

Brought to you by:

ASTRA

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE - MODULO 1

3° ANNO CLMG

Written by
Chiara Banti

2022-2023 Edition

Find more at:

astrabocconi.it

This handout has no intention of substituting University material for what concerns exams preparation, as this is only additional material that does not grant in any way a preparation as exhaustive as the ones proposed by the University.

Questa dispensa non ha come scopo quello di sostituire il materiale di preparazione per gli esami fornito dall'Università, in quanto è pensato come materiale aggiuntivo che non garantisce una preparazione esaustiva tanto quanto il materiale consigliato dall'Università.

Sommario

INTRODUZIONE	2
PROCESSO CIVILE	3
LA GIURISDIZIONE	5
Giurisdizione ordinaria	6
TUTELA GIURISDIZIONALE DI COGNIZIONE	7
A) TUTELA DI MERO ACCERTAMENTO	9
B) TUTELA COGNITORIA CONDANNATORIA	10
FORME SPECIALI DI TUTELA CONDANNATORIA	12
C) TUTELA COGNITORIA COSTITUTIVA	15
PROCESSO DI COGNIZIONE	25
EFFETTI DELLA DOMANDA GIUDIZIALE	30
EFFETTI PROCESSUALI	30
EFFETTI SOSTANZIALI	32
LA FIGURA DEL CONVENUTO	35
ECCEZIONI IN SENSO LATO	39
ECCEZIONI IN SENSO STRETTO	39
PROCESSO OGGETTIVAMENTE E SOGGETTIVAMENTE COMPLESSO	43
INTERVENTO VOLONTARIO IN CAUSA DEL TERZO	46
PREGIUDIZIALITÀ DI MERITO	61
1. FASE PREPARATORIA DELLA CAUSA	68
2. FASE DI TRATTAZIONE DELLA CAUSA	70
TRATTAZIONE DELLA CAUSA	79
VICENDE SUCCESSORIE	84
MODALITÀ DI SVOLGIMENTO DELL'ISTRUZIONE PROBATORIA	87
PROVE PRECOSTITUITE O DOCUMENTALI	90
PROVE COSTITUENDE	91

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE:

INTRODUZIONE:

Parte del diritto pubblico che consiste nelle norme positive (poste dal legislatore scritte nel cpc) che regolano i principi generali e le modalità di svolgimento del processo civile, in funzione della soluzione delle controversie e, al contempo, della tutela dei diritti soggettivi.

Questa definizione ci fa fermare su due momenti:

- a. La **tutela dei diritti soggettivi** → **FINE**
- b. Il **processo civile** → **MEZZO**

Questi due momenti sono qualificanti il diritto processuale civile perché ne identificano rispettivamente fine e mezzo.

Alla tutela dei diritti che consegue al processo si dà il nome di **tutela giurisdizionale dei diritti**.

Vi è necessità di tutelare i diritti soggettivi quando vi è un conflitto, una controversia.

Il diritto privato ed il diritto civile ci dicono che quando c'è un conflitto di interessi, una controversia, l'unico strumento con cui la controversia può essere risolta è il processo.

In realtà non è così → il processo è il metodo istituzionale della risoluzione delle controversie, ma non è affatto l'unico strumento.

Quali sono i **metodi di risoluzione delle controversie alternativi al processo** (DADR)?

La riforma attualmente in corso dà ancora più rilevanza (ampliare l'ambito applicativo) degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie → il diritto soggettivo si può tutelare attraverso strumenti diversi dal processo. Quali sono questi?

- **Positivizzazione dei diritti soggettivi**, perlomeno nei sistemi di diritto scritti, di civil law. Si ha un ricorso alle autorità per ottenere tutela in caso di violazione di quel diritto. Ubi ius ibi remedium → dove c'è una previsione di legge che consacra una posizione di vantaggio, lì c'è anche il rimedio, ossia la possibilità di richiedere tutela nel caso di violazione di quel diritto. L'intervento che dà tutela è una conseguenza che si può realizzare solo se prima un legislatore ha previsto questa posizione giuridica soggettiva. A seguito di un riconoscimento del rimedio, si ha il diritto.
- **Previsione di norme secondarie**, norme che prevedono obblighi che conseguono alla violazione delle norme primarie. La norma secondaria per eccellenza è l'art. 2043 cc → qualsiasi atto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto obbliga chi ha commesso il fatto a risarcire il danno ← la norma primaria sta nell'aggettivo "ingiusto", ossia un gesto che va contra ius, che viola una norma primaria, che viola un diritto soggettivo. La norma secondaria si realizza in un'obbligazione di natura risarcitoria. Questa forma di tutela non è pienamente tutelante perché c'è anche la possibilità di violazione della norma secondaria (non risarcire).
- **Poteri costitutivi dell'autonomia privata**: il diritto civile consente al privato di conseguire degli effetti giuridici che consistono nella costituzione, modificazione o estinzione di diritti soggettivi. Es: un contratto a prestazioni corrispettive non viene adempiuto, la parte non inadempiente ha di fronte a sé 2 prospettive: insistere nell'adempimento del contratto + risarcimento per tardivo adempimento o qualora abbia perso l'interesse al ricevimento della prestazione può ottenere lo scioglimento del vincolo contrattuale + diritto al risarcimento del danno per inadempimento assoluto. Per ottenere l'adempimento del contratto è necessario lo strumento giudiziario, ovvero l'azione di condanna. La risoluzione, oltre che per via giudiziaria, si può ottenere tramite autonomia negoziale.
- **Clausola risolutiva espressa**: art 1456, clausola con cui i contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso in cui una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite.
- **Diffida ad adempiere**: si caratterizza perché il contratto a parti corrispettive non ha la clausola risolutiva espressa, ma la parte che ne ha diritto può richiedere la risoluzione del contratto attraverso una diffida ad adempiere entro un termine. Se questo termine decorre senza che l'adempimento non abbia eseguito la prestazione il contratto si ritiene risolto.

- **Termine essenziale:** si stabilisce la rilevanza essenziale di un termine per l'esecuzione della prestazione.
- **Accordi transattivi:** la transazione, contratto con cui le parti risolvono o prevengono l'insorgenza di una controversia facendosi reciproche concessioni, rinunciando, in tutto o in parte, a far valere le proprie pretese, senza decretare chi ha ragione o ha torto.
- **Accordi conciliativi:** l'obiettivo della conciliazione è trovare un nuovo assetto tra le parti. Il primo esempio è la negoziazione assistita. Metodo che punta alla formazione di un accordo conciliativo mediante la negoziazione che le parti fanno tra loro assistiti da uno o più avvocati (DL 2014). Questo decreto stabilisce dei casi obbligatori della negoziazione assistita prima che la domanda giudiziale possa essere accolta. La soluzione non deve, come nella transazione, implicare reciproche concessioni, ma anche concessioni da una sola delle parti.
- **Mediazione:** viene affidato ad un terzo l'incarico di concludere un affare o risolvere una controversia nell'interesse delle parti. Le parti si vincolano contrattualmente ad accettare la proposta del mediatore. Il DL 28 2010 prevede che la mediazione amministrata, ovvero sia organizzata da organismi di mediazione pubblici. Ci sono dei tipi di controversie in cui la mediazione amministrata è obbligatoria, il cui però esito è vincolante per le parti solo se entrambe d'accordo.
- **Arbitrato:** sta a metà strada tra la mediazione e il processo civile. Anche nell'arbitrato si chiede consensualmente alle parti la risoluzione della loro controversia, un arbitro. Mentre il mediatore deve trovare un nuovo assetto tra le parti che sia soddisfacente, l'arbitro, esattamente come il giudice deve stabilire chi ha ragione e chi ha torto in ottemperanza alle norme. A differenza del giudice, l'arbitro può decidere la controversia solo se le parti consensualmente chiedono il suo giudizio. L'arbitro può rifiutare di pronunciarsi.

PROCESSO CIVILE:

Metodo istituzionale per la risoluzione delle controversie legislativo. È caratterizzato dalla natura dei soggetti incaricati di governare i processi e decidere la loro conclusione, sono degli organi statali ovvero i **giudici**. **La tutela giurisdizionale è una funzione pubblica, che la legge istituzionale attribuisce ai giudici, che hanno il potere/dovere di ottemperare all'obbligo pubblico di amministrare la giustizia.** Ciò che caratterizza il ruolo del giudice è la titolarità di poteri coercitivi.

La garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi è riconosciuta dalla costituzione, più in particolare dagli articoli 101 e 102 della Costituzione.

ART. 102: "la funzione giurisdizionale è esercitata dai magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario."

La costituzione ci dice che è la legge ordinaria che istituisce quegli organi dello stato a cui è demandato il potere giudiziario.

In base all'art. 65 del regio decreto la **Corte di Cassazione**, terzo grado di giudizio di tipo impugnatorio, deve garantire l'esatta osservanza e la corretta applicazione della legge sul territorio nazionale. Deve garantire che l'unico diritto positivo esistente nel territorio nazionale sia attuato in maniera coerente dai giudici.

Funzione di nomofilachia.

L'art. 102 fa riferimento alla **magistratura ordinaria** o giurisdizione ordinaria. Il termine giurisdizione in questo ambito viene inteso in senso soggettivo, ovvero si riferisce ad una determinata categoria di giudici. Le giurisdizioni civile e penale sono caratterizzate dal fatto che sono composte da giudici ordinari, ovvero che si occupano di tutti i tipi di controversie che sorgono, ad esclusione di quelle che la legge demanda a giurisdizioni speciali.

Il sistema repubblicano ha ereditato alcune importanti **giurisdizioni speciali**, ovvero forme che non appartengono all'ambito della giurisdizione ordinaria, ovvero che non fanno capo alla giurisdizione civile e penale. la specialità riguarda la tipologia dei diritti che tale giurisdizione può e deve tutelare. La giurisdizione ordinaria tutela i diritti soggettivi, le giurisdizioni speciali si distinguono per la particolarità dei rapporti giuridici che possono essere fatti valere dinanzi alla giurisdizione speciale. Per esempio, la più importante è la giurisdizione amministrativa. Ciò che la caratterizza è che questa tutela interessi legittimi, che si viene a delineare quando un cittadino ha una prerogativa nei confronti della PA.

Ci sono altre forme di giurisdizioni speciali nell'ordinamento e sono: giurisdizione tributaria (attinente ai rapporti tra privati ed erario), la giurisdizione contabile (rapporti tra il cittadino e l'amministrazione contabile) e la giurisdizione militare.

ART. 101: "la giustizia è amministrata nel nome del popolo, i giudici amministrano la giustizia in base alla legge".

La costituzione pone la legge come limite massimo del suo operato la legge.

La tutela giurisdizione dei diritti soggettivi è prevista da una norma ancora più rilevante della costituzione, ovvero l'art. 24 cost.: "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e degli interessi legittimi".

Questo articolo sancisce il rapporto mezzo/fine sintetizzato nell'introduzione iniziale. Il potere di agire in giudizio per la tutela dei nostri diritti, e dunque promuovere il processo civile. Chiedere la tutela dei diritti che si svolge attraverso il processo giurisdizionale. **Questo è un potere, non un dovere**, nessuno è obbligato laddove sia coinvolto in una controversia ad agire in giudizio. È al tempo stesso un onere, ovvero lo strumento necessario se si vuole ottenere la tutela dei diritti. L'esercizio dell'onere, a differenza dell'obbligo, è libero, ma ha un limite, se non si vuole incorrere in conseguenze negative. Ad esempio, l'onere della prova consente di evitare la conseguenza negativa dalla mancata presentazione dei mezzi di prova. L'onere rappresenta una posizione intermedia tra dovere e potere.

L'art 24 non impedisce che la legge possa prevedere metodi alternativi di tutela dei diritti diversi dal processo. Quando però nessuno di questi metodi alternativi sono in grado di risolvere la controversia allora lo stato si impegna a mettere a disposizione il processo, in quanto garantito proprio dalla costituzione.

Questa forma di tutela si qualifica come **giurisdizionale**, perché si attua mediante il processo civile. Il processo inteso come strumento di attuazione della tutela dei diritti soggettivi. Il processo è innanzitutto un **procedimento**. Lo dobbiamo immaginare come una sequenza di atti processuali che si sviluppa nel tempo senza interruzioni. Nel corso del tempo si susseguono una serie di atti che insieme compongono il processo. L'etimologia del termine deriva appunto dalla parola procedimento, ovvero una sequenza di atti che si svolgono nel tempo. Questo perché il processo, pur richiedendo una durata più o meno lunga, tende a culminare con la **formazione di un atto conclusivo**, un provvedimento definitivo che chiude il procedimento. **Il "provvedimento" è ciò che viene posto in essere dal giudice, gli "atti" sono posti in essere solo dalle parti.**

Il processo civile si svolge nel tempo in quanto la disciplina degli atti processuali siano sempre in dipendenza logica giuridico tra di essi. Ciò vuol dire che *ogni atto del processo può essere visto contemporaneamente sia come presupposto del compimento dell'atto successivo sia come la conseguenza dell'atto precedenti*. L'unica eccezione è la **domanda giudiziale**, che non ha nessun altro atto prima di sé. La conseguenza giuridica degli atti giudiziari è predeterminata dalla legge e non dalla parte che li ha voluti. Ad esempio, nel negozio giuridico c'è la manifestazione della volontà di produrre effetti giuridici secondo la loro espressa volontà.

