

*Spiegazioni di diritto processuale civile*

---

Volume I

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

## L'attività giurisdizionale

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

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

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

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

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

Perché non  
procedura ma diritto  
processuale

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

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

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

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

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

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

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

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

La gradualità del processo e lo sviluppo dell'ordinamento

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

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

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

Il giudice e la legge scritta

Questo carattere decentrato nella specificazione della norma (specificazione a

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

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

... e l'influenza  
degli altri interpreti

L'interpretazione  
giurisprudenziale

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

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

Concorrenza fra c.d. formanti?

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

L'applicazione giudiziaria del diritto processuale

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

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

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

Le tutele dei diritti  
ed il processo

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

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

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

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

La tutela  
extra processuale

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

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

La prescrizione

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



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

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

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

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

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

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

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

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

I capisaldi della tutela  
giurisdizionale nel  
codice civile

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

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

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

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

L'art. 2907 c.c. rubricato “Attività giurisdizionale” è la pietra angolare della “sutura” e recita: “Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio”. Il secondo comma, sulla domanda nell'interesse non dei singoli ma delle categorie professionali, non lo si prende qui in considerazione, perché non si è nemmeno certi se sia ancora in vigore; verosimilmente, l'abrogazione tacita di questo co. 2 si sarebbe avuta già con la caduta dell'ordinamento corporativo nel 1944.

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

L'art. 2907 ed il principio della domanda

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

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

Il divieto di autotutela

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

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

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

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

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

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

Esclusività  
dell'impulso di parte

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

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

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

Ne procedat iudex ex officio

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

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

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

... e principio dispositivo istruttorio

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

Il modello accusatorio

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

... e i poteri istruttori del giudice

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Funzione basilaramente  
accertativa del  
processo di cognizione

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

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

La volontaria  
giurisdizione

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

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

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

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

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

... e il procedimento  
in camera di consiglio

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

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

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

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

*Spiegazioni di diritto processuale civile*

---

**Volume II**

**Il processo di primo grado  
e le impugnazioni delle sentenze**

## L'esercizio dell'azione e il processo oggettivamente e/o soggettivamente complesso

Nozione e ragioni del processo litisconsortile. – Le norme del c.p.c. in tema. – Il principio del contraddittorio: procedimento e processo. – Il processo cumulativo. – Pluralità di domande contro la stessa parte connesse per pregiudizialità-dipendenza. – La *ratio* del *simultaneus processus*. – Le domande accessorie. – Pluralità di domande contro la stessa parte non altrimenti connesse. – Lo scioglimento del cumulo oggettivo. – Il processo cumulativo litisconsortile. – L'ipotesi dell'impugnazione di delibera assembleare. – Contenuto della sentenza che definisce il processo con l.c. facoltativo. – Un esempio di processo litisconsortile passivo.

Veniamo, ora, ad occuparci del giudizio di primo grado con pluralità di parti (c.d. processo litisconsortile) del quale trattano gli artt. 102-111 c.p.c., collocati fra le norme sull'esercizio dell'azione. Si tratta di un processo in cui vi sono più parti rispetto alle due essenziali, attore e convenuto, ovvero colui che propone la domanda e colui nei cui confronti la domanda è proposta.

Nozione di processo litisconsortile

Orbene, le modalità con le quali può realizzarsi il fenomeno del processo litisconsortile – e così soggettivamente *complesso* – sono principalmente tre: *a*) il processo può nascere con più parti; oppure *b*) nel processo, instaurato tra attore e convenuto, interviene volontariamente un terzo soggetto; infine *c*) nel processo, sorto bilaterale, un terzo è chiamato in causa su iniziativa di una delle parti ovvero per ordine del giudice. Si potrebbe aggiungere anche un quarto caso *d*), quello della riunione davanti allo stesso giudice di due processi, separatamente instaurati, su cause connesse e fra parti non coincidenti (*ex* artt. 40 e 274 c.p.c.).

Le ragioni che lo determinano

All'ipotesi del processo che nasce con più di due parti sono dedicati gli artt. 102 e 103 c.p.c. che rispettivamente disciplinano il litisconsorzio necessario e quello facoltativo. Nel primo caso, è la legge ad esigere che il processo si svolga con una pluralità di parti, e a prevedere conseguenze piuttosto gravi nel caso in

Le norme del codice di rito che disciplinano il fenomeno della pluralità di parti nel giudizio di primo grado

cui il contraddittorio non sia integrato con tutte le parti; nel secondo caso, invece, il processo litisconsortile nasce tale per scelta dell'attore (ecco perché lo si definisce facoltativo). L'art. 104 c.p.c., immediatamente seguente, non si occupa invece del processo con pluralità di parti, ma tratta invero di un altro istituto, comune ed affine, ovvero quello del processo solo oggettivamente complesso, vale a dire del cumulo solo oggettivo di domande, proposte tra le stesse parti (lo stesso attore e lo stesso convenuto): qui la lite, dunque, rimane bilaterale.

Della possibilità che il terzo intervenga volontariamente in un processo sorto con due parti, dando vita così ad un litisconsorzio c.d. sopravvenuto, tratta l'art. 105 c.p.c., che dipinge l'istituto nelle sue tre varianti.

Seguono, poi, gli artt. 106 e 107 c.p.c. i quali disciplinano la chiamata in causa del terzo nel processo pendente ad opera delle parti in causa, ed il caso in cui l'intervento del terzo sia ordinato dal giudice: vale a dire, come si vedrà, la chiamata in causa del terzo in questa ipotesi sarà solo formalmente disposta da una delle parti, perché a ciò sollecitata da un ordine del giudice, cioè *iussu iudicis*, come si suol dire.

