procedimenti speciali in cui la pronuncia del provvedimento (e anche la sua esecuzione) precede o può *precedere* l'instaurazione del contraddittorio (e dunque avviene *inaudita altera parte*), che è posticipato a una fase processuale successiva. Così è nel procedimento speciale di condanna in via ingiuntiva (art. 633 ss. c.p.c.) e per specifiche ipotesi nei procedimenti cautelari (v. art. 669 *sexies*, 2° comma, c.p.c.). La legittimità costituzionale di queste previsioni derogatorie è condizionata sia al fatto che la compressione del valore del contraddittorio trovi una ragionevole giustificazione in ragione di altri valori di pari rango costituzionale, sia al fatto che le deroghe siano delimitate e disciplinate in modo tale che il soggetto passivo abbia strumenti adeguati per reagire ed esporre le proprie ragioni in tempi brevi e, soprattutto, di vederle esaminate anche al fine di impedire l'ese-

cuzione del provvedimento. Tali deroghe si traducono certamente in un eccezionale privilegio per l'attore e vanno perciò considerate strettamente tassative.

c) Il principio della "parità delle parti" (art. 111, 2° comma, Cost.) è un'applicazione del principio generale di uguaglianza (art. 3 Cost.) ed esige che alle parti siano attribuiti equivalenti possibilità di sostenere le proprie ragioni, ad esempio di proporre prove o di impugnare i provvedimenti sfavorevoli o ancora di replicare alle deduzioni avversarie. Il principio sarebbe violato, ad esempio, se la legge stabilisse senza particolare giustificazione termini diversi per la proposizione dell'appello avverso la sentenza di primo grado a seconda che l'impugnante sia l'attore o il convenuto oppure se consentisse solo a una parte di chiedere l'assunzione di determinati mezzi di prova.

d) Il principio dell'imparzialità e terzietà del giudice (art. 111, 2° comma, Cost.) è volto ad assicurare che la decisione sia resa nell'interesse oggettivo della giustizia e dunque sia resa da un organo che persegua solo questo interesse. Esso implica che l'organo giudicante debba essere in posizione di equidistanza rispetto alle parti e non debba avere motivi oggettivi o soggettivi per favorire una di esse (imparzialità in senso stretto), ed altresì debba essere distante dalla materia della causa, dall'"affare" in sé ("terzietà" rispetto alla causa: così non sarebbe, ad esempio, se l'impugnazione di un provvedimento fosse attribuita allo stesso giudice che l'ha pronunciato). Il rispetto concreto di tali garanzie è assicurato dalle norme in tema di ricusazione ed astensione del giudice (art. 51 ss. c.p.c.), di cui si dirà al Cap. XXI.

e) Il principio della ragionevole durata dei processi (art. 111, 2° comma, c.p.c.). Il processo che supera ragionevoli limiti di durata offende l'aspettativa che lo Stato sappia comporre le liti fra i singoli in modo da assicurare loro di avere certezza sui rispettivi diritti ed obblighi in tempi accettabili. L'esistenza di una lite è fonte in sé di un pregiudizio per entrambe le parti e i tempi in cui viene risolta incidono sulla "qualità" della prestazione giurisdizionale dello Stato, tanto che la durata ragionevole del processo è una componente del diritto ad un processo "equo" garantito dall'art. 6 della Convenzione europea sui diritti fondamentali dell'uomo. Si tratta di un obiettivo che nel nostro ordinamento si fatica ad assicurare e che ha giustificato ripetute condanne a carico dello Stato italiano da parte della Corte EDU. Al fine di evitare il massiccio ricorso alla

Corte il legislatore ha introdotto uno speciale procedimento che consente ai singoli di ottenere un'equa riparazione economica a carico dello Stato, in caso di superamento del termine ragionevole (L. n. 89/2001, c.d. Legge Pinto). Il termine ragionevole è quantificato da questa legge, seguendo gli orientamenti della Corte EDU, in linea di massima in tre anni per il giudizio di primo grado, due anni per il giudizio di appello e un anno per il giudizio di cassazione (art. 2, comma 2 *bis*).

A prescindere dagli aspetti sanzionatori-riparatori della violazione della garanzia nel singolo caso individuale, il principio ha assunto nel diritto vivente un rilevante ruolo di criterio interpretativo delle norme processuali, inducendo la giurisprudenza a privilegiare, fra più interpretazioni astrattamente plausibili, quella più adatta a consentire un risparmio di tempo o di attività processuali. Ciò anche sulla base della constatazione che la ragionevole durata dei processi va garantita non solo contenendo i tempi del singolo processo, ma anche adottando interpretazioni che siano maggiormente compatibili con il fatto che la giurisdizione è una "risorsa a disposizione dell'intera collettività", da preservarsi in modo da consentirne l'utilizzo agli "utenti che in futuro indirizzeranno le loro controversie alla cognizione del giudice statale". Può ben essere così che adottare una certa interpretazione di una norma non abbia alcuna incidenza sulla durata del processo in cui va concretamente applicata, ma essa va egualmente preferita se a livello astratto può consentire di risparmiare attività in tutti i processi in generale, alleggerendo il carico di lavoro dei tribunali nel loro complesso.