Gli effetti dell'atto processuale sono predeterminati dalla legge. La legge processuale predetermina quale deve essere la forma e il contenuto dagli atti processuali. La legge stabilisce che se l'atto ha quei requisiti allora l'atto produce effetto, anche contro la volontà della parte.

Anche una domanda giudiziale proposta "per gioco" ma che presenta una forma e un contenuto idoneo produce tutti gli effetti previsti dalla legge → un atto giudiziario è nullo quando è privo dei suoi elementi essenziale, quandanche non ci sia una legge che ne sancisce la nullità.

Il codice stabilisce che un atto, pur essendo privo di un elemento essenziale, non è nullo se, malgrado la carenza, ha comunque raggiunto il suo scopo, ha realizzato il suo scopo materiale

Il processo a cui fa riferimento il codice del 1940 è a grandi linee rimasto inalterato. Si svolge in tribunale, è diretto e governato dal giudice. Il codice è strutturato in 4 libri:

1. disposizioni in generale (libro I), che valgono per tutte le giurisdizioni ordinarie
2. del processo di cognizione (libro II), conoscenza dei diritti soggettivi che sono stati violati
3. processo di esecuzione (libro III), giurisdizione esecutiva

4. dei procedimenti speciali (libro IV), norme relative a diversi tipi di processi che sono talvolta espressione della giurisdizione cognitoria ma talvolta espressione di giurisdizione diversa dalla cognitoria.

Il cpc è diviso in **quattro libri**:

1. Disposizioni generali: principi e regole che valgono per qualunque tipo di giurisdizione ordinaria. Principi che tendono a valere in qualunque occasione vi sia necessità di risolvere una controversia.
2. Del processo di cognizione: conoscenza dei diritti soggettivi che sono stati violati. Il giudice conosce i diritti soggettivi nel senso che li accerta come esistenti al fine di dichiararne l'esistenza o l'inesistenza con la sentenza, che ha l'efficacia di un atto imperativo.
3. Del processo di esecuzione: si preoccupa di attuare materialmente e forzosamente una pretesa che è stata già accertata.
4. Dei procedimenti speciali: norme relative a diversi tipi di processi che sono talvolta espressioni particolari della giurisdizione cognitoria, in altri casi di un diverso tipo di giurisdizione. I procedimenti speciali espressione di giurisdizione cognitoria sono per esempio il procedimento per decreto ingiuntivo.

LA GIURISDIZIONE:

Quando si parla di giurisdizione si fa riferimento innanzitutto ad una definizione soggettiva. Si parla di giurisdizione in senso soggettivo per riferirsi al **potere/funzione giurisdizionale** (uno dei tre poteri dello stato). il potere giurisdizionale è quello rivolto alla risoluzione delle controversie mediante l'applicazione della legge ad un caso concreto. Il giudice attua le leggi in una posizione di equidistanza rispetto agli interessi delle parti ← presupposto indefettibile di una decisione "giusta". Proprio perché quello giurisdizionale è un potere, viene assegnato dalla costituzione a soggetti che sono organi pubblici: i giudici. Caratteristica essenziale della giurisdizione in senso soggettivo il fatto di godere di una copertura costituzionale. le norme a cui possiamo fare riferimento sono:

- Art. 25 costituzione → garanzia del giudice naturale precostituito per legge → è la legge a stabilire ex ante quale sia l'organo dello stato chiamato a risolvere le controversie in materia civile. la prima garanzia per avere una sentenza giusta, non guidata da criteri arbitrari, è che il giudice sia precostituito dalla stessa legge.
- Art. 101 e ss. costituzione → quali sono i giudici, quale è il loro potere (la loro giurisdizione), quale è la loro competenza, quali sono i criteri di ripartizione delle varie controversie. Tra questi articoli, ha una importanza preminente la previsione dell'art. 101: la giustizia è amministrata in nome del popolo + i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Il primo comma significa ribadire che il potere giurisdizionale è uno dei poteri dello stato e quindi trae il suo fondamento dalla volontà popolare. Il secondo comma, invece, stabilisce che solo la legge, intesa come legge ordinaria, governa il completo esercizio della funzione giurisdizionale. Il richiamo è alle norme del cpc, che regolano l'esercizio nelle sue molteplici modalità di questa funzione pubblica, ma anche ad altre disposizioni (es. legge sull'ordinamento giudiziario, regio decreto del 1941; questo provvedimento va tenuto in considerazione perché ci fa capire come l'ordinamento ha voluto strutturare l'amministrazione della giustizia, in un senso burocratico e piramidale. È un'organizzazione verticistica: alla base ci sono i giudici di merito di primo e secondo grado, fino al vertice costituito dalla corte di cassazione (giudice unico a livello nazionale).

Dobbiamo sempre distinguere tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali. Si parla di giurisdizione per riferirsi all'ambito di applicazione della funzione giurisdizionale sui diritti soggettivi nei rapporti tra privati. I giudici della giurisdizione ordinaria in materia civile sono giudice di pace e tribunale (in primo grado); tribunale e corte d'appello (secondo grado). Il tribunale è giudice d'appello sulle sentenze pronunciate in primo grado dal giudice di pace. La corte d'appello è giudice di secondo grado per le sentenze pronunciate in primo grado dal tribunale. Infine, è giudice di terzo grado la corte di cassazione.

Le giurisdizioni speciali, invece, individuano forme peculiari dell'esercizio della funzione giurisdizionale, dipendenti o dal tipo di situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, o in funzione alternativamente del rapporto sostanziale dedotta in giudizio o della natura di una delle parti.

Dobbiamo sempre ricordare che esiste anche una giurisdizione da un punto di vista oggettivo. Questo indica una forma di tutela dei diritti soggettivi, che si realizza mediante il processo civile. anche la giurisdizione in senso oggettivo gode di copertura costituzionale:

- Art. 24 cost, commi 1 e 2: 1° tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti. Principio fondamentale che assicura a tutti la possibilità di far valere la lesione di un diritto soggettivo. Il comma 2° stabilisce l'inviolabilità del diritto di difesa.
- Art. 111 cost: garanzia del giusto processo (attraverso la richiesta del contraddittorio, di una durata ragionevole del processo, della previsione di una disciplina legale del processo ecc.). Fondamentale è la motivazione della sentenza. La motivazione è fondamentale quando la decisione è presa da un terzo. Serve per far conoscere alle parti la ratio decidendi: il percorso argomentativo in fatto ed in diritto attraverso cui il giudice ha giustificato la propria conclusione. Questa è importantissima, dato che serve per poter impugnare la decisione. Per finire, abbiamo il comma 7 che prevede che indipendentemente da quanto possa decidere il legislatore, è insopprimibile la garanzia del ricorso in cassazione contro le decisioni che abbiano violato la legge. Quandanche il legislatore ordinario dovesse abolire tutti i gradi impugnatori, la parte che, alla luce di una sentenza di primo grado, ritiene di aver subito la violazione della legge potrà sempre rivolgersi all'organo di vertice della nostra organizzazione giudiziaria per ottenere l'annullamento della sentenza.

Giurisdizione ordinaria:

Dato che i diritti soggettivi possono essere lesi in diversi modi, il legislatore ha previsto tre tipi di tutele giurisdizionali dei diritti soggettivi.

- [Tutela giurisdizionale cognitoria o tutela di cognizione](#). Come viene così assicurata la tutela dei diritti? La parola cognizione allude ad un tipo di attività svolta dal giudice come strumento per garantire la tutela. Cognizione significa accertamento dell'esistenza o del modo di essere di un diritto soggettivo. questa tutela non solo accerta, ma anche dichiara. Dichiarare è l'affermazione di un diritto nei confronti anzitutto delle parti del giudizio e poi anche, a determinate condizioni, nei confronti dei terzi interessati a quell'accertamento. Il cpc dedica la maggiore attenzione a questa tutela. Libro 1 e libro 2 sono concentrati sulla disciplina della tutela cognitoria. Il libro 1 contiene dei principi generali valevoli formalmente per qualunque forma di giurisdizione/tutela, anche quella non cognitoria. Il libro 2, invece, ?
La natura cognitoria di questo tipo di tutela si può declinare in diversi modi (es. come azione, dove per azione si intende il diritto o potere di agire in giudizio per ottenere la tutela cognitoria + es. processo di cognizione, per indicare il procedimento di cui si compone il processo di cognizione + es. sentenza di cognizione).

Dobbiamo anche distinguere tra:

- Tutela cognitoria ordinaria → libro 3 cpc → REGOLA. È la regola perché è quella che il libro 2 del cpc individua come paradigma per l'accertamento di qualunque diritto soggettivo. Questa è assistita dal maggior numero possibile di garanzie processuali. Il processo offre maggiori garanzie di correttezza (coerenza formale) e giustizia (corrispondenza della verità processuale a quella sostanziale) della sentenza. Le tempistiche, però, sono piuttosto lunghe.
- Tutela cognitoria sommaria → libro 4 cpc → ECCEZIONE. L'accertamento del diritto soggettivo è possibile solo se ricorrono due condizioni: 1) si tratti di una controversia non complessa + 2) l'attività istruttoria necessaria per giungere all'accertamento del diritto deve essere semplice (cioè eseguibile attraverso pochi passaggi processuali). Le garanzie sono inferiori rispetto a quelle della tutela ordinaria, ma le tempistiche sono minori. Il rischio è che la decisione sia meno corretta e giusta. È un rischio sostenibile finché si affrontano controversie semplici
- [Tutela giurisdizionale esecutiva](#). Tutela giurisdizionale consequenziale, almeno generalmente, della tutela cognitoria → può essere richiesta e concessa, di solito, solo a seguito del conseguimento della tutela cognitoria (e quindi dell'accertamento del diritto soggettivo). questa tutela mira a dare attuazione forzata (coattiva, e quindi anche contro la volontà della parte interessata) del diritto

soggettivo accertato e dichiarato nella sentenza di cognizione per conseguire la realizzazione del diritto soggettivo accertato.

Solo un particolare tipo di tutela cognitoria si presta a fare da presupposto alla tutela esecutiva → tutela condannatoria. Se si ha inadempimento di un rapporto obbligatorio, la legge processuale consente attraverso quel tipo di tutela cognitoria che si chiama condanna, di ottenere un provvedimento con cui il giudice, accertando il diritto di credito, che obbliga con forme speciali il debitore a fare quello che non ha fatto spontaneamente. Cosa può fare il debitore? Può decidere spontaneamente di adempiere oppure può continuare a fregarsene. Per evitare che il suo comportamento illegittimo leda al creditore, si consente a quest'ultimo di agire esecutivamente ← ottiene l'attuazione forzosa che è, per esempio, il pignoramento del patrimonio del debitore nel caso di un debito/credito. La sentenza condannatoria è un tipo di sentenza cognitiva. Il diritto, una volta accertato con una condanna, consente al creditore di ottenere la realizzazione concreta e coattiva della sua pretesa. Il codice ammette l'accesso alla tutela esecutiva anche se il titolo che dichiara l'esistenza del diritto è diverso da una sentenza dichiarativa. Vi sono una serie di momenti della tutela che sono analoghi a quelli della tutela cognitoria:

- Azione: diritto di agire per ottenere l'esecuzione forzosa
 - Processo di esecuzione: procedimento attraverso cui si ottiene l'esecuzione
 - Provvedimento di esecuzione (non possiamo parlare di sentenza)
 - Opposizione all'esecuzione e opposizione agli atti esecutivi. Non possiamo parlare di regime impugnatori, ma tutt'al più di giudizi oppositivi (di primo grado e autonomi) a seconda che si vada a contestare il diritto del creditore di agire nelle forme dell'esecuzione o la regolarità formale di uno degli atti dell'esecuzione
- [Tutela giurisdizionale cautelare](#). Tutela giurisdizionale che costituisce una premessa della tutela cognitoria. Così come la tutela esecutiva è una conseguenza logica e giudica della cognizione, così la tutela cautelare è una premessa logica e giuridica della cognizione. Con la tutela cautelare, l'ordinamento vuole assicurare una salvaguardia del diritto soggettivo quando vi è il sospetto di una probabile lesione del diritto e tale salvaguardia è realizzata attraverso o l'imposizione di un vincolo temporaneo di indisponibilità patrimoniale o attraverso l'anticipazione temporanea di alcuni effetti della cognizione (cioè della sentenza dichiarativa).

Un creditore sa che il debitore potrebbe assumere un comportamento lesivo dei suoi interessi quando viene a conoscenza di un processo cognitorio nei suoi confronti, cioè quando viene a sapere che è stato avviato un processo esecutivo per ottenere una condanna all'adempimento. Cosa potrebbe fare il debitore? Potrebbe versare il proprio patrimonio a terzi, così che il suo patrimonio risulti incapiente se il creditore ottiene l'azione ← azione revocatoria: strumento a tutela della garanzia patrimoniale (2740 cc). Se veniamo meno a questa regola, compiamo un atto fraudolento. C'è l'azione revocatoria implica l'esercizio di un nuovo processo di cognizione. Nel frattempo, l'acquirente può aver venduto il patrimonio al terzo.