... le estromissioni ■ Proseguendo oltre in questa carrellata, incontriamo gli artt. 108 e 109 c.p.c. che riguardano l'istituto dell'estromissione, sia pur sotto due angolazioni specifiche. Entrambe le norme si preoccupano di disciplinare come far uscire dal processo una delle parti, nel caso in cui, ovviamente, ve ne siano più di due. Tuttavia, mentre l'art. 108 riguarda l'estromissione del garantito – e si ricollega alla chiamata in causa, ad istanza di parte, del terzo su cui grava un obbligo di garanzia nei confronti della parte medesima –, l'art. 109 c.p.c. si occupa dell'estromissione dell'obbligato.

... e le vicende ■ Infine, vi sono gli artt. 110 e 111 c.p.c., che trattano della successorie “successione processuale”, ovvero di quel fenomeno cui si assiste quando, durante un processo, si verifica un evento idoneo a determinare, sul piano sostanziale, la successione nel diritto controverso. In via di prima approssimazione, ciò può accadere quando una delle parti scompaia, dandosi così luogo alla successione universale (di cui si occupa l'art. 110 c.p.c.) ovvero quando, lite pendente, il diritto controverso sia trasferito, verificandosi in questo caso una successione a titolo particolare (art. 111 c.p.c.). La questione si collega a quella della pluralità di parti nel giudizio poiché, in ultima analisi, si tratta di regolare le situazioni che si verificano nel processo in seguito alla successione. In particolare, ci si chiede nei confronti di chi debba continuare il processo, qualora venga meno una parte; se, in caso di trasferimento del diritto controverso, al giudizio debba partecipare anche il successore a titolo particolare ovvero se, invece, il giudizio debba (o possa) proseguire fra le parti originarie.

Questo è il quadro delle norme racchiuse negli artt. 102-111 c.p.c., disposizioni che il codice di rito non colloca in un'apposita sezione dedicata al processo litisconsortile, bensì nel titolo IV del libro I intitolato “Dell'esercizio dell'azione”.

Tuttavia, non v'è dubbio che le norme cui abbiamo accennato attengano al problema della pluralità delle parti, ossia all'esercizio dell'azione in forma litisconsortile. Invece, gli articoli precedenti, vale a dire gli artt. 99, 100 e 101 dello stesso titolo

IV, affrontano altri argomenti. Così, l'art. 100 c.p.c. è dedicato all'interesse ad agire, cioè a quella condizione di decidibilità della causa nel merito che – come fatto costitutivo del potere di azione – fa coppia con l'altra, che è la legittimazione ad agire (v. *supra*, sez. III, capp. 8-9-10). L'art. 99, poi, deve essere collegato in via diretta agli artt. 2907 c.c. e 24 Cost., poiché anch'esso esprime – questa volta nel c.p.c. – il principio della domanda (su cui v. già *supra*, parte introduttiva, n. 3; sez. I, cap. 1).

V'è, poi, l'art. 101, co. 1, c.p.c., rubricato “Principio del contraddittorio”, secondo il quale “il giudice non può statuire sopra alcuna domanda se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa”. La norma riconosce il diritto di difesa, e così l'obbligo per il giudice, prima di statuire sulla fondatezza della domanda dell'attore, di ascoltare il convenuto, colui cioè contro il quale la domanda è proposta. Anche in questo caso, si tratta di un principio già enunciato nel co. 2 dell'art. 24 Cost., che riconosce nella difesa in giudizio un principio costituzionalmente garantito. Il co. 2 dell'art. 101 rafforza ulteriormente la garanzia del contraddittorio: anzitutto chiarisce che il giudice che rilevi la violazione del contraddittorio con conseguente lesione del diritto di difesa, debba porvi rimedio; pertanto, nel caso di rilievo d'ufficio di una questione, il giudice deve sempre consentire alle parti di contraddire sulla stessa, pena un vizio della sentenza resa, definito dal legislatore di “nullità” (assai peculiare, però, perché sanabile: v. sez. VI, cap. 2). Di questo nuovo comma ci occuperemo meglio analizzando lo svolgimento del processo di primo grado ed in particolare la fase di trattazione.

Il principio del contraddittorio

Ritornando all'art. 101, co. 1, da questo discende che, qualora il convenuto non si sia costituito per non essere stato regolarmente citato in giudizio (perché, ad esempio, la notificazione della citazione è nulla) il giudice non può decidere sulla causa, ma deve imporre all'attore, a pena di estinzione del processo, di regolarizzare il contraddittorio mediante la rinnovazione dell'atto di notificazione.

Non è, invece, del tutto esatto affermare, come sembra fare l'art. 101, che se il convenuto non si sia costituito la causa instaurata non può essere decisa. Prova ne è che ci possono essere dei processi, cosiddetti contumaciali, che ammissibilmente si svolgono senza che il convenuto si sia costituito in giudizio e senza che il medesimo ed il suo difensore siano mai comparsi alle udienze.