f) Infine l'art. 111, 1° comma, Cost. enuncia solennemente il principio generale secondo cui l'attività giurisdizionale deve svolgersi "mediante il *giusto processo*" regolato dalla legge. È difficile dire se tale principio abbia un'autonoma portata precettiva oppure sia semplicemente una formula riassuntiva delle specifiche garanzie dettate dal 2° comma della norma (principio del contraddittorio, della parità fra le parti, della terzietà ed imparzialità del giudice, della ragionevole durata del processo). In linea di massima il canone del "processo giusto" sembra evocare l'idea di un processo regolato in modo tale da assicurare il più possibile la stessa *giustizia sostanziale* della decisione, vale a dire l'effettiva sua conformità alla realtà giuridica. La relatività metagiuridica del concetto di "giustizia" rende difficile parlare di una regola precettiva, anche se essa può assumere il ruolo di un valore orientativo nell'interpretazione delle norme processuali. Ad esempio, il valore della "giustizia" dovrebbe indurre a prefe-

rire sempre nel dubbio le interpretazioni delle norme più aderenti alla concezione della funzione giurisdizionale come servizio per le parti e a trascurare quelle più aridamente formali o rispondenti ad esigenze egoistiche di indole burocratica.

7. La giurisdizione volontaria.

Sin qui si è parlato del processo civile dal punto di vista della sua funzione tipica e caratterizzante – la tutela dei diritti soggettivi –. Occorre però ricordare che ai giudici civili sono rimesse anche funzioni accessorie, che si riassumono nella formula della “*giurisdizione volontaria*”, come contrapposta alla giurisdizione *contenziosa*. Ci si riferisce così ai casi in cui la legge rimette al giudice civile funzioni sostanzialmente amministrative a causa della particolare delicatezza degli interessi implicati in determinate materie. Si parla in proposito con efficace espressione di “amministrazione pubblica del diritto privato esercitata da organi giurisdizionali”. Sono ipotesi in cui la gestione delle relazioni private non può essere lasciata solo all’autonomia privata e deve essere soggetta a un controllo dell’autorità pubblica che, per migliore garanzia degli interessi coinvolti, il legislatore vuole sia affidato a un’autorità – il giudice – in posizione di assoluta terzietà e indipendenza. Si tratta di scelte rimesse a valutazioni di opportunità dello stesso legislatore, che, in astratto, sarebbe libero di attribuire le medesime funzioni a un’autorità amministrativa. Sono casi molto eterogenei, caratterizzati dal fatto che il giudice non è chiamato a decidere su diritti soggettivi, ma ad emettere provvedimenti di gestione di “interessi” sulla base di considerazioni discrezionali e di convenienza.

I settori più tipici sono quelli in cui al giudice è rimesso di contribuire a provvedere alla gestione di interessi relativi alla sfera giuridica di minori, incapaci, patrimoni separati o gruppi collettivi. Può trattarsi dell’autorizzazione al compimento di atti giuridici, come è nei casi di *autorizzazione* a porre in essere atti di straordinaria amministrazione relativi al patrimonio di tali soggetti (ad esempio, autorizzazione dei genitori o del tutore al compimento di atti relativi al patrimonio del minore: artt. 320, 374-375 c.c., o di autorizzazione dell’esecutore testamentario alla vendita dei beni ereditari: art. 703, 4° comma, c.c.) o atti incidenti sul loro *status* (ad esempio, l’autorizzazione al matrimonio da parte dei sedicenni o di persone legate da vincoli di parentela: artt. 84, 2° comma, e 87, 4° comma, c.c. o l’omologa dell’accordo di separazione personale dei coniugi *ex art.*

158 c.c.); oppure si tratta di provvedere alla *nomina* di loro rappresentanti (per esempio, del tutore del minore *ex art.* 346 c.c. o del curatore dell'eredità accettata con beneficio di inventario *ex art.* 508 c.c. o dell'amministratore di sostegno *ex art.* 404 c.c.). In tali casi la natura non contenziosa del procedimento è massimamente evidente, poiché esso ha natura *unilaterale*, vale a dire si svolge nei confronti di una sola parte in assenza di un conflitto di interessi con soggetti diversi dal richiedente o, se più, dai richiedenti congiunti. Il carattere solo *facoltativo* dell'attribuzione di tali funzioni all'autorità giurisdizionale è poi ben dimostrato dal fatto che in alcuni casi vi è l'alternativa, a scelta dei richiedenti, del ricorso a un'autorità amministrativa (così, ad esempio, per la separazione consensuale fra i coniugi che oggi, in seguito alle innovazioni del D.L. n. 132/2014, in certi casi può essere definita anche avanti al sindaco quale ufficiale di stato civile).