Posso tutelare la garanzia patrimoniale attraverso l'esercizio della tutela cautelare. 2900 e ss → azione surrogatoria + azione revocatoria + sequestro conservativo.

La tutela cautelare non è solo una premessa della cognizione, ma è anche strumentale alla cognizione, è proiettata verso la cognizione.

TUTELA GIURISDIZIONALE DI COGNIZIONE:

Quali sono le forme di manifestazione della tutela cognitoria? Il nostro ordinamento presenta tre diversi tipi in funzione del tipo di lesione del diritto soggettivo che viene lamentata. Le tre tipologie di lesione hanno in comune il fatto che essa possa essere rimediata in ogni caso attraverso un provvedimento del giudice (sentenza), nel quale è anzitutto accertata l'esistenza o il modo d'essere del diritto soggettivo leso → in tutti e tre i casi si rimedia alla lesione con un provvedimento che anzitutto dichiara l'esistenza del diritto. Le forme della tutela di cognizione sono 3:

- A. Tutela di [mero accertamento](#)
- B. Tutela [condannatoria](#)
- C. Tutela [costitutiva](#)

Indipendentemente dalla forma di tutela, la cognizione rappresenta la reazione ad un evento lesivo del diritto soggettivo imputabile al comportamento di uno o più soggetti.

Solitamente, quando dobbiamo esaminare un tipo di tutela cognitoria, dobbiamo sempre essere in grado di individuare un tipo di evento lesivo di un diritto soggettivo ← presupposto che costituisce elemento caratterizzante della tutela di cognizione. Ovviamente, c'è sempre l'eccezione, costituita in questo caso dalla tutela costitutiva, che in ogni caso può essere promossa anche in assenza di un elemento lesivo (es. azione di divorzio tra i coniugi).

Altro elemento comune è che per ogni tipo di tutela cognitoria, l'ordinamento riconosce quello che possiamo definire il diritto di azione, cioè il diritto di agire in giudizio per avere tutela giurisdizionale.

Quando siamo in presenza di un tipo di tutela cognitoria, vuol dire che siamo in una situazione in cui è attribuito dall'ordinamento alla parte che ha subito l'evento lesivo l'ulteriore diritto di natura diversa da quello leso avente ad oggetto la possibilità di agire in giudizio (per tutelare quello leso) ← differenza di natura tra diritto leso e diritto di azione: il diritto leso è un diritto soggettivo di natura sostanziale, il diritto di azione è un diritto soggettivo di natura prettamente processuale.

L'**azione** è un concetto teorico che ha assunto la sua rilevanza pratica e teorica solo in tempi recenti → è il frutto della pandettistica tedesca dell'800. Il diritto di azione come concetto su cui si basa il diritto processuale civile è il risultato di una sorta di maturazione/emancipazione di questa materia. Il diritto di azione come concetto viene elaborato quando si attribuisce rilevanza pratica e scientifica autonoma al diritto processuale civile, autonoma rispetto al diritto civile sostanziale. Per secoli, lo studio del processo civile è stato soltanto procedura civile, cioè una prassi operativa, un diritto unicamente giudiziario. Solo con la riflessione dogmatica della pandettistica tedesca ottocentesca, lo studio del processo civile è progressivamente diventato diritto processuale civile, cioè un sistema autonomo di analisi del processo civile, formato da propri principi e regole.

Il fatto che il processo sia il risultato dell'esercizio di un diritto diverso dal diritto leso permette di studiare autonomamente il processo civile, ma soprattutto permette di costruire un sistema di garanzie processuali autonomo e distinto rispetto la sfera del diritto soggettivo (del diritto civile sostanziale).

A chi viene riconosciuto il diritto d'azione e a quali condizioni?

L'elaborazione teorica del concetto di azione si è anzitutto caratterizzata per aver introdotto una fondamentale distinzione: questa distinzione si è resa possibile grazie all'emancipazione del diritto processuale civile:

- **RITO** → tutto ciò che è rito allude a quei requisiti/presupposti che condizionano la corretta e valida instaurazione del processo. la tutela giurisdizionale può essere erogata solo se il processo si instaura e prosegue in presenza di alcuni presupposti che ne assicurano validità ed efficacia. I requisiti che compongono l'elemento del rito sono quegli elementi che assicurano un'astratta meritevolezza della domanda giudiziale di essere esaminata e decisa. Questi elementi, quindi, assicurano che la parte titolare del diritto soggettivo ha agito in giudizio in maniera coerente con le finalità proprie della tutela giurisdizionale del diritto. Il fatto che ci siano i presupposti processuali non significa che chi ha proposto la domanda abbia ragione, ma lo rendono meritevole di essere preso in considerazione dal giudice. Il rito è l'accertamento dei presupposti che conducono all'accertamento dell'ammissibilità o meno della domanda. È il momento preliminare del processo civile consistente nella presenza dei requisiti attinenti alla valida ed efficace instaurazione del processo. presupposti processuali che riguardano le parti del processo sono, per esempio, la capacità delle parti di stare in processo. Vi sono, inoltre, presupposti che riguardano il giudice. Ci sono anche presupposti attinenti all'esercizio del diritto di azione, che ci permettono di capire, quindi, chi può esercitare il diritto d'azione*.
- **MERITO** → diritto soggettivo fatto valere. Questo attiene solo al profilo sostanziale della controversia e quindi all'esistenza o al modo di essere del diritto soggettivo dedotto in giudizio. Non si fa più riferimento alla valida ed efficace instaurazione del processo, ma si fa riferimento all'accertamento dell'evento lesivo e quindi del diritto soggettivo leso. Il merito, quindi, è l'insieme degli elementi di fatto e di diritto relativi alla situazione sostanziale dedotta in giudizio che determina la fondatezza o meno della domanda.

Rito e merito caratterizzano qualsiasi processo civile e sono il risultato del riconoscimento del concetto di azione. Non basta chiedere la tutela del diritto soggettivo per ottenere la tutela, ma serve che la richiesta sia. Fatta a certe condizioni (nel rispetto di certi requisiti processuali).

Se la domanda non possiede i presupposti processuali, deve essere giudicata **inammissibile** e quindi **non potrà essere esaminata nel merito** (e quindi non si potrà guardare al diritto soggettivo eventualmente leso). Se invece sono presenti tutti i presupposti processuali e quindi la domanda è **ammissibile**, allora il giudice è autorizzato ad **esaminarne il merito**.

*I requisiti processuali attinenti all'azione, la cui sussistenza è indispensabile ma non da sola sufficiente a determinare l'ammissibilità della domanda, sono due:

1. **Legittimazione ad agire**: affermazione nella domanda che colui che agisce in giudizio è il titolare del diritto soggettivo fatto valere. È legittimato ad agire colui che, esercitando l'azione, dichiara (allega) di essere titolare del diritto soggettivo che sta facendo valere.

È un requisito molto più teorico che concreto. In realtà, ci sono dei casi previsti dalla legge in cui è consentito anche a chi non è titolare del diritto di far valere un diritto altrui nel proprio interesse (es. azione surrogatoria (es. se io sono creditore e il mio debitore a sua volta è creditore, ma non richiede il suo credito, dato che ciò va a mio svantaggio, l'azione surrogatoria mi permette di sostituirmi in giudizio per la tutela del diritto di credito del mio debitore, affinché alla fine io riesca a riscuotere il mio credito, il cd creditore surrogante). La presenza di queste azioni di sostituzione processuale ha creato tensione.

Per agire in giudizio legittimamente non serve anche essere effettivamente titolari del diritto, ma è sufficiente dichiararsi tali. Infatti, la dichiarazione appartiene al momento del rito. Quello della realtà sostanziale, invece, è il momento del merito. Si è quindi titolari del diritto di azione anzitutto se si afferma nella domanda di essere titolari del diritto.

2. **Interesse ad agire**: vi è interesse ad agire nella misura in cui, chi si afferma titolare del diritto fatto valere, afferma anche che il diritto è stato leso da un comportamento altrui e quindi ha bisogno della tutela giurisdizionale per porre rimedio alla lesione. Il fatto che la domanda sia ammissibile anche solo a seguito dell'affermazione e non della verifica di un diritto effettivamente leso è nuovamente conseguenza della distinzione tra rito e merito.

A) TUTELA DI MERO ACCERTAMENTO:

È una forma meno frequente di tutela cognitoria, poiché non è così frequente che sia sufficiente un mero accertamento per dare tutela ad un diritto soggettivo. L'accertamento, però, costituisce la base imprescindibile anche delle altre due forme di tutela cognitoria (B e C). nei casi B e C, però, oltre all'accertamento, vi è anche qualcos'altro. L'accertamento è il minimo comune denominatore di tutte e tre le forme di tutela cognitoria. **Nel caso della tutela di mero accertamento, l'accertamento è anche l'unico elemento di tutela.** Negli altri due casi, vi è un ulteriore elemento di tutela oltre all'accertamento.

Quando il mero accertamento dell'esistenza del diritto è sufficiente a tutelare il diritto? Dipende dal tipo di lesione cagionata al diritto soggettivo. **Il mero accertamento è una tutela sufficiente se il diritto è stato leso da un evento consistente nella semplice negazione illegittima del diritto altrui.** la lesione consiste in un comportamento che implica la negazione dell'esistenza di un diritto soggettivo.

Questa negazione illegittima si può ritrovare in tre tipi di comportamento:

- **Contestazione del diritto altrui**: negarne l'esistenza o negarne certe caratteristiche essenziali. Se ne parla in rapporto allo specifico evento che si è storicamente e concretamente verificato. L'azione di mero accertamento consente, attraverso l'accertamento dell'esistenza del diritto soggettivo, che l'esistenza ed il modo d'essere del diritto sia dichiarato e che quindi ne sia riconosciuta attraverso la sentenza l'esistenza. Un esempio è l'azione di rivendica, azione a tutela della proprietà. È un'azione finalizzata ad ottenere l'accertamento del diritto di proprietà in capo a colui che promuove l'azione stessa. Vi fa ricorso chi contesta la proprietà di un certo bene in capo ad altri. In questi casi

si avrà il riconoscimento e la conseguente dichiarazione del diritto di proprietà in capo a chi ha promosso la domanda.

- Affermazione di un diritto soggettivo incompatibile col diritto altrui: il soggetto responsabile della lesione non si limita a contestare il diritto altrui, ma afferma di essere a sua volta titolare di un diritto soggettivo incompatibile con quello di cui è titolare la controparte. Il comportamento lesivo può ad esempio consistere nel fatto che taluno afferma di essere titolare di un diritto di servitù di passaggio sul fondo altrui. Il diritto di servitù è un diritto reale minore. In questo caso non c'è una diretta negazione del diritto altrui, tuttavia afferma di essere titolare di un diritto incompatibile col diritto di piena proprietà altrui. Il proprietario, quindi, si vede leso il proprio diritto.
- Insorgenza di una situazione di apparenza giuridica: vi sono situazioni in cui la conclusione di negozi giuridici porta a creare un rapporto giuridico che è solo apparente (es. contratto nullo). La lesione non sta nella contestazione diretta o indiretta di una situazione giuridica, ma sta nell'affermazione di una situazione di apparenza giuridica: nell'affermazione di una pretesa sostanziale basata su una condizione di apparenza giuridica (contratto nullo o contratto simulato). Esigere un credito derivante da un contratto nullo costituisce una lesione per colui nei cui confronti la pretesa è fatta valere (lesione rimediabile col mero accertamento della nullità del contratto o della sua simulazione).

Ricordiamoci sempre di distinguere tra l'esercizio del diritto e la realizzazione del diritto. Esercitare il diritto vuol dire avvalersi di tutte le facoltà che la legge ricomprende, in cui viene a concretizzarsi il diritto soggettivo. La realizzazione del diritto consiste invece nel conseguimento dell'utilità sostanziale del diritto soggettivo.

Per i diritti reali, i due momenti si realizzano allo stesso istante, sono contestuali. Per i diritti relativi (es. diritto di credito), invece, i due momenti sono distinti.

La sentenza di mero accertamento ha un'efficacia retroattiva (effetto dichiarativo dell'esistenza o meno del diritto soggettivo) che dipende dalla formazione del giudicato. Efficacia retroattiva vuol dire che l'accertamento non può produrre effetti nel momento in cui la sentenza viene emanata, ma deve retroagire ad un momento anteriore, il momento in cui si è messa in discussione l'esistenza del diritto. Se non ci fosse efficacia retroattiva, sussisterebbe un periodo di tempo di incertezza del diritto.

L'efficacia retroattiva non scaturisce dalla pronuncia della sentenza, ma l'efficacia retroattiva scaturisce dal passaggio in giudicato della sentenza, ossia dal momento in cui la sentenza consegue quella condizione di stabilità e certezza data dal nostro ordinamento dal giudicato (o non aver esperito i mezzi di impugnazione in tempo o averli esperiti tutti con sostanziale conferma della sentenza).