Contumacia

L'art. 101 è in buona parte una norma equivoca; oltretutto, si può dubitare anche della sua effettiva utilità. Va da sé che il processo dovrebbe potersi svolgere nel contraddittorio con il convenuto ma questo non significa che costui vi debba necessariamente partecipare: si tratta di una scelta libera, e la mancata partecipazione (c.d. contumacia) non avrà effetti negativi per il convenuto (v. sez. VI, cap. 1). Il principio del contraddittorio può considerarsi rispettato già solo se la possibilità concreta del suo svolgimento sia stata attentamente garantita e favorita. Altrimenti, si avrebbe un procedimento che vero processo non è, vale a dire un procedimento privo di quel carattere partecipativo che fa assumere al “procedimento” stesso – che di per sé postula solo una sequenza coordinata di atti volti a preparare la pronuncia di un provvedimento – il rango di processo.



Infatti, i procedimenti amministrativi, in linea di massima, non presentano la caratteristica del contraddittorio. Essi si svolgono presso la P.A. e, generalmente, non coinvolgono in modo partecipativo i cittadini interessati agli effetti del provvedimento finale, in cui culmina lo svolgimento del procedimento (le cose sono mutate al riguardo solo con la legge n. 241/1990). Sotto tale profilo questi procedimenti non solo non sono giurisdizionali, ma nemmeno di tipo processuale, in quanto si configurano come procedimenti puri. Tuttavia, in modo crescente, anche nel campo del diritto amministrativo è prevista la partecipazione al procedimento dei soggetti interessati agli effetti del provvedimento finale, e allora possiamo dire che questi procedimenti adottano la tipologia processuale pur se per scopi diversi dall'esercizio della giurisdizione. Quest'ultimo modello, che è quello dello svolgimento in contraddittorio, non è dunque necessariamente un attributo del solo *processo giurisdizionale*. Infatti, anche un procedimento amministrativo, quando dia il giusto spazio al contraddittorio delle parti interessate, può assumere carattere di *processualità*, rimanendo, peraltro, un fenomeno non giurisdizionale poiché, in sostanza, manca la presenza del giudice e dunque la garanzia dell'attuazione della legge secondo imparzialità, che è caratteristica propria del giudice. Nel procedimento amministrativo, al contrario, domina la P.A. la quale pure attua la legge ma in relazione all'interesse pubblico che essa persegue e non, invece, nel senso di decidere in modo imparziale sulle ragioni delle parti.

Così, il principio in base al quale si può dire che il procedimento giurisdizionale ha carattere *processuale* è quello del *contraddittorio*, il quale prevede che si debba tener conto delle ragioni rappresentate dalle parti, sulle quali la decisione finale avrà effetto.

Gli artt. 99, 100, 101 sono le tre norme che nel titolo IV precedono, al modo di un microsistema che verte sull'esercizio dell'azione (simile a quello degli artt. 35-36-37-38 c.p.c. del 1865), quelle disposizioni alle quali ora dobbiamo dedicare maggiore attenzione. Infatti, mentre il tritico di norme, cui abbiamo fatto poc'anzi richiamo, si è lasciato inquadrare abbastanza rapidamente in virtù dei principi tendenziali ivi espressi, gli artt. 102 ss. c.p.c. esigono invece un'analisi molto più attenta, perché racchiudono previsioni di maggiore complessità tecnica. Quelle norme, infatti, non dettano principi od obiettivi generali, quale quello del contraddittorio, ma disciplinano come e perché, ed in relazione alla tutela di quali diritti, si possa (o, talvolta, si debba) avere nel processo la partecipazione di più di due soggetti.

Il processo cumulativo ■ Infatti il processo giurisdizionale, venendo paragonato ad un contenitore, può ospitare anche la trattazione contemporanea di più domande giudiziali, tra le stesse parti ma anche tra parti parzialmente diverse (ciò che spiega molte, ancorché non tutte, ipotesi di litisconsorzio). In tali casi, si è soliti parlare di *processo "cumulativo"* o anche di processo "simultaneo" (eventualmente litisconsortile) su più cause o su più domande.

La terminologia può essere la più varia, ma è soltanto questione di intendersi. La parola "causa", per esempio, viene spesso adoperata nel gergo forense per indicare il processo; in quello processualistico-tecnico, invece, non è affatto sinonimo perfetto di processo. Infatti il termine "causa" allude alla controversia suscitata dalla singola domanda

giudiziale, di modo che il “processo” può anche essere relativo a più cause quando in esso sono state proposte più domande giudiziali. Il termine “causa”, nel prosieguo di questa trattazione, verrà usato con tale ultimo e tecnico significato e pertanto sarà possibile riferirsi ad un processo con una o più cause quando, rispettivamente, una o più siano le domande proposte da una parte contro l'altra o correnti fra parti non coincidenti (cumulo oggettivo e soggettivo).

Per comprendere cosa significhi tutto questo in concreto, possiamo formulare un esempio, e pensare ad un attore che proponga contro il medesimo convenuto due domande, l'una volta ad ottenere l'annullamento di un contratto per dolo e l'altra, subordinata alla prima, tesa ad ottenere l'adempimento di quello stesso contratto. In questo modo, il processo ospiterà un cumulo di due domande che oltretutto, nell'esempio formulato, risulta essere un po' particolare: per scelta della parte, la seconda domanda potrà essere esaminata solo in quanto la prima venga rigettata. Soltanto se il contratto non sarà annullato avrà senso che l'attore (che non lo vuole convalidare) chieda al giudice di condannare il convenuto all'adempimento.