In altri casi il giudice interviene in presenza di un conflitto di interessi fra più soggetti e il procedimento assume allora struttura *bilaterale* o *plurilaterale*. Anche in tali casi la funzione esplicata non è comunque di attuare diritti soggettivi di un soggetto contro l'altro, bensì di provvedere alla più adeguata gestione dell'interesse oggettivo protetto dalla legge. Si pensi ai casi in cui nel disaccordo fra i soci, il giudice è chiamato a nominare il liquidatore della società (art. 2275, 1° comma, c.c.), che viene scelto solo in ragione della idoneità ad assicurare il migliore svolgimento delle operazioni di liquidazione; o ai casi in cui il provvedimento è richiesto in reazione a condotte illecite ed abusive di soggetti investiti di uffici privati: ad esempio, in caso di condotte gravemente pregiudizievoli per i figli minori il giudice può pronunciare la limitazione o la decadenza della potestà dei genitori adottando i provvedimenti più convenienti alla tutela del minore (quale, fra i vari, l'allontanamento dalla residenza familiare e l'affido temporaneo a terzi) (art. 330-333 c.c.); in caso di gravi irregolarità di gestione il giudice può disporre la revoca dell'amministratore del condominio (art. 1129, 3° comma, c.c.) o degli amministratori e sindaci delle società per azioni (art. 2409, 3° comma, c.c.). In tali casi al procedimento deve partecipare e deve essere sentito, oltre al richiedente, anche il soggetto in conflitto di interessi, la cui sfera giuridica viene incisa dal provvedimento di giurisdizione volontaria.

Data tale natura sostanzialmente amministrativa e discrezionale, i provvedimenti di giurisdizione volontaria sono emessi in forme procedurali molto semplificate (il procedimento in *camera di consiglio ex art.* 737 ss. c.p.c.) e sono soggetti al regime della revocabilità e modificabilità in ogni

tempo (art. 742 c.p.c.). Ad essi è estranea l'efficacia di cosa giudicata che caratterizza i provvedimenti – le sentenze – conclusive dei processi civili contenziosi, diretti appunto all'accertamento di veri diritti soggettivi fra parti private.

Nota bibliografica.

I. ANDOLINA-L. VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino 1990; C. BESSO-E. DALMOTTO-E. AIMONETTO-A. RONCO-P. NELA, *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi*, Torino 2002; M. BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 479 ss.; S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 1010 ss.; A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova 1994; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti (Art. 2907)*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da F.D. Busnelli, Milano 2018; F. CIPRIANI, *Ideologia e modelli del processo civile*, Napoli 1997; L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova 1970; ID., *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 702 ss.; C. CONSOLO, *sub art. 2907*, in *Commentario al cod. civ.* diretto da P. Cendon, VI, Torino 1991; E. D'ALESSANDRO, *Revocazione della sentenza civile e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.* 2022, 217ss.; F. DE SANTIS, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, Napoli 2013; V. DENTI, voce *Azione, I, Dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma 1988, 1 ss.; E. FAZZALARI, voce *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 330 ss.; ID., voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, 819 ss.; ID., voce *Azione civile (teoria generale e diritto processuale)*, in *Dig. IV ed., disc. priv. - sez. civ.*, II, Torino 1988, 30 ss.; G. FRANCHI, voce *Giurisdizione civile, I, Dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma 1989, 1 ss.; L. LANFRANCHI, voce *Giusto processo*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma 2001, 1 ss.; E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.* 1960, 551 ss.; F.P. LUISO, *La norma processuale ed i suoi destinatari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2017, 897ss.; C. MANDRIOLI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. IV ed., disc. priv. - sez. civ.*, IX, Torino 1993, 127 ss.; L. MONTESANO, voce *Accertamento giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma 1989, 1 ss.; ID., voce *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma 1989, 1 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2^a ed., Torino 1994; R. ORESTANO, voce *Azione in generale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 785 ss.; A. PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino 1968, 29 ss., con *Appendice* di E.T. Liebman, 46 ss.; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007; E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. IV ed., disc. priv. - sez. civ.*, I, Torino 1987, 16 ss.; S.

SATTA, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 218 ss.; G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2001, 1 ss.; N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano 1974; ID., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2001, 381 ss.; ID., *La Carta dei diritti fondamentali della UE ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2002, 1171 ss.; G. VERDE, voce *Dispositivo (principio)*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma 1989, 1 ss.; ID., voce *Domanda (principio della)*, I) *Dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma 1989, 1 ss.; ID., *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 371 ss.