B) TUTELA COGNITORIA CONDANNATORIA:

La tutela di condanna ha una rilevanza fondamentale pratica. L'80% delle cause civili di cognizione sono cause condannatorie. Raramente le cause civili di cognizione hanno contenuto di mero accertamento o costitutivo.

L'elemento fondamentale è il tipo di lesione: la tutela condannatoria è il rimedio non ad una semplice negazione illegittima del diritto altrui, ma è il rimedio ad una lesione che consiste nell'inadempimento di un rapporto obbligatorio. Non importa quale è il titolo e quindi la fonte del rapporto obbligatorio, la lesione è la mancata corretta esecuzione della prestazione che è oggetto del rapporto obbligatorio.

Il diritto civile sostanziale ci ha insegnato che l'inadempimento del rapporto obbligatorio implica una responsabilità, implica cioè l'insorgenza di un'ulteriore obbligazione avente ad oggetto il risarcimento del danno provocato dall'inadempimento dell'obbligazione. La tutela condannatoria si inserisce in questo discorso, perché è lo strumento con cui è possibile, a seconda dei casi, rimediare non solo all'inadempimento dell'obbligazione primaria (quella derivante dal contratto o dalla legge sostanziale), ma anche all'inadempimento dell'obbligazione secondaria (quella che costituisce già una prima forma di tutela dell'ordinamento alla violazione della legge).

Si può ricorrere alla tutela condannatoria sia quando viene violata l'obbligazione derivante da un contratto o da un altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazione (1173 cc), sia quando si deve reagire

all'inadempimento dell'obbligazione di risarcimento del danno derivante dall'inadempimento dell'obbligazione contrattuale (o altro atto o fatto).

Se ho un contratto di compravendita, so che questo produce effetti obbligatori. Cosa succede se uno di questi effetti obbligatori non viene adempiuto? L'inadempimento configura una lesione rimediabile attraverso una tutela condannatoria.

Può anche darsi che davanti all'inadempimento di un'obbligazione, la parte non inadempiente perda interesse ad ottenere l'adempimento del contratto ad opera della controparte, aspirando a liberarsi anch'essa dal vincolo contrattuale ← può ottenere tale risultato attraverso la risoluzione del contratto per inadempimento. La parte non inadempiente, però, può anche chiedere la condanna della parte inadempiente al risarcimento del danno.

La tutela condannatoria è una sorta di sviluppo rimediabile della tutela di mero accertamento: in forza del tipo di lesione (inadempimento), non è più sufficiente solo accertare che esiste il diritto leso, ma serve anche qualcosa in più, cioè la condanna (imposizione alla parte responsabile dell'inadempimento di un specifico obbligo giudiziale di adempimento).

Il tipo di lesione ci fa capire non solo in cosa consiste la condanna, ma ci fa anche capire quale è la categoria di diritti soggettivi che maggiormente saranno tutelati in via condannatoria → non diritti assoluti ma diritti relativi, come i diritti di credito.

La caratteristica dei diritti relativi attiene al rapporto tra esercizio e realizzazione del diritto. I diritti di credito, come tutti i diritti relativi, mentre possono essere esercitati liberamente dal loro titolare, possono essere realizzati solo attraverso la spontanea cooperazione del debitore. Il creditore esercita il suo diritto di credito richiedendo l'adempimento, ma la realizzazione del credito dipende solo dal debitore.

Ciò che nei diritti assoluti si verifica contestualmente, nei diritti relativi si verifica necessariamente in due momenti separati.

Per capire quanto è efficace la tutela condannatoria, si deve fare riferimento agli effetti della sentenza che accoglie l'azione di condanna. La sentenza di condanna produce tre diversi tipi di effetti:

1. **EFFICACIA ESECUTIVA** 282 cpc → la sentenza di condanna, a differenza ad esempio della sentenza di mero accertamento, è idonea a costituire titolo esecutivo. È idonea, quindi, a *legittimare il creditore a compiere gli atti processuali che consentono l'avvio di un processo esecutivo nei confronti del debitore*, ogniqualvolta quest'ultimo non cooperi alla realizzazione del diritto di credito e quindi non adempia spontaneamente a quanto non solo era previsto nel titolo dell'obbligazione inadempita, ma anche a quanto prescritto nell'obbligo giudiziale condannatorio. La caratteristica dell'efficacia esecutiva è un tratto saliente della tutela condannatoria, per molte ragioni: dà concretezza a questa tutela + in tempi relativamente recenti, questa efficacia esecutiva è divenuta immediata. La sentenza di condanna, quindi, produce un effetto esecutivo (che invece la tutela di mero accertamento non produce) + l'effetto esecutivo si produce dal momento della pubblicazione della sentenza (e non dal momento del passaggio in giudicato della sentenza). Con la pubblicazione, la sentenza è resa nota alle parti. Ma nel momento in cui è pubblicata può ancora essere impugnata e quindi modificata ← ciò nonostante, la sentenza condannatoria è immediatamente esecutiva dal momento della pubblicazione. L'ordinamento si assume un rischio molto forte nel fare ciò. Le cose non sono sempre andate così → questo assetto delle cose (efficacia immediata) è stato introdotto nel 1990 con la legge 353/1990. Questo provvedimento ha modificato moltissimo il processo di cognizione in primo grado. Una delle novità più significative fu l'introduzione dell'efficacia esecutiva immediata della sentenza condannatoria in primo grado. In particolare, la regola fu introdotta nell'art. 282 del cc → tutte le sentenze di condanna di primo grado sono immediatamente esecutive. Prima del 1990 accadeva esattamente il contrario: la sentenza aveva efficacia esecutiva, ma essa dipendeva dal suo passaggio in giudicato e quindi bisognava aspettare che la sentenza divenisse incontrovertibile. Solo in casi particolari, il creditore dopo la sentenza poteva chiedere con istanza al giudice di riconoscere eccezionalmente un'efficacia esecutiva immediata. Quale è la filosofia di fondo di questo cambio normativo? La tutela del credito e della circolazione della ricchezza.

****** L'efficacia esecutiva viene equilibrata da un altro meccanismo: il legislatore del 1990 ha riconosciuto efficacia immediata, ma ha riconosciuto anche al debitore la possibilità di inibire l'efficacia immediata chiedendo al giudice di sospenderla immediatamente. Può farlo quando sussistono gravi e fondati motivi.

Significa che sussistono ragioni che fanno ritenere probabile che la sentenza di condanna è affetta da qualche errore. Significa, in secondo luogo, che nel caso concreto un'efficacia immediatamente esecutiva è pregiudizievole, è dannosa per il creditore condannato. Es. la condanna prevede il pagamento immediato di 10k, ma io sono una società multinazionale che ha un PN di svariate decine di miliardi di euro. La sentenza è ingiusta e quindi se riesco a dimostrare ciò posso chiedere l'inibitoria, ma in concreto il giudice non mi concederà questa sospensione, perché il fatto che un debitore di questo tipo sia costretto a pagare solo 10k non arreca in concreto un pregiudizio al debitore.

Questa sospensione è temporanea. Fino a quando dura? Fin quando il giudice dell'impugnazione non si pronuncia sulla sentenza di condanna. Se l'impugnazione è accolta, l'effetto sospensivo dell'efficacia esecutiva si cristallizza e la sentenza viene riformata e perde definitivamente il suo effetto esecutivo. Se l'impugnazione, invece, viene respinta, la sua efficacia esecutiva potrà tornare a prodursi immediatamente.

**

2. **EFFETTO IPOTECARIO** 2818 cc → si produce contestualmente al primo con la pubblicazione della sentenza. È l'attribuzione al creditore, che già ha il diritto di agire esecutivamente verso il debitore condannato, di un altro ulteriore diritto: il [diritto di iscrivere ipoteca sul patrimonio del debitore condannato](#). Iscrivere ipoteca significa compiere una formalità presso il registro immobiliare, formalità pubblicitaria che non ha efficacia così pari a quella della trascrizione, è un'efficacia pubblicitaria molto più forte. L'efficacia pubblicitaria di un atto di compravendita immobiliare serve a rendere l'atto anche opponibile ai terzi, nonostante sia già efficace tra le parti. L'iscrizione dell'ipoteca ha efficacia costitutiva: fintanto non iscrivi l'ipoteca, l'ipoteca non esiste. L'effetto ipotecario completa l'utilità sostanziale dell'effetto esecutivo. I due effetti si completano a vicenda e lo capiamo per es. con l'art. 2741 cc, articolo che è corollario del 2740, norma in cui viene prevista e tutelata la garanzia patrimoniale. Il 2741 completa il 2740 con il principio della par condicio creditorum: tutti i creditori hanno eguale diritto di soddisfarsi sul patrimonio del debitore. In presenza di due o più creditori, si presume che questi abbiano uguale diritto nei confronti del patrimonio del debitore, salvo che per le legittime cause di prelazione. L'unico elemento che la legge civile prevede come idoneo per modificare la par condicio sono le cause di prelazione: privilegio, pegno e ipoteca → differenza tra creditori chirografari e creditori prelazionari. I prelazionari si soddisfano legittimamente con preferenza rispetto ai chirografari sul patrimonio del debitore. con la sentenza di condanna, quindi, serve anche l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale che dà la preferenza rispetto agli altri creditori. Possono esserci più creditori prelazionari (e in particolare ipotecari). Come stabilire chi viene prima? Ci sono da un lato le regole del cc, ma soprattutto c'è il semplice criterio cronologico: quando due creditori ipotecari hanno le stesse caratteristiche, prevale quello dei due che ha iscritto per primo l'ipoteca.
3. **EFFETTO PRESCRIZIONALE** → questo effetto dipende dal passaggio in giudicato della sentenza. Stabilisce che, quando la sentenza di condanna passa in giudicato, [il termine prescrizionale del credito diventa per legge](#) (automaticamente) [un termine decennale](#), indipendentemente da quello che era il suo regime originale. È una sorta di *misura premiale* per il creditore che ha non solo chiesto ed ottenuto tutela, ma ha anche perseverato nel difendere il suo diritto fino al passaggio in giudicato della sentenza.

FORME SPECIALI DI TUTELA CONDANNATORIA:

L'ordinamento, allo scopo di rendere efficace la tutela condannatoria, prevede in alcuni casi delle forme speciali di condanna.

Da cosa dipende la loro specialità? Dipende sostanzialmente dal modo particolare in cui si presenta una delle due condizioni dell'azione a cui abbiamo accennato prima, cioè l'interesse ad agire. Gli elementi essenziali dell'azione (le condizioni) sono due: la legittimazione ad agire e l'interesse ad agire. Questi due sono presupposti processuali: requisiti la cui presenza assicura la valida instaurazione del processo. la loro presenza non riguarda il merito della domanda (la vicenda sostanziale), ma il rito (la valida instaurazione del rapporto processuale). Se ci sono i due elementi, la domanda è valida per essere esaminata dal giudice. Per questa ragione, le condizioni dell'azione si esprimono in forma di allegazione, cioè di dichiarazione.

Vi è **legittimazione ad agire** quando si allega nell'atto propositivo dell'azione di essere titolare del diritto assoluto/relativo di cui chiede tutela.

Vi è **interesse ad agire** quando la parte che propone un'azione di cognizione allega, cioè dichiara, che il suo diritto assoluto/relativo ha subito una lesione. L'interesse ad agire rappresenta la manifestazione del bisogno di tutela giurisdizionale ad opera della parte; dicendo che ha subito una lesione alla propria sfera giuridica manifesta il bisogno della sentenza.

Si ritiene che vi sia un interesse ad agire idoneo a proporre una domanda ammissibile solo se la lesione rappresentata è **concreta ed attuale** ← lesione che la parte può dire essersi già verificata + che ha arrecato un conseguente pregiudizio patrimoniale concreto.

Vi sono situazioni in cui è possibile ricorrere alla tutela condannatoria anche se la lesione, o parte di essa, non si è ancora verificata nel momento in cui si chiede la tutela. Questa prima evenienza dà vita alla prima forma di condanna speciale → **CONDANNA IN FUTURO**: si può ottenere oggi la condanna del debitore a fare qualcosa, anche se oggi non si è ancora verificato l'inadempimento a cui quella condanna dovrebbe porre rimedio. È quindi una condanna per l'eventualità che in futuro si verifichi una lesione e ci sia un interesse ad agire. **

Il secondo tipo di condanna speciale riguarda i casi in cui l'interesse ad agire non è ancora pienamente definito, perché ciò che è certo nel momento in cui si propone la domanda di condanna è solo l'esistenza del diritto di credito ma non anche l'ammontare della sua prestazione.