Nell'ipotesi considerata, le domande giudiziali sono due e danno luogo a due cause diverse: quella di annullamento del contratto, che è la causa principale e anche pregiudiziale, e quella di adempimento, che è la causa dipendente, poiché potrà essere decisa nel merito solo se verrà definita con rigetto quella di annullamento del contratto. In ogni caso, ci si trova sempre nell'ambito di uno stesso processo.

Ora, è bene che la legge ammetta il cumulo delle due domande, poiché l'attore potrebbe dubitare di riuscire a dimostrare la fondatezza della sua azione di annullamento del contratto (ed ottenere, per tale via, la liberazione dalla sua obbligazione e la restituzione di quanto avesse già prestato); così, con la proposizione della seconda domanda, egli si “cautela”, chiedendo – sia pur in via subordinata – l'adempimento del contratto.

Se l'attore non potesse proporre le due domande nello stesso atto di citazione, cioè nell'atto introduttivo del medesimo processo, egli sarebbe costretto a redigere due diversi atti di citazione che darebbero luogo a due distinti processi, ciascuno avente ad oggetto una causa. Tutto questo si tradurrebbe, innanzitutto, in una perdita di tempo e di denaro, e costituirebbe poi un fattore di intasamento degli uffici giudiziari, i quali si troverebbero così investiti di due processi distinti, anziché di uno solo, su due situazioni direttamente connesse. Senza contare poi le notevoli difficoltà che sorgerebbero nello svolgimento del processo sulla causa dipendente, di cui è agevole apprezzare la natura, ponendosi nei panni del giudice al quale è devoluta. Questo giudice sarà posto a conoscenza, dall'attore o dal convenuto, dell'esistenza di un altro processo in cui viene chiesto l'annullamento di quello stesso contratto che è alla base della domanda di condanna all'adempimento della quale è investito. Orbene, il giudice del secondo processo non potrà non prospettarsi le conseguenze di una eventuale condanna all'adempimento qualora, successivamente, quel contratto venga annullato ad opera del giudice dell'altro giudizio: conseguenze che consisteranno nella nasci-

Pluralità di domande contro la stessa parte connesse per pregiudizialità-dipendenza

Il *simultaneus processus* risponde ad esigenze di economia processuale

... e talora ad esigenze  
di coordinamento  
decisorio

ta dell'obbligo delle restituzioni, solo però se la condanna all'adempimento non sia già passata in giudicato (poiché in tal caso il suo effetto conformativo escluderà la *condictio indebiti*). Si domanderà, inoltre, se egli può condannare all'adempimento sulla base di un contratto annullabile. In linea di massima, la risposta dovrebbe essere affermativa (mentre sarebbe opposta se – su rilievo d'ufficio o su eccezione di parte – il contratto risultasse nullo). In questo secondo processo, il convenuto per l'adempimento non può eccepire l'annullabilità del contratto, poiché essa è prevista nell'interesse dell'attore. Il giudice del processo di adempimento non potrà così conoscere, neppure incidentalmente, della relativa questione – oggetto di un diverso giudizio – né potrà dare ad essa il dovuto rilievo a meno di non far ricorso all'istituto della sospensione necessaria per pregiudizialità *ex art. 295* della causa dipendente di adempimento, istituto che solo assicura che nei distinti e contemporanei processi non si arrivi a decisioni fra loro contrastanti.

Tutte queste complicazioni non ci sarebbero se le due domande fossero cumulate in un unico processo. In tal caso, infatti, emergerebbe immediatamente che una delle due cause – quella di annullamento – si pone logicamente in un momento anteriore (e quindi quale causa pregiudiziale) e pertanto, richiamando l'esempio, la domanda di annullamento del contratto sarebbe istruita e decisa per prima. Ciò è quanto avviene nella pratica, per casi del genere.

Cumulo condizionale  
di domande  
dipendenti

Il giudice, in quell'unico processo, deciderà, anzitutto, se il contratto sia viziato da dolo o meno. Solo riscontrata l'esistenza di un artificio o di un raggirio, potrà essere pronunciata sentenza di annullamento del contratto che comporterà la dichiarazione di assorbimento dell'altra domanda (quella di adempimento), che l'attore aveva proposto a condizione che venisse previamente rigettata la sua domanda principale di annullamento (sul significato di assorbimento, v. oltre cap. 14).

Viceversa, ove il giudice si convincesse che il contratto non sia annullabile, e respingesse allora la domanda proposta dall'attore in via principale, potrà decidere nel merito anche quella dipendente, di condanna all'adempimento. Tutto questo, però, nell'ambito di un unico processo e, pertanto, senza quei problemi di coordinamento (e così di eventuale sospensione) ai quali abbiamo poco sopra accennato.

Ricorre, in tal caso, un cumulo di cause tra loro connesse, sia per l'aspetto soggettivo, posto che intercorrono tra lo stesso attore e lo stesso convenuto, sia per il rapporto di pregiudizialità-dipendenza che lega i diritti fatti valere. Proprio tale ultima caratteristica fa ritenere opportuno che le domande siano trattate simultaneamente, cioè dallo stesso giudice e nell'ambito dello stesso processo.

Avvicinabile, sotto non pochi aspetti, all'ipotesi da ultimo esaminata è quella delle cause legate fra loro da un nesso di accessorietà proposte congiuntamente da parte del medesimo attore nei confronti del medesimo convenuto (art. 31 c.p.c.). Si tratta di un rapporto di connessione che, ferma l'identità soggettiva, si caratterizza per il fatto che la pretesa che forma oggetto della domanda accessoria, pur essendo autonoma, trova il suo titolo nella pretesa fatta valere con la domanda principale: in virtù di tale nesso di pregiudizialità logico-giuridica, l'accoglimento della domanda accessoria presuppone di regola l'accoglimento della domanda principale. Domande accessorie sono, ad esempio, quelle risarcitorie o restitutorie rispetto alle domande di nullità, annullamento, risoluzione, etc.

Ora, l'art. 31 c.p.c. consente la proposizione della domanda accessoria davanti al giudice territorialmente competente per la domanda principale purché però sia osservato,

rispetto alla competenza per valore, quanto prescritto dall'art. 10, co. 2, c.p.c. (v. *retro*, sez. III, cap. 3). Ciò significa che, al fine di individuare il giudice competente, occorrerà sommare il valore delle due domande cumulate per accessorialità. Infine, va osservato che per il caso in cui la domanda principale appartenga alla competenza per materia del giudice di pace e quella accessoria al tribunale, il processo simultaneo, in applicazione della regola generale posta dall'art. 40, ult. co. – secondo cui il cumulo fra cause connesse per i motivi di cui agli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c. va sempre realizzato presso il giudice togato – dovrà essere celebrato davanti a quest'ultimo.

L'esistenza di una intensa connessione oggettiva tra le due cause non è però elemento imprescindibile al fine della realizzazione del processo simultaneo. La legge consente, infatti, il cumulo di due o più cause, con molta larghezza, e così anche quando esse sono solo tenuamente connesse (ad esempio, per il titolo) e financo se non connesse, purché in quest'ultimo caso il cumulo sia solo oggettivo, ossia destinato a realizzarsi – con un medesimo attore ed un medesimo convenuto – fra le stesse parti. Questo statuisce l'art. 104 c.p.c., rubricato “Pluralità di domande contro la stessa parte”, il quale enuncia: “Contro la stessa parte possono proporsi nel medesimo processo più domande anche non altrimenti connesse, purché sia osservata la norma dell'art. 10 secondo comma”. La norma tratteggia una fattispecie di *connessione* meramente *soggettiva* (e corrispondentemente di *cumulo* meramente *oggettivo*), che sussiste quando più domande intercorrono fra gli stessi soggetti, ma non sono connesse oggettivamente, ossia non hanno né il titolo né l'oggetto in comune, né tantomeno si pongono in rapporto di pregiudizialità-dipendenza. Tuttavia, nell'ipotesi appena considerata, la realizzabilità del cumulo esige il rispetto dell'art. 10, co. 2 e così, ai fini della individuazione del giudice competente per valore, le due o più domande si sommano fra loro.

**Pluralità di domande contro la stessa parte non altrimenti connesse**

Ad esempio, l'attore decide di instaurare un giudizio contro il convenuto per ottenere la restituzione della somma data a mutuo; egli, inoltre, rammenta che da quello stesso soggetto ha anche diritto ad ottenere il risarcimento per taluni danni che, su tutt'altro piano, e così ad esempio in via extracontrattuale, gli ha arrecato. Ora, l'attore redige un unico atto di citazione e propone, in sostanza, nei confronti del convenuto due diverse domande di condanna: l'una, diretta alla restituzione della somma data a mutuo (che è un'azione contrattuale) e l'altra, volta al risarcimento del danno (che è un'azione extracontrattuale). Queste due domande non hanno niente in comune, dal punto di vista oggettivo: titolo e oggetto differiscono del tutto. In comune hanno, invece, solo il fatto che attore e convenuto sono gli stessi soggetti: il cumulo dà luogo ad una mera connessione soggettiva, ritenuta dal legislatore presupposto sufficiente per trattare e decidere congiuntamente nello stesso processo le due diverse domande.

In ogni caso, conviene precisare che se quelle stesse domande fossero state proposte in due processi distinti, non ci sarebbero state gravi complicazioni, proprio in assenza di una connessione tra i loro elementi oggettivi (*petitum* e *causa petendi*). Al più vi sarebbe stata qualche diseconomia scomodità per l'attore, per il convenuto, nonché per l'ufficio giudiziario. Per tale motivo, si suole dire che il cumulo di due

**La trattazione congiunta di cause connesse solo soggettivamente risponde ad esigenze di economia processuale**

domande non altrimenti connesse se non per il fatto che intervengono fra le stesse parti realizza una mera esigenza di economia processuale oltretutto tenue, solo tendenziale e suscettibile di venir meno se la velocità di trattazione ed istruzione delle due cause diverga sensibilmente (a questo proposito si rammentino anche le osservazioni sul cumulo fra domanda dell'attore e riconvenzionale del convenuto non connessa – che proprio dall'art. 104 viene da taluni argomentato – v. *supra*, sez. I, cap. 9).

Vi è, allora, da segnalare una differenza di trattamento processuale che corre tra questa ipotesi e quella del cumulo di domande oggettivamente connesse, perché in quest'ultimo caso, al di là delle ragioni di economia processuale, v'è anche la necessità di un coordinamento decisorio, più o meno essenziale a seconda del grado di connessione oggettiva. Pertanto, le due domande, che in comune hanno lo stesso titolo o che sono in ogni caso connesse per il fatto che la decisione dell'una dipende da quella dell'altra, devono, in linea di massima, rimanere legate sino al termine del processo stesso. Ciò significa che il cumulo, una volta sorto, qui (in deroga all'ampia facoltà di separazione del co. 2 dell'art. 104) non può tendenzialmente essere sciolto pena la negazione della garanzia di un coordinamento decisorio fra le due cause.