** Ipotesi della **MISURA COERCITIVA INDIRECTA** (esempio di condanna in futuro) → art. 614-bis cpc. È una norma introdotta nel 3° libro del codice, quello relativo al processo esecutivo, perché il legislatore ha voluto disciplinare questa forma di condanna principalmente dal pov della sua esecuzione, dal pov del modo in cui darne attuazione in via esecutiva. Alla base di questa efficacia esecutiva c'è una sentenza di condanna. Perché questa è una condanna in futuro (e quindi prescinde da una lesione attuale e concreta)? Perché è pensata come rimedio ai casi di inadempimento di particolari tipi di obbligazioni, ossia le obbligazioni che hanno ad oggetto un non fare o un fare infungibile.

Inadempimento di obbligazione di fare infungibile → es. un privato commissiona ad un artista un'opera d'arte. Cosa succede se la scadenza non viene rispettata? C'è un inadempimento e quindi una lesione rimediabile con condanna. La condanna avrà ad oggetto un obbligo giudiziario di eseguire la prestazione dovuta (cioè la consegna dell'opera d'arte) + l'obbligo giudiziario di condanna per il risarcimento del danno. Il giudice accerta l'inadempimento e anche il diritto al risarcimento del danno. Nonostante la sentenza di condanna, il debitore non adempie → ho l'efficacia esecutiva, ma cosa me ne faccio rispetto ad una prestazione infungibile? L'esecuzione forzata consente l'espropriazione del patrimonio del debitore per soddisfare il creditore, ma il creditore qui non vuole soldi, vuole il contratto adempiuto, vuole l'opera ← **limite dell'esecuzione forzata, che offre realizzazione del diritto solo per equivalente, cioè solo per prestazioni FUNGIBILI**. La misura coercitiva indiretta offre un rimedio a ciò: una realizzazione indiretta del credito infungibile → prevede la condanna futura del debitore a pagare una somma di denaro nel caso in cui si rendesse inadempiente all'obbligo giudiziario di condanna l'infungibile. Il debitore viene condannato ad eseguire il quadro + viene già condannato a pagare un certo danno nel caso in cui non adempia. Questa misura realizza un diritto di credito infungibile rendendolo fungibile, rendendolo un diritto di credito pecuniario. Nel momento in cui l'artista, cioè il debitore, viene condannato oltre che al fare infungibile anche ad un eventuale pagamento di una somma di denaro, non c'è ancora un interesse ad agire per la condanna del pagamento di una somma di denaro, perché in quel momento non c'è ancora certezza, non si sa ancora se il debitore adempirà o meno. La misura coercitiva indiretta è un'eventualità, la lesione non si è ancora verificata, non è attuale.

Come viene eseguita la condanna speciale? Prevedendo il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Le due fattispecie sono diverse: l'esempio del fare infungibile è la seconda parte della norma. trattandosi di una condanna è immediatamente esecutiva → scaturisce al momento dell'inadempimento all'obbligo condannatorio relativo al fare infungibile. In casi come il nostro, è lo stesso creditore che stabilisce discrezionalmente quando l'inerzia del debitore diventa inadempimento. Dipende dalla specificità del singolo rapporto.

614-bis, ultimo co. Ci aiuta a capire come determinare la somma dovuta. Ci sono quattro parametri:

- Il valore della controversia, che attiene quasi esclusivamente al valore della domanda giudiziale. Nel nostro esempio sarà il valore del contratto o della prestazione. più alto è il valore della controversia, più alta sarà la somma che comporrà la misura coercitiva indiretta perché il sanno darà maggiore
- Natura della prestazione → prestazione infungibile che richiede l'applicazione di competenze tecniche ma meccaniche, oppure di competenze tecniche ma artistiche. Si tratta sempre di una prestazione infungibile, ma cambia la natura del facere.
- Danno quantificato prevedibile → il danno potrà essere quantificato o comunque prevedibile dalla parte sulla base di parametri statistici. Più alto è il danno che la parte dimostra, più alta sarà la somma che spetterà
- Clausola generale → ogni altra circostanza utile

Questa condanna può trovare applicazione non solo in casi di facere infungibile, ma anche in casi di non facere. Tutto quello che abbiamo detto è replicabile in rapporto alle obbligazioni di non facere. La differenza è che l'inadempimento consiste in un fare illegittimo. Anche in questo caso, laddove il contraente obbligato abbia per esempio costruito oltre l'altezza pattuita, si verifica una lesione che può essere scarsamente rimediata attraverso la semplice condanna → ci troviamo davanti ad un tipo di prestazione oggetto dell'obbligazione che non è agevolmente replicabile da parte di un terzo. Dare esecuzione all'obbligo condannatorio di non facere, quindi di non costruire oltre una certa altezza, quando l'obbligazione da cui è derivato l'obbligo condannatorio, è stata violata, significherebbe distruggere la porzione di costruzione che supera l'altezza consentita, ma in molti casi questo evento coercitivo è infungibile, cioè non replicabile da un terzo, in particolare dall'organo dello stato a cui è richiesta l'esecuzione.

La misura coercitiva indiretta consente una indiretta coercizione dell'obbligo di non facere che direttamente non è coercibile.

Il creditore può chiedere una condanna in futuro del debitore per il caso in cui il debitore resti inadempiente all'obbligo di non facere, in modo che il debitore sia dovuto a trasferire una somma di denaro secondo i termini del 614-bis.

La misura coercitiva indiretta prenderà luogo dall'iniziativa del creditore, il quale immediatamente può avvalersi di un titolo esecutivo nei confronti del debitore che non ha rispettato nemmeno l'obbligo condannatorio.

Nel nostro ordinamento ci sono altre ipotesi tipiche di condanna in futuro. Un'altra che possiamo incontrare segue lo stesso ragionamento della prima citata. Attiene ai rapporti di locazione di immobili o di aziende. Il cpc nel 4° libro prevede alcuni provvedimenti speciali con cui si può ottenere la risoluzione del contratto di locazione o in caso di scadenza del termine (finita locazione) o per morosità (mancato pagamento dei canoni). Nel caso in cui il locatore ritenga intimare lo sfratto per morosità, sulla base dei canoni già scaduti fino a quel momento, può chiedere oltre che la condanna a pagare i canoni scaduti anche la condanna futura del debitore a pagare i canoni che scadranno in futuro fino alla scadenza naturale del contratto.

Per i canoni non ancora scaduti, la condanna è una in futuro.

Il secondo tipo di condanna speciale riguarda i casi in cui l'interesse ad agire non è ancora pienamente definito, perché ciò che è certo nel momento in cui si propone la domanda di condanna è solo l'esistenza del diritto di credito ma non anche l'ammontare della sua prestazione.

→ **CONDANNA GENERICA**. La specialità di questa condanna consiste nel fatto che, nel momento in cui si propone, la domanda non è ancora pienamente determinata l'interesse ad agire perché non è ancora certo il quantum, l'ammontare della prestazione oggetto del credito. È una condanna generica, che si limita ad accertare l'AN, il se del credito, vale a dire la sua esistenza, riservando ad un secondo momento l'accertamento del quantum. Questo secondo momento può essere o la restante parte dello stesso processo di cui si è già accertato l'AN, oppure un altro processo. È formalmente una sentenza di condanna,

ma nella sostanza è una sentenza di mero accertamento → si limita ad accertare il diritto di credito e ad accertarne l'esistenza o meno.

[Nel momento in cui si chiede e si ottiene la condanna, l'interesse ad agire non si è ancora pienamente specificato. È certo l'AN del credito, ma non è ancora stato determinato il quantum del credito → è certo l'aspetto della lesione che consiste nel fatto che c'è stata una lesione, cioè un inadempimento, ma non è ancora certo a quanto ammonta la sua prestazione.]

Il 278 cpc consente al creditore di chiedere al giudice la pronuncia di una sentenza (sentenza di condanna generica) che si limiti a dichiarare l'esistenza o meno del diritto di credito. Questa sentenza, dunque, è una sentenza che da sola non è in grado di definire la controversia. Non è in grado di esaurire da sola la lite intercorrente tra le parti, come per la condanna tradizionale, vera e propria, in cui il giudice determina l'AN e il quantum.

Si dice, infatti, che questa è una sentenza non definitiva, perché non è in grado di concludere la controversia, ma lascia ancora aperto un profilo di contesa, che può addirittura smentire la precedente decisione, cioè la condanna generica.

La sentenza di condanna generica è formalmente una sentenza di condanna, ma nella sostanza è una pronuncia di mero accertamento del diritto di credito (con esclusivo riferimento alla sua esistenza) dotata di una sua efficacia, *l'efficacia ipotecaria*.

La sentenza di condanna generica non può produrre effetto esecutivo immediato, perché non si può dare applicazione ad una sentenza che non dà certezza del quantum, di quale parte del patrimonio del debitore può essere espropriata.

Il nostro ordinamento consente di ottenere una sentenza di condanna generica indipendentemente da quello che può essere l'interesse del creditore rispetto al quantum ← consente di richiedere anche solo la sentenza generica, rinviando ad un distinto e secondo ed autonomo processo la determinazione del quantum. La sentenza che determina il quantum, invece, è una sentenza definitiva.

La sentenza determinativa del quantum, nel definire la causa (cioè nel chiarire l'ultima questione rimasta incerta, ossia l'ammontare della prestazione) ingloba in sé anche la sentenza di condanna generica. Non può esistere una sentenza che si limita ad accertare un fatto se questo non si riferisce ad un diritto soggettivo tenuto in giudizio. Infatti, il contenuto minimo dell'azione è un diritto soggettivo.

Può anche non accadere che la sentenza determinativa del quantum sia consequenziale alla condanna generica. Può anche darsi che la sentenza determinativa del quantum smentisca la condanna generica.

Mettiamo che il giudice accerta il diritto di tizio nei confronti di caio avente ad oggetto il risarcimento del danno derivante da un incidente stradale. Il creditore chiede la determinazione del quantum. È anche possibile che nonostante l'attività istruttoria non sia possibile quantificare il credito, ad esempio perché la parte non è stata in grado di fornire prove sufficienti. Se non è possibile dimostrare il quantum o se l'attività istruttoria del processo ha quantificato che il danno è pari a zero, la sentenza determinativa del quantum non solo ingloba la condanna generica, ma definisce la vicenda negando l'AN del credito. Le due sentenze non sono giuridicamente in contrasto, perché la prima sentenza non è una sentenza definitiva ma è aperta.

C) TUTELA COGNITORIA COSTITUTIVA:

La tutela cognitoria costitutiva mira ad ottenere, attraverso la cognizione di una situazione giuridica soggettiva, una mera innovazione dell'ordinamento giuridico e non il rimedio ad una lesione. un effetto che non costituisce direttamente rimedio ad un comportamento lesivo, ma costituisce innovazione dell'ordinamento, nei casi in cui questo è permesso dalla legge → il giudice può fare qualcosa di molto simile a ciò che in termini generali ed astratti fa la legge: costituire, modificare o estinguere una situazione giuridica soggettiva. la stessa definizione del contratto ci ricorda che l'autonomia privata si caratterizza per il fatto di innovare l'ordinamento giuridico nel rapporto tra privati. Questo stesso effetto è producibile anche l'attività giurisdizionale.

Innovare l'ordinamento al di fuori del processo è possibile nel nostro ordinamento attraverso il compimento di negozi giuridici. Alla base dei negozi giuridici che hanno un'efficacia costitutiva, modificativa o estintiva, vi è generalmente l'esercizio di un determinato diritto: il *diritto potestativo*.

Il diritto potestativo consiste nell'attribuzione di un vero e proprio potere in capo al titolare del diritto, a cui corrisponde una situazione di mera soggezione in capo al soggetto passivo del rapporto giuridico. Il soggetto passivo di un rapporto giuridico basato su diritti potestativi deve tollerare che il titolare del diritto potestativo eserciti anche nei suoi confronti i poteri che gli sono riconosciuti dalla legge. si parla di una situazione di mero pati (sopportare). Se in alcuni casi l'esercizio del diritto potestativo si può realizzare in via unilaterale, nella maggior parte dei casi l'esercizio del diritto potestativo si esercita per via negoziale → presuppone un accordo tra le parti. l'esercizio del diritto potestativo comporta l'innovazione dell'ordinamento → creazione di un nuovo diritto o modificazione di un diritto già esistente.

Es. divisione consensuale della cosa comune. Se più persone sono proprietarie dello stesso bene, ognuno ha il diritto alla divisione consensuale della cosa comune, la quale comporta l'estinzione del diritto di comproprietà tra i vari condomini + comporta la costituzione di nuovi diritti di proprietà individuali in capo a ciascuno degli ex proprietari.

Come entra in questo discorso la tutela cognitoria costitutiva? Prima di tutto, perché è possibile che, nonostante il negozio giuridico abbia prodotto l'effetto, questo non venga riconosciuto dalla parte che ne è destinataria ← la parte che ha interesse ad avvalersi dell'effetto costitutivo può rivolgersi al giudice, per fare cosa? Per accertare il diritto soggettivo prodotto attraverso il negozio giuridico, oppure la modificazione o l'estinzione del negozio giuridico.

Laddove la parte inadempiente contesti o il suo inadempimento o l'illegittimo esercizio della clausola risolutiva espressa, la controparte potrà avere interesse ad agire in giudizio per ottenere un accertamento dell'effetto costitutivo. In tal caso siamo ancora nella tutela di mero accertamento. La tutela cognitoria costitutiva interviene nei casi in cui la legge consente alla parte, laddove non sia stato possibile produrre l'effetto costitutivo per via negoziale, produrlo per via giurisdizionale. Cosa accade se non c'è la clausola risolutiva espressa e quindi un meccanismo di risoluzione? C'è la possibilità di ottenere questo effetto tramite il giudice: risoluzione del contratto per inadempimento. Questa è un'azione cognitoria costitutiva, perché consente alla parte non inadempiente di ottenere per via giudiziale lo stesso effetto costitutivo che avrebbe potuto ottenere per via negoziale se ci fosse stata la clausola esecutiva espressa. La tutela costitutiva si dice NON necessaria, perché non è l'unico modo per ottenere questo effetto, sarebbe possibile ottenere lo stesso effetto anche per via negoziale.

La tutela costitutiva si definisce *non necessaria* anche perché, quandanche ci fosse una clausola risolutiva espressa, comunque la parte non inadempiente potrebbe trascurare tale clausola e ricorrere direttamente al giudice. La contestazione della risoluzione ex lege da parte del debitore inadempiente è altamente probabile.

I casi in cui la tutela costitutiva è *necessaria* sono i casi in cui l'effetto costitutivo può prodursi solo mediante l'azione del giudice. Se voglio ottenere un determinato effetto, non posso che rivolgermi al giudice.

Vi è un tratto saliente comune sia alla tutela necessaria che a quella non necessaria: la carenza di un interesse ad agire. Non serve una vera e propria lesione della sfera giuridica della parte interessata per promuovere la tutela costitutiva.

Principio di tipicità della tutela cognitoria costitutiva, art. 2908 cc → stabilisce un principio che non vale né per la tutela di mero accertamento, né per quella condannatoria ← queste sono forme atipiche di tutela giurisdizionale, in quanto possono essere promosse a tutela di qualunque tipo di diritto soggettivo. **La tutela cognitoria costitutiva può essere fatta valere solo nei casi previsti dalla legge: "Nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa"** ← non è un caso che tutti gli esempi di tutela cognitoria costitutiva facevano riferimento a un'azione tipica. **In forza dell'art. 2908 gli esempi di tutela cognitoria costitutiva non possono che essere quelli previsti dalla legge.** Es. risoluzione del contratto per inadempimento: è possibile ottenere un effetto risolutivo mediante una sentenza solo perché la legge lo consente espressamente. Perché il L. riserva a sé in via esclusiva e tassativa il monopolio della definizione dei casi di tutela cognitoria costitutiva? La ragione risiede negli effetti di questa tutela, cioè l'innovazione dell'ordinamento giuridico sotto forma di creazione, modifica o estinzione di una situazione giuridica soggettiva, effetto che avvicina l'opera del giudice a quella del legislatore. Così come il L. attraverso la promulgazione della legge può creare nuovi

diritti, modificarli o estinguerli, così anche il giudice, seppur in rapporto a uno specifico caso concreto, laddove gli sia attribuito il potere giurisdizionale costitutivo.

Un ultimo aspetto attiene all'efficacia della sentenza costitutiva → produce un effetto di innovazione dell'ordinamento solo a partire dal momento in cui acquista l'efficacia di giudicato. Il motivo è sostanzialmente lo stesso di quello della sentenza dichiarativa: serve che sia preclusa la possibilità di contestare, mediante l'impugnazione, la decisione che produce l'effetto dichiarativo o quello costitutivo. Nel primo caso, la sentenza dichiarativa deve garantire certezza ad una situazione di incertezza provocata dalla lesione.

Nel caso di sentenza costitutiva, il giudicato serve perché comporta una modifica di un rapporto giuridico rispetto alla sua condizione precedente. Così come non può esserci pronuncia dichiarativa se non vi è stabilità e quindi piena certezza del provvedimento, così non può esservi innovazione dell'ordinamento giuridico se non vi è certezza e stabilità del provvedimento.

La sentenza dichiarativa produce i suoi effetti con il giudicato, ma retroattivamente. Così non è per la sentenza costitutiva, perché costituisce una nuova situazione giuridica → innovazione che non può che determinarsi nel momento in cui la sentenza è pronunciata ed è passata in giudicato, prima di quel momento manca la causa che genera l'innovazione dell'ordinamento giuridico → effetti irretroattivi che si producono a partire dal momento del passaggio in giudicato.

C'è poi un tema che è stato discusso in giurisprudenza: problema nei casi in cui la sentenza di cognizione ha un contenuto per così dire complesso. Di solito, chi propone la domanda avanza una singola istanza di tutela, ma può accadere che la vicenda lesiva sia complessa e idonea a generare più interessi ad agire → è idonea a giustificare più istanze di tutela. Possono essere di tipi diversi: la parte può lamentare tipi diversi di lesione e quindi cumulare nello stesso processo un'azione di mero accertamento e un'azione di condanna.

Es. azione di rivendica: chi la promuove, pur avendo subito una lesione, conserva il possesso del bene, ma spesso l'azione è proposta da colui che subisce una lesione del proprio diritto di proprietà in quanto gli è stato sottratto il bene. La lesione non consiste solo in una dichiarazione (il bene non è tuo, ma è mio), dichiarazione che difficilmente lesiona davvero, in quanto il bene è ancora nel possesso del proprietario; ma se la dichiarazione fosse fatta a parti invertite, non basterebbe un'azione di mero accertamento, sebbene sia un passato pregiudiziale ineludibile ← in questo caso l'azione di rivendica diventerebbe anche un'azione condannatoria, perché la parte chiede che la controparte che ha la disponibilità del bene (detenzione) sia condannata a restituire il bene a colui che è riconosciuto proprietario.

Allo stesso modo ci possono essere casi in cui la complessità della domanda deriva dal fatto che la parte propone cumulativamente un'azione costitutiva e un'azione condannatoria.

Es. risoluzione del contratto per inadempimento (1453 cc) → chi agisce per la risoluzione del contratto è anche legittimato a chiedere il risarcimento per l'inadempimento. Quando produce i suoi effetti una sentenza con cui il giudice risolve il contratto e condanna la parte a risarcire il danno? È difficile rispondere, perché la sentenza costitutiva produce i suoi effetti con il passaggio in giudicato, mentre la sentenza condannatoria già al momento della sua pubblicazione. Non si può rispondere dicendo che ogni parte della sentenza segue il proprio regime, cioè che la parte costitutiva della sentenza produce l'effetto risolutivo del contratto dal passaggio in giudicato, mentre la parte condannatoria della sentenza produce immediatamente i suoi effetti (esecutivo ed ipotecario) ← perché non si può sostenere questa soluzione? Perché i due effetti non sono indipendenti: le due parti non sono tra loro indipendenti, se non altro perché entrambe le parti dipendono dall'accertamento dello stesso presupposto. L'inadempimento è la lesione che giustifica l'azione di condanna. La soluzione offerta è quella di stabilire che l'efficacia della sentenza deve essere univoca e rispettare il vincolo di dipendenza esistente tra le sue parti. Siccome la condanna al risarcimento del danno dipende dalla risoluzione del contratto, siccome cioè è possibile condannare la parte inadempiente a risarcire il danno solo se è stata accolta la domanda di risoluzione che presuppone l'accertamento di quell'inadempimento, allora tutta la sentenza deve produrre i suoi effetti dal momento in cui produce i suoi effetti la parte pregiudiziale, cioè quella che viene logicamente prima, in questo caso quella costitutiva → in questo caso, anche il capo condannatorio, in quanto dipendente da un

capo (parte) costitutivo pregiudiziale produce i suoi effetti dal momento del giudicato e non prima. Con capo si intende il contenuto minimo di una sentenza.

In che modo il creditore può tutelarsi in un caso in cui anche l'effetto esecutivo (della condanna) è posticipato al passaggio in giudicato? L'unico strumento per tutelarsi è l'azione revocatoria? Dipende, ci possono essere dei casi in cui prima di agire in via condannatoria il creditore vuole rendere privo di effetti l'atto dispositivo → corre il rischio che nel momento in cui la sentenza diventa pienamente efficace e quindi produce anche l'effetto esecutivo, il debitore abbia effettivamente espropriato il proprio patrimonio → tutela cautelare.

Entriamo di più in profondità nello studio del [funzionamento della tutela di cognizione](#). Ora che sappiamo a che cosa serve dobbiamo capire come tutto questo può essere posto adeguatamente in un processo. Per farlo seguiamo un ordine pratico: ci poniamo quegli interrogativi che ci si pone quando una parte, con l'aiuto di un avvocato, promuove una causa civile avente ad oggetto un'azione di cognizione.

Il primo interrogativo che ci dobbiamo porre è: [a chi spetta l'iniziativa](#)? Chi deve fare il primo passo? Ciò che sappiamo è che ad un certo tipo di lesione, risponde un certo tipo di rimedio, che chiamiamo azione. Ma chi ha il diritto e l'onere di agire in giudizio per la tutela del diritto soggettivo leso? Per rispondere a questa domanda non basta il principio generale dell'art. 24 Cost: [tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti](#) da cui capiamo che quella del processo è una garanzia valida per tutti, generale, ma ci fa anche capire che per ottenere la tutela giurisdizionale è indispensabile che si assuma un'iniziativa in giudizio per chiedere la tutela al giudice.

Più utili sono due norme di legge ordinaria: [art. 2907 cc](#) e [art. 99 cpc](#), due norme che stabiliscono quello che possiamo definire il principio basilare del processo civile di cognizione → principio della domanda:

- L'art. 2907 cc: [alla tutela giurisdizionale provvedono gli organi pubblici dello stato, cioè i giudici, su domanda di parte](#)
- L'art. 99 cpc stabilisce che [chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente](#)

La tutela giurisdizionale passa attraverso la promozione dell'attività giurisdizionale con la proposizione della domanda. La tutela giurisdizionale è il risultato di un atto volto a promuovere l'attività giurisdizionale, cioè il processo civile, che inizia con un particolare tipo di atto, la domanda → se non c'è domanda, non c'è attività giurisdizionale e se non c'è attività non c'è tutela giurisdizionale dei diritti.

Il principio della domanda sembra un principio che afferma qualcosa di molto banale. Ma non è sempre scontato → l'art. 2907 cc prevede che [l'attività giurisdizionale possa scaturire anche, nei casi previsti dalla legge, per istanza del PM o d'ufficio](#), cioè senza bisogno di un'iniziativa di parte, privata o pubblica, ma per iniziativa ufficiosa dello stesso giudice. La legge stabilisce un rapporto regola-eccezione:

- la regola dice che la parte interessata deve agire attraverso la proposizione di una domanda
- in via eccezionale, nei casi previsti dalla legge, può agire in giudizio per la tutela di quel diritto soggettivo il PM. Chi è? È una parte pubblica e come tale portatrice di propri interessi, che non sono individuali, ma pubblici. [I casi in cui il PM può proporre un'istanza di tutela di un diritto soggettivo privato sono quelli in cui il diritto soggettivo non è espressione soltanto di un interesse individuale, ma è al contempo espressione di un interesse pubblico.](#)

Ci sono poi altre situazioni in cui il PM può proporre istanza di tutela giurisdizionale, ma hanno applicazione pratica molto ridotta: caso in cui l'esercizio della giurisdizione assolve delle finalità che non sono contenziose ← non ha come obiettivo quello di risolvere una controversia, ma quello di curare un interesse. Sono casi in cui sostanzialmente viene esercitata dal giudice una funzione più amministrativa che giurisdizionale → [giurisdizione volontaria](#), perché non nasce da una contesa tra due parti, ciascuna delle quali ritiene di avere ragione, ma nasce da una situazione in cui vi è semplicemente l'esigenza di veder curato un certo interesse. Es. nomina del tutore per la persona legalmente incapace. C'è un interesse pubblico a che una persona incapace resti priva di quella persona che gli consente di agire nell'ambito giuridico e quindi la legge individua, tra i soggetti legittimati a chiedere la nomina della persona che diventi tutore dell'incapace, anche il PM.

- Seconda eccezione: [tutela giurisdizionale erogata d'ufficio dal giudice in casi estremamente rari](#). Es. diritto di famiglia + fino al 2006 era possibile che l'imprenditore commerciale insolvente venisse dichiarato fallito anche se nessun creditore aveva richiesto il suo fallimento al tribunale.

[Il principio della domanda identifica la tutela giurisdizionale come conseguenza dell'iniziativa di parte](#),

almeno come regola assoluta. In cosa consiste l'iniziativa di parte che chiamiamo domanda? La domanda è in realtà la porzione di un concetto più grande, il concetto di azione → concetto elaborato dalla pandettistica tedesca della seconda metà dell'800 e poi gradualmente è stato accolto anche dalla nostra dottrina processuale-civilistica. Il concetto di azione viene elaborato per tenere distinto il piano sostanziale del diritto civile, dal piano processuale del diritto civile.

Prima i due piani erano confusi → il potere di agire in giudizio non rappresentava altro che una delle molteplici facoltà che componevano il contenuto di un diritto soggettivo. L'elaborazione del concetto di azione consente di fatto la nascita della nostra materia.

Il concetto di azione viene a consistere in un diritto soggettivo, che non ha un contenuto sostanziale, ma puramente processuale. Non importa che vi sia un riconoscimento normativo del potere di agire in giudizio per la tutela di quel diritto → il fatto stesso di averlo, perché si è concretizzata la sua fattispecie costitutiva, consente di agire in giudizio per la sua tutela, laddove si presenti una lesione.

- La proposizione della domanda giudiziale dipende dalla individuazione di 3 fondamentali elementi, che sono in fondo quei 3 aspetti che si deve investigare per proporre davvero una domanda giudiziale:

- 1) **il primo elemento ha natura soggettiva ed è costituito dalle parti dell'azione o della domanda** (spesso si parla di azione e domanda come sinonimi). Le parti dell'azione o della domanda chi sono? Sono almeno due:
 - **la parte che esercita l'azione o promuove la domanda: l'attore, colui che agisce**. Che cosa vuol dire proporre la domanda giudiziale? Riconoscersi titolari di un diritto e riconoscere di aver subito una lesione alla propria sfera giuridica ← elementi così importanti nel qualificare l'azione che sono stati enucleati in due concetti distinti: la legittimazione ad agire e l'interesse ad agire. È legittimato ad agire (cioè ad esercitare l'azione) chi si afferma titolare del diritto fatto valere; è interessato ad agire colui che può anche lamentare la lesione della propria sfera giuridica. Entrambe queste categorie hanno rilevanza sotto forma di mere allegazioni, ossia semplici affermazioni della titolarità del diritto e della lesione. L'attore è quindi legittimato ad agire se allega nella domanda di essere titolare del diritto fatto valere + è interessato ad agire se nella domanda allega anche di aver subito una lesione alla propria sfera giuridica. Perché questi due requisiti hanno rilevanza nel nostro ordinamento solo come mere allegazioni? Perché questi requisiti servono a rendere la domanda meritevole di essere esaminata nel merito, servono cioè a rendere la domanda astrattamente accoglibile ← permettono di dire che la domanda è proposta al giudice con le condizioni minime e necessarie per esercitare l'attività giurisdizionale. Se poi si scoprirà che quel diritto non spetta all'attore o che non si è verificata la lesione, la domanda non sarà accoglibile in concreto. La legittimazione ad agire assume un'importanza pratica in quei casi in cui è eccezionalmente consentito all'attore di far valere in giudizio un diritto altrui ← in questi casi l'attore è legittimato ad agire se allega nella domanda che il diritto dedotto in giudizio appartiene a un altro soggetto. Quali sono queste situazioni? Sono riconducibili a due categorie:
 - la sostituzione processuale → casi tassativamente previsti dalla legge in cui l'attore può tutelare un proprio interesse sostanziale facendo valere un diritto soggettivo altrui → caso di legittimazione ad agire straordinaria, o in via straordinaria. Il caso più importante di sostituzione processuale è l'azione surrogatoria art. 2900 cc: insieme all'azione revocatoria e al sequestro conservativo è uno strumento della garanzia patrimoniale. Il creditore può conservare l'integrità del patrimonio del debitore, che costituisce garanzia dell'adempimento, anche attraverso l'azione surrogatoria → tutela la garanzia patrimoniale in conseguenza dell'inerzia del debitore nel far valere i propri diritti e azioni nei confronti di un terzo come risultato

di un'intenzione fraudolenta. In questo caso, è evidente che l'azione revocatoria non avrebbe modo di esplicarsi, in quanto non c'è un atto dispositivo, ma semmai un'omissione. L'azione surrogatoria pone rimedio all'inerzia fraudolenta con un meccanismo di sostituzione processuale, cioè consentendo al creditore del debitore inerte di sostituirsi a quest'ultimo facendo valere in giudizio nel proprio interesse il diritto di credito che il suo debitore ha nei confronti di un terzo. Qual è l'interesse del creditore surrogante? Conservare la garanzia patrimoniale facendo sì che il terzo paghi al debitore surrogato, titolare del diritto soggettivo ← in questo modo trova soddisfazione anche l'interesse del creditore surrogante. L'attore, promuovendo la domanda giudiziale, dichiara di far valere in giudizio un diritto di cui non è titolare, un diritto di credito del debitore surrogato; sulla base di questa allegazione chiede un provvedimento di natura condannatoria nei confronti di colui che è debitore in rapporto al diritto di credito fatto valer, che è quello appunto della parte surrogata. C'è una sorta di scissione: ciò che normalmente è cumulato, è qui eccezionalmente separato. Titolare del diritto è il sostituto processuale ← parte in senso sostanziale; la parte in senso processuale, che promuove la tutela è invece il sostituto processuale. Ecco allora che *ogniquale volta abbiamo una sostituzione processuale dobbiamo individuare un sostituto processuale (attore) e un sostituto processuale (parte in senso sostanziale, titolare del diritto soggettivo fatto valere)*. In alcuni casi il sostituto processuale è comunque coinvolto nel processo, in altri casi resta estraneo ad esso.

Di norma, la parte in senso sostanziale è anche parte in senso processuale. Con la sostituzione processuale, l'attore non è anche titolare sul piano sostanziale del diritto soggettivo che è fatto valere ← quando abbiamo la sostituzione processuale, dobbiamo essere in grado di distinguere sostituto e sostituto processuale.

In alcuni casi il sostituto è comunque coinvolto nel processo, in altri casi egli resta estraneo al processo. L'esempio più importante di sostituzione processuale è quello previsto dal 2900 cc → **azione surrogatoria**: il meccanismo di questa azione si spiega in termini di esercizio del diritto di credito del debitore surrogato da parte del creditore surrogante.

Sul piano sostanziale abbiamo due rapporti obbligatori: Caio è al contempo debitore di qualcuno e creditore di qualcun altro. Nella prospettiva in cui Caio fraudolentemente lascia privo il proprio patrimonio perché non esercita il suo diritto di credito, si vuole assicurare la tutela di garanzia patrimoniale nel caso di inerzia del debitore → l'art. 2900 c.c. consente al creditore di Caio di surrogarsi a questo sul piano processuale → Tizio propone una domanda di condanna nei confronti del debitore di Caio (Sempronio). L'accoglimento della domanda produce l'effetto di tutelare indirettamente la garanzia patrimoniale di Tizio → Sempronio, condannato all'adempimento dell'obbligazione nei confronti di Caio, non trasferirà un bene in esecuzione dell'adempimento a Tizio, che pure l'ha convenuto in giudizio, ma al suo creditore diretto Caio. Tuttavia, Sempronio, adempiendo alla condanna in favore di Caio, soddisfa l'interesse sostanziale e indirettamente anche quello giuridico di Tizio a vedere pienamente realizzata la garanzia patrimoniale. Nella domanda giudiziale si verifica un fenomeno di sostituzione processuale → Tizio non potrà dichiararsi titolare del diritto fatto valere, ma alleggerà che di quel diritto è titolare Caio ← questo è possibile perché è soddisfatta la previsione di riserva di legge (principio di tassatività) che il cc impone per i casi di sostituzione processuale. La norma che sancisce il principio di tassatività è l'art. 81 cpc (contenuto negativo) → Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui.

Nell'azione surrogatoria, l'attore sul piano processuale assume la veste di creditore surrogante (sostituto processuale), il convenuto invece sul piano del diritto sostanziale fatto valere è il debitore di un soggetto diverso dall'attore → è debitore di Caio → debitore surrogato (sostituto processuale). In base al co. 2 dell'art. 2900 cc il legislatore prevede che anche il debitore surrogato debba prendere parte necessariamente al processo → la norma impone a Tizio, quando promuove la domanda giudiziale, di convenire in giudizio anche Caio. Per esigenze di opportunità processuale (litis consortio necessario), la legge impone al creditore surrogante di convenire in giudizio anche il debitore surrogato → necessità di

assicurare una coerenza della decisione per evitare il rischio di decisioni contraddittorie. Infatti, potrebbe accadere che, se non ci fosse il secondo comma dell'art. 2900 c.c., dopo che Tizio ha agito in via surrogatoria nei confronti di Sempronio, Caio decide di agire a sua volta nei confronti dello stesso Sempronio. Essendo due processi diversi, rimessi a due giudici diversi, possono dare origine a due soluzioni diverse. Es. il primo può ritenere che il credito sussista, mentre il secondo potrebbe concludere diversamente. In questo caso avremmo due sentenze che producono due risultati inconciliabili tra loro. Siccome le sentenze tendono alla formazione del giudicato, si genera il rischio, inaccettabile per l'ordinamento, di due giudicati contrastanti → negazione della certezza del diritto. **Uno dei rimedi per evitare la contraddittorietà delle decisioni è il litis consorzio necessario, cioè la partecipazione obbligatoria del sostituto processuale al giudizio.**

- **rappresentanza processuale legale** → concetto da tenere distinto con quello della sostituzione processuale. Il fenomeno della rappresentanza processuale non ha a che fare con una prerogativa concessa in via eccezionale dalla legge per far valere un diritto altrui nel proprio interesse, ma è un **fenomeno che ha a che fare con una situazione non eccezionale, ma fisiologica, in forza della quale è concesso al ricorrere di determinate condizioni, di far valere in giudizio un diritto altrui nell'interesse altrui**. Se il sostituto processuale, pur facendo valere un diritto altrui, promuove comunque la tutela di un proprio interesse sostanziale, il rappresentante processuale agisce nel processo facendo valere nell'interesse altrui un diritto altrui, cioè facendo valere un diritto di cui è titolare un altro soggetto nel suo esclusivo interesse. È un fenomeno che si concretizza nei casi in cui la parte in senso sostanziale, cioè il titolare del diritto, non ha la capacità di stare e di agire in giudizio. Per capire cos'è la capacità di agire in giudizio → art. 75 cpc: così come è possibile agire sul piano dei rapporti sostanziali solo se la parte è legalmente capace di agire (porre in essere atti giuridici validi), così la parte può agire validamente nel processo solo se ha la capacità di porre in essere validamente gli atti processuali → capacità di stare o agire in giudizio ← a chi spetta? L'art. **75 cpc** dice che spetta a chi ha la disponibilità del diritto ← altro non significa che spetta a chi può vantare la capacità legale di agire sul piano sostanziale. Ciò (la capacità legale) dipende dal compimento della maggiore età; questa stessa condizione determina la titolarità della capacità di agire in giudizio. Ma cosa succede se la parte non ha conseguito la maggiore età e, nonostante ciò, ha un diritto da far valere? Si prevede che sia un **rappresentante processuale** a far valere, nell'interesse dell'incapace, un suo diritto. Come il rappresentante sostanziale legale fa valere in un negozio giuridico un diritto di cui è titolare un minore nel suo interesse, allo stesso modo il rappresentante processuale legale potrà agire in giudizio nell'interesse dell'incapace per far valere un suo diritto. Il fenomeno della rappresentanza processuale legale si verifica anche nei casi in cui vi sia una perdita della capacità legale di agire. Es. fenomeni dell'interdizione, inabilitazione: il rappresentante processuale agirà in nome e per conto del rappresentato. Chi è il rappresentante legale processuale e sostanziale del minore? I genitori o in mancanza il tutore + per l'inabilitato si parla di curatore + per l'interdetto di parla di tutore.

Il fenomeno della rappresentanza processuale legale va dunque tenuto distinto da due altri fenomeni:

§ Dal fenomeno della **rappresentanza processuale volontaria** → la persona legalmente capace di agire può trasferire al rappresentante il potere legale di agire in suo nome e per suo conto per tramite di una procura. L'art. 77 cpc ci ricorda che la rappresentanza processuale volontaria può essere attribuita solo se per un determinato affare è già stata attribuita la rappresentanza sostanziale volontaria. Questo serve per impedire che ci possano essere per uno stesso fare due soggetti diversi che ricoprono uno la carica di rappresentante processuale e uno quella di rappresentante sostanziale. La rappresentanza processuale volontaria è diversa da quella legale dell'art. 75, c. 2 cpc → presuppone una incapacità di stare in giudizio, mentre quella volontaria è una scelta libera e discrezionale di una parte che è legalmente capace di agire e quindi di stare in giudizio.

§ Dal fenomeno della **rappresentanza organica** → spesso i processi riguardano **persone giuridiche** e non persone fisiche. La persona giuridica, così come non può agire sul piano sostanziale se non per il tramite di una persona fisica che ne ha la rappresentanza, allo stesso modo non può agire in giudizio senza una persona fisica che ne ha la rappresentanza. **Il rappresentante della persona giuridica è legale, ma organico, cioè è imposto dalla legge, ma il carattere organico significa che il rappresentante è un organo della persona giuridica** ← questo consente di imputare alla persona giuridica non solo gli effetti materialmente, concretamente compiuti dal rappresentante organico, ma anche gli stessi atti compiuti dal rappresentante organico.

Nel primo caso di rappresentanza legale processuale, gli effetti si imputano al rappresentato, cosa che non avviene nella persona giuridica, per cui sia gli effetti dell'atto che l'atto stesso sono imputati alla persona giuridica. La capacità di stare in giudizio, così come la capacità legale di agire, dipende dalla presenza di un rappresentante, che è nelle persone giuridiche anche un organo della stessa e attraverso il suo operato la persona giuridica può agire in giudizio.

- **la parte nei cui confronti è esercitata l'azione o proposta la domanda** → **il convenuto, colui che viene invitato ad andare insieme (cum) all'attore dinanzi al giudice** + vedremo che può anche esercitare una serie di strumenti difensivi. Non dimentichiamoci mai che non c'è soltanto l'attore, ma anche il convenuto. La legittimazione ad agire è sussistente non solo se l'attore rappresenta che è titolare del diritto fatto valere, ma se viene altresì rappresentato che il diritto è fatto valere nei confronti del corrispondente soggetto passivo, che di regola è il responsabile della lesione. La legittimazione ad agire non va interpretata solo in senso attivo, nel senso dell'attore, ma anche in senso passivo, cioè del convenuto → **la domanda non sarà ammissibile se non si allega nei confronti di chi quel diritto è fatto valere.** Il **profilo passivo della legittimazione ad agire** è importante in termini di competenza del giudice. Consideriamo la residenza o domicilio del convenuto ← è proprio dall'individuazione del convenuto che viene a dipendere, in misura rilevante, la competenza territoriale del giudice. Se individuiamo il convenuto, da questo dipendono una serie di conseguenze, prima delle quali l'individuazione del giudice competente. **Il diritto che deduciamo in giudizio altro non è che un rapporto giuridico**, per cui c'è sia un lato attivo (titolare del diritto) **che un lato passivo** (soggetto obbligato).

Non ci sono soltanto le parti nell'ambito degli elementi dell'azione. Vi è un altro elemento:

- 2) **La cosa oggetto della domanda, il contenuto della richiesta. Che cosa si chiede con la domanda giudiziale?** Per quale utilità concreta si promuove la causa? Il contenuto della richiesta è anche chiamato "**petitum**". Noi sappiamo che, parlando di domanda di cognizione, la risposta è la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi per il tramite di una sentenza dichiarativa o di condanna o sostitutiva.

Questa risposta, anche se è vera in generale, va precisata meglio. Per capire in cosa consiste il petitum, dobbiamo tenere conto che il destinatario della domanda giudiziale non è solo il convenuto, ma anche contestualmente il giudice. **I destinatari della domanda giudiziale sono due: il convenuto (colui nei cui confronti chiediamo la tutela) e il giudice (colui a cui chiediamo la concessione della tutela giurisdizionale).** Rispetto al primo dobbiamo considerare le responsabilità. Rispetto al secondo dobbiamo svolgere argomenti che lo convincano delle nostre ragioni in fatto e in diritto. Questa duplicità ha portato a distinguere due sfumature della cosa oggetto della domanda:

- **Petitum immediato** → individua ciò che con la domanda l'attore chiede direttamente, ossia un **provvedimento giurisdizionale**. Quale **provvedimento giurisdizionale serve all'attore per avere tutela del proprio diritto soggettivo lesso**. Il petitum immediato trova espressione in quella parte della domanda giudiziale a cui si attribuisce il nome di "**conclusioni**": parte finale in cui sono condensate le richieste di tutela giurisdizionale nei confronti del **giudice** (es. condanna del convenuto e quindi sentenza condannatoria).
- **Petitum mediato** → individua ciò che è indirettamente richiesto con la domanda, ossia **ciò che viene richiesto attraverso il provvedimento giurisdizionale e per il**

tramite del suo adempimento. Rispetto a ciò, ha rilevanza non il giudice, ma il **convenuto**: individua l'*utilità sostanziale conseguibile attraverso il provvedimento o attraverso il suo adempimento da parte del convenuto*. Il petitum mediato consiste nell'utilità sostanziale in cui si risolve l'oggetto della prestazione dovuta dal convenuto (es. pagamento di denaro ecc.).

- 3) **Elementi di fatto e di diritto che costituiscono le ragioni della domanda. Che cosa giustifica la richiesta formulata con la proposizione della domanda. Perché chiedo il petitum mediato? Perché rivendico una determinata utilità sostanziale dal convenuto?** Solitamente, si parla di **causa petendi**, espressione che allude alla ragione, al motivo della richiesta.

Sappiamo che la tutela giurisdizionale dei diritti è la reazione dell'ordinamento ad una lesione. Se non c'è lesione, di regola non c'è nemmeno l'interesse ad agire. Sicuramente **l'evento lesivo**, nel caso dell'azione di mero accertamento e dell'azione condannatoria, rappresenta il principale elemento di fatto (e poi di diritto) costituente le ragioni della domanda. *Ma ciò non basta*. Perché? Perché non è sufficiente l'evento lesivo, accadimento successivo all'insorgenza del diritto fatto valere (il diritto di credito è leso dall'inadempimento, ma quando sorge la lesione, il diritto è già nato, altrimenti non sarebbe una lesione) → contribuisce alla formazione della causa petendi non solo l'evento lesivo, ma prima ancora la fattispecie costitutiva di quel diritto. D'altronde noi sappiamo che i diritti soggettivi sono le conseguenze giuridiche di alcuni fatti: quelli previsti dalla legge come idonei a generare un diritto soggettivo, ai quali si dà il nome di "fattispecie costitutiva del diritto soggettivo". Pertanto, nella domanda giudiziale la parte deve rappresentare sia l'evento lesivo che la fattispecie costitutiva di quel diritto. Es. credito da risarcimento del danno aquiliano (art. 2043). La fattispecie costitutiva è descritta dal 2043, è composto da una serie di elementi fattuali ("qualsiasi fatto, doloso o colposo [...]") ← tutti questi elementi costituiscono la fattispecie costitutiva. Ci sono situazioni in cui, tra gli elementi che compongono la fattispecie costitutiva di un diritto, ci sono anche altri diritti. In alcuni casi, tra gli elementi vi è anche un diritto soggettivo, diverso da quello che scaturisce dalla fattispecie costitutiva, diritto che è a sua volta elemento costitutivo del diritto soggettivo prodotto dalla fattispecie costitutiva ← cd diritto soggettivo pregiudiziale.

Es. taluno, dopo aver fatto valere un diritto di credito, si vede opposto in compensazione un contro credito. Il diritto di contro credito diventa elemento costitutivo del diritto di credito, perché se il diritto di contro credito esiste, questo estingue in tutto o in parte il diritto del creditore. la compensazione è, in effetti, un modo di estinzione del diritto di credito ← possiamo definire la fattispecie costitutiva di quel diritto tutti gli elementi di fatto, ma tra questi vi è anche un diritto di contro credito (anzi, l'inesistenza, perché se esiste si estingue il diritto di credito). Questo è molto importante, perché il giudice deve accertare quel diritto se vuole accettare il diritto dipendente. Nell'accertare se c'è o non c'è il credito del danneggiato, non deve solo accertare gli elementi di fatto che compongono la sua fattispecie costitutiva (condotta, imputabilità ecc.), ma deve anche accertare se c'è o non c'è il diritto di controcredito. Il controcredito è un elemento costitutivo non del credito, ma degli elementi di fatto che compongono la fattispecie costitutiva del credito.

**** Anticipazione:**

Distinzione tra diritti soggettivi auto-determinati e diritti soggettivi etero-determinati.

Quando andiamo a considerare la causa petendi, dobbiamo considerare la struttura del diritto soggettivo. ci sono diritti soggettivi in cui la causa petendi svolge un ruolo determinante nell'individuazione del diritto. ci sono diritti in cui, invece, la causa petendi è irrilevante nell'individuazione del diritto.

Nei casi in cui la causa petendi ha un ruolo determinante nell'individuazione del diritto soggettivo, si parla dei diritti soggettivi etero-determinati: diritti soggettivi che si determinano proprio in base alla causa petendi, al loro fatto costitutivo → al variare del fatto costitutivo cambia anche il diritto. si individuano specificamente sulla base della loro fattispecie costitutiva. Se nella domanda l'attore pone a fondamento della sua richiesta una causa petendi diversa da quella originale, non cambia solo la causa petendi, ma anche il diritto fatto valere ← ciò non è possibile nel processo.

Diritti etero-determinati → diritti relativi: diritti di credito e diritti personali di godimento.

Es. diritti di credito. Se muta il fatto costitutivo del diritto di credito, cambia anche il diritto stesso. Es. diritto di credito da inadempimento contrattuale e diritto di credito da illecito aquiliano → ci sono elementi di omogeneità (es. entrambi hanno ad oggetto una prestazione nei confronti del debitore), ma hanno regimi giuridici completamente diversi (es. il termine di prescrizione: il primo si prescrive in 10 anni, il secondo in 5 anni; cambia anche l'onere della prova, che è ciò che consente al giudice di poter scrivere la sentenza, anche quando le parti non siano state in grado di portare prove adeguate delle proprie affermazioni. Se questo avviene, il giudice, che può presentare la sentenza di merito solo sulle info acquisite tramite prove, non può astenersi dal pronunciare una sentenza, ma decide la controversia nel merito sulla base del principio dell'onere della prova: ponendo la soccombenza a carico della parte che, pur avendo l'onere della prova, non è stato in grado di assolverlo adeguatamente. Questo anche se un comportamento altrettanto omissivo è imputabile alla controparte. Per responsabilità aquiliana, l'onere della prova è interamente a carico del creditore danneggiato, che deve provare tutti gli elementi della fattispecie costitutiva; per l'inadempimento contrattuale, il 1218 del cc stabilisce che l'onere della prova grava solo parzialmente a carico del creditore, il quale deve provare tutto se non vuole essere soccombente ad eccezione dell'imputabilità, la quale è presunta, ma effettivamente il 1218 pone l'onere della prova a carico del debitore).

I diritti soggettivi auto-determinati, invece, sono quelli che si individuano a prescindere dalla causa petendi, in quanto si indentificano sulla base della loro insistenza su un determinato bene. Si identificano indipendentemente dal fatto costitutivo, cioè dalla fattispecie da cui, come effetti giuridici, quei diritti derivano. **Pur mutando la causa petendi, qui il diritto resta sempre lo stesso.**

Se la parte che ha fatto valere nel processo un diritto autodeterminato sulla base di una certa fattispecie costitutiva x decide nel corso del processo di modificare la fattispecie costitutiva allegando che non è più x ma y, non si ha un mutamento del diritto soggettivo fatto valere → non muta nemmeno la domanda giudiziaria.

Il discorso è esattamente l'opposto nel caso dei diritti etero determinati: se la parte che ha fatto valere nel processo un diritto etero determinato sulla base di una certa fattispecie costitutiva x decide nel corso del processo di modificare la fattispecie costitutiva allegando che non è più x ma y, si ha un mutamento del diritto soggettivo fatto valere → modifica della domanda giudiziale proposta.

Questa distinzione è importante quando si studia la causa petendi dell'azione, perché la causa petendi (o titolo dell'azione) è composta proprio dalla fattispecie costitutiva del diritto fatto valere.

Tra gli elementi concorrono a determinare l'azione c'è, oltre alle parti e al petitum, anche il titolo, ossia la causa petendi. È importante quindi saper distinguere tra i casi in cui la causa petendi è determinante per individuare il diritto fatto valere (etero-determinati dai casi in cui invece non è determinante (auto-determinati)).

Il nostro processo civile di cognizione, caratterizzato da un numero consistente di preclusioni (prerogative processuali che devono essere fatte valere entro un certo termine), una importante preclusione posta dalla legge è il **divieto di proporre nuove domande nel corso del processo**. si invita la parte a svolgere, nell'atto introduttivo (che per l'attore è la domanda giudiziale), tutte le proprie istanze di tutela relative ad una certa vicenda sostanziale, cioè ad una certa fattispecie costitutiva → preclusa la possibilità di modificare la domanda originaria in una domanda diversa e quindi nuova. Questo divieto vale già nel corso del processo di primo grado. La portata di questo divieto è diversa a seconda del tipo di diritto fatto valere: un conto è se è etero-determinato (il mutamento della fattispecie costituiva del diritto comporta il mutamento del diritto e quindi della domanda, attività INAMMISSIBILE); questa attività, in rapporto ad un diritto auto-determinato, NON è inammissibile, perché non è un'attività che in concreto comporta il mutamento del diritto fatto valere, e quindi della domanda → la domanda continua ad essere ammissibile anche se l'attore pone a suo fondamento una fattispecie costituiva diversa nel corso del processo, perché questo cambiamento non comporta un mutamento del diritto e quindi della domanda.

(es. diritto di proprietà è auto-determinato e diritto di risarcimento del danno. Se pensiamo al risarcimento del danno, dobbiamo specificare il fatto costitutivo del diritto per individuare il diritto stesso. Parlare di un diritto di credito senza una specificazione non è possibile nella vita concreta del diritto, esiste il credito di un certo creditore verso un certo debitore, con un certo oggetto e fondato su una certa fattispecie costitutiva). Es. differenza