**Lo scioglimento del cumulo oggettivo** ■ Qualora, invece, ricorra un cumulo di domande non altrimenti connesse se non per i soggetti, c.d. cumulo oggettivo, la separazione potrà essere disposta in tutti quei casi in cui una delle domande, per la sua minore complessità, possa essere decisa rapidamente e l'altra no.

Riprendiamo con gli esempi. Nell'ipotesi sopra prospettata della domanda di restituzione della somma corrisposta a titolo di mutuo e di quella di risarcimento del danno extracontrattuale, può capitare che la prima prospetti la necessità di una lunga istruttoria, mentre la seconda, presentandosi di facile soluzione, possa pervenire immediatamente ad una decisione. In questo caso, le due domande, essendo connesse solo soggettivamente, e quindi potendo essere decise ciascuna autonomamente senza perdere alcuna utilità prodotta dal cumulo, potranno essere separate. La separazione è, appunto, resa possibile dal fatto che ciò che lega quelle due cause sono solo ragioni di economia processuale le quali, però, non prevalgono sull'opportunità di evitare che la decisione della causa già matura debba attendere i tempi dell'istruzione dell'altra. Ecco, dunque, che in questi casi il cumulo può essere sciolto, come appunto stabilisce il **co. 2 dell'art. 104 c.p.c.**, che prevede l'applicabilità della disposizione di cui al co. 2 dell'art. 103 (su cui v. il capitolo successivo), sulla separazione delle cause, al cumulo di cause connesse solo soggettivamente.

**Separazione in fase istruttoria o decisoria** ■ Quindi, se il mantenimento della riunione delle cause rende più gravoso il processo, perché impedisce ad una di loro di pervenire ad una rapida definizione, il giudice, anche senza l'istanza concorde di tutte le parti, può provvedere alla separazione. Questa potrà essere disposta sia nel corso della istruzione (con semplice ordinanza del giudice istruttore); sia in sede di decisione, sì che allora una domanda verrà decisa (con sentenza che dovrà considerarsi *per essa definitiva*: art. 279, co. 2, n. 5), mentre per l'altra – previa ordinanza di separazione – il processo proseguirà fino a decisione.

Il giudice non potrà, invece, disporre lo scioglimento del cumulo con altrettanta facilità in presenza di domande oggettivamente connesse. In particolare, non ha mai senso sciogliere il cumulo quando una domanda dipenda dall'altra, perché la trattazione di quella dipendente postula che prima sia stata verificata la fondatezza o meno della principale. Pertanto, l'attesa del tempo necessario a definire quest'ultima non è inutile ai fini della decisione della domanda dipendente, anzi è strettamente necessaria (e minore di quella di una ipotetica sospensione *ex art. 295*, almeno secondo la sua lettura tradizionale, che richiede il passaggio in giudicato della decisione sulla causa principale, v. comunque sez. VI, cap. 5).

L'attore, non di rado, propone contro il convenuto domande plurime non affinché siano tutte accolte (esse infatti deducono diritti fra loro incompatibili o concorrenti) ma per elevare la possibilità che almeno una di esse sia fruttuosa. Se le azioni sono incompatibili (ad esempio, domanda di sostituzione o riparazione del bene difettoso *ex art. 1519-*quater**, ora art. 130 cod. cons.) si potrà avere così un cumulo *alternativo*. Più spesso, l'attore nutre ed esprime la preferenza per una azione (ad esempio la dichiaratoria di nullità contrattuale) ed esperisce *in via di subordine* l'altra (rispettivamente, nell'esempio, l'azione di adempimento contrattuale). Nel caso di domande alternative il giudice, accolta l'una, dichiara assorbita l'altra sicché può destare perplessità il fatto che egli sembri poter esercitare una libera scelta. Diversamente, qualora le domande siano state proposte in via subordinata, solo in caso di rigetto nel merito della domanda principale, l'altra verrà esaminata (e accolta o respinta); altrimenti, essa verrà dichiarata assorbita.

Cumulo oggettivo  
con vincolo  
condizionale

Tutto quanto finora esposto è, in sostanza, una specie di cornice introduttiva al processo cumulativo quand'esso si prospetti anche litisconsortile, ed alla trattazione, che ora iniziamo, dell'**art. 103**.

Il processo cumulativo  
litisconsortile

Ci possono essere infatti ipotesi in cui più domande relative ad altrettanti diritti (connessi fra loro nei modi che vedremo), e quindi più cause da abbinare in un unico contesto processuale, *non intercorrono fra le stesse parti* ma fra parti parzialmente diverse. Vale a dire: la nozione strutturale di unico processo, con più domande e quindi più cause, può valere anche là dove le parti non siano due, ma siano, ad esempio, "A + B" come attori contro "C" o, nel caso più complicato, "A + B" come attori contro "C + D" come convenuti.

In altre parole, il carattere *oggettivamente* cumulativo del processo si può coniugare con quello *soggettivamente* cumulativo, per cui si possono avere ipotesi in cui ci sono più di due parti perché più sono i diritti azionati: le molteplici domande, proposte nel medesimo processo, non avranno così tutte lo stesso attore e lo stesso convenuto. Esse però – per poter essere abbinate, *ex art. 103*, in un unico processo, con più attori e/o più convenuti – dovranno essere *oggettivamente connesse*. Tali domande potranno così avere in comune lo stesso fatto costitutivo (*titolo*) e/o il loro *petitum* (*oggetto*): sono queste le ipotesi di vera e propria *connessione* in senso tecnico (rilevanti anche per la competenza), che ri-

guarda, prima delle domande, i diritti con esse fatti valere e che riveste, quindi, un fondamento sostanziale. Peraltro, l'abbinamento in un unico processo potrà avvenire anche solo perché la decisione delle più domande proposte dipende dalla risoluzione di *identiche questioni* in fatto o in diritto: avremo così un caso di *connessione impropria*, che non attiene ad alcun elemento identificatore delle domande e non consente deroghe alle normali regole di competenza.

L'impugnativa di una delibera assembleare da parte di più soci assenti, dissenzienti o astenuti dà luogo ad una ipotesi di processo litisconsortile attivo su cause oggettivamente connesse

A titolo d'esempio, si faccia l'ipotesi dell'impugnativa di una delibera assembleare la quale, come si saprà, può essere impugnata, quando non è stata assunta in conformità alla legge o allo statuto, dai soci assenti, dissenzienti o astenuti, che, salvo diversa disposizione dello statuto, siano in possesso di tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il cinque per

cento nelle altre (v. art. 2377 c.c.). Si supponga che vi siano più soci, tutti a tale stregua legittimati, che la vogliano impugnare per lo stesso vizio. Al riguardo, si potrebbe immaginare che ciascun socio instauri autonomamente un processo. Potrà allora capitare che lo stesso vizio, dedotto dai vari soci nei vari processi a sostegno dell'impugnativa, sia ritenuto sussistente da un giudice, il quale annullerà quindi la delibera, mentre sia giudicato insussistente dagli altri, che quindi respingeranno la domanda. Vi è sostanzialmente il rischio di una certa contraddittorietà fra le eventuali decisioni. Inoltre, tenuto conto che le situazioni da accertare, nei vari processi, sono le medesime, sarebbe sufficiente un solo processo e un unico giudice.

La cosa migliore ovviamente sarebbe che tutti i soci, che volessero far caduca quella delibera, la impugnassero assieme, con un unico atto introduttivo del processo: è proprio l'art. 103 a consentirlo. Diversamente, se le impugnazioni fossero proposte separatamente, potrebbe applicarsi l'art. 2378 c.c. che, al co. 5, ne impone la riunione onde consentire una congiunta istruzione ed una decisione unitaria. In ogni caso, a garantire comunque un certo coordinamento soccorre il co. 6 dell'art. 2377 c.c., a norma del quale l'annullamento giudiziale della deliberazione "ha effetto rispetto a tutti i soci" (non altrettanto la decisione di rigetto, però).

... vi è un cumulo di domande

Immaginando che i soci agiscano assieme, avremmo un processo caratterizzato da una pluralità di attori: ciascun socio, con una propria domanda giudiziale – quella costitutiva di annullamento della delibera – proposta contro un unico convenuto, cioè la società. Si darà un processo litisconsortile dal lato attivo, caratterizzato da tante domande giudiziali quanti sono gli attori e quindi da tante cause quante sono le domande.

Ci si può chiedere, ora, quanto e come quelle domande siano fra loro connesse. Innanzitutto, le parti sono parzialmente le stesse, dato che il convenuto (la società) è il medesimo per tutte le domande. Sono, inoltre, domande connesse sul piano oggettivo, perché ciò che gli attori chiedono, vale a dire il *petitum*

(sia immediato che mediato), è identico: l'annullamento di quella delibera. Il titolo, cioè il fatto costitutivo del diritto sostanziale dedotto in giudizio, è in parte lo stesso, in quanto l'esistenza di una delibera assieme al suo essere viziata (se il motivo di invalidità dedotto è, in tutto o in parte, il medesimo), che sono presupposti per l'accoglibilità della domanda di annullamento, stanno alla base di tutte queste domande. La *causa petendi* in parte diverge, perché ciascun attore dovrà dimostrare, a titolo personale, di essere socio assente, o dissenziente o astenuto e di possedere una quota qualificata di capitale sociale (v. *supra*). Quindi, l'oggetto di quelle domande è lo stesso ed in larga parte è uguale anche la *causa petendi*; la connessione tra domande si caratterizza per una particolare intensità sul piano oggettivo: siamo in presenza di una ipotesi – esemplare del *genus* della c.d. colegittimazione disgiuntiva – in cui l'ordinamento (arg. *a fortiori ex art.* 2378, co. 5) favorisce il cumulo originario di queste domande in un unico processo (art. 103).

Si avrà, allora, un processo che è litisconsortile, poiché vi è più di un attore (ricorre appunto il litisconsorzio attivo); inoltre, si tratterà di un processo oggettivamente cumulativo, poiché vi sono più domande (tante quanti sono gli attori) oggettivamente connesse.

A conclusione di un tale processo, per solito, si avrà una sola sentenza che conterrà le decisioni delle varie domande, cioè presenterà – così si dice (artt. 329, cpv., e 336, co. 1) – una *pluralità di "capi"* o parti; esattamente tanti quante sono le domande e così (immaginando che ciascun litisconsorte attivo proponga una sola domanda) quanti sono gli attori. Il collegamento fra codeste distinte decisioni è dato non solo dalla unicità del documento-sentenza che tutte le contiene, ma anche dal fatto che le relative domande sono state trattate e decise nello stesso processo ad opera dello stesso organo giudicante. Infatti, se la connessione fra le domande cumulate è per il titolo (ovvero per essere il fatto costitutivo il medesimo), su di esso si sarà svolta una istruzione tendenzialmente unitaria e così un accertamento di fatti possibilmente omogeneo (salvo l'eventuale operare di prove legali, di cui si dirà parlando della confessione e del giuramento resi da uno solo dei litisconsorti). E lo stesso vale per la soluzione delle questioni di fatto comuni o per la risoluzione delle identiche questioni di diritto, allorché il cumulo litisconsortile sia basato – come meglio vedremo, anziché sul medesimo titolo – su codesto fenomeno di c.d. connessione impropria o logico-intellettuale (fra domande che non sarebbero invece connesse in base ai loro elementi individuatori).

Beninteso, potremmo avere decisioni diverse in relazione a quella parte di fattispecie costitutiva che è diversa per ciascuna domanda. Ad esempio, a taluni attori potrà essere negata la qualità di socio dissenziente, in quanto dal verbale di assemblea essi risultano assenzienti. Le loro domande verranno allora rigettate *in limine* (ma pur sempre nel merito). Potranno, allora, essere pronunciate decisioni diverse in relazione ad ogni singola domanda, ma solo perché – lo si sotto-

Contenuto plurimo della sentenza che definisce il processo litisconsortile facoltativo



linea ancora – fondate su quella parte della fattispecie costitutiva che è diversa oppure su (diversi) fatti estintivi, impeditivi o modificativi allegati dal convenuto. Tutto il resto – ossia il tratto comune dell’oggetto del giudizio – conoscerà una identica sorte, dando luogo a decisioni che saranno tra loro coerenti e coordinate. Non lo sarebbero state necessariamente, con un rischio potenzialmente grave di contrasto pratico di giudicati, se ciascuna domanda di impugnativa non fosse confluita nell’unico processo.

Formuliamo ora un esempio di processo, pure cumulativo, ma con un unico attore e una *pluralità di convenuti* e quindi litisconsortile passivo.

Art. 2055 c.c.: una ipotesi di processo litisconsortile passivo su cause oggettivamente connesse

L’art. 2055 c.c. dispone che in presenza di un atto illecito i co-autori dello stesso sono debitori solidali del risarcimento del danno e, al riguardo, possiamo immaginare, a titolo d’esempio, che Tizio sia stato picchiato da sette teppisti e abbia subito, così, danni fisici e morali per l’ammontare di sette mila euro.

Orbene, la logica del fenomeno dell’obbligazione solidale risiede nel fatto che il creditore può chiedere a ciascuno dei suoi debitori solidali l’adempimento dell’intera prestazione che, nell’esempio, è il risarcimento del danno (questo per il diritto civile; diverse sfumature presenta il fenomeno, almeno secondo una giurisprudenza della Cassazione, oggetto oggi però di ripensamento, nel campo del debito tributario ove si afferma il litisconsorzio necessario: v. sez. un., 18 gennaio 2007, n. 1052; v. capp. 2 e 10). Si comprende facilmente che, se il creditore si avvale della facoltà di chiedere il risarcimento del danno (o più in generale fa valere il suo diritto, come può certo fare: arg. ex art. 1306 c.c.) soltanto nei confronti di uno dei debitori, non si realizza né un processo litisconsortile né tantomeno un processo cumulativo.

Un esempio ■ Poniamo, però, che il creditore, poiché non sa quale dei teppisti possa risultare patrimonialmente solvibile o perché vuole che tutti subiscano almeno la causa civile, instauri la medesima nei confronti di tutti. Proprio il meccanismo della solidarietà implica che il creditore possa esigere la prestazione da ciascuno dei condebitori e pertanto, nel caso in esame, avremo un atto di citazione in cui saranno formulate sette domande giudiziali contro sette diversi convenuti, ognuna avente ad oggetto il diritto di credito al risarcimento dell’intero danno. In sostanza, l’attore chiederà che ciascun condebitore sia condannato ed otterrà, nel caso in cui le domande siano accolte, una sentenza con sette capi, ognuno relativo ad un debitore, e quindi sette condanne, ciascuna a sette mila euro. Diversamente non potrebbe essere, perché non si può negare il fatto che egli abbia un diritto di azione per l’intero nei confronti di ciascun condebitore. A prima vista si para dinnanzi il rischio della locupletazione: l’attore-danneggiato vittorioso disporrà di sette titoli esecutivi per sette mila euro ciascuno, mentre per risarcire il suo pregiudizio basterebbe conseguire la somma una sola volta.

La soluzione di questa apparente contraddizione, che sottende il problema della natura (*ex pluribus unum*) dell’obbligazione solidale, va ricercata a valle, ov-

vero nel momento dell'attuazione del diritto di credito. E infatti l'attore, pur potendo esercitare l'azione esecutiva contemporaneamente nei confronti di tutti, nel momento in cui viene soddisfatto per l'intero da un debitore, sia pure coattivamente, e così attraverso l'assegnazione della somma ricavata dall'espropriazione dei beni di questi, non potrà più procedere con le altre esecuzioni. Gli altri condebitori condannati al pagamento vedranno così venir meno (le loro obbligazioni, e conseguentemente) il diritto del creditore di procedere nei loro confronti ad esecuzione forzata e potranno, eventualmente da quel momento in avanti, tutelarsi con l'opposizione all'esecuzione.

**Per la bibliografia e le questioni si veda l'appendice informatica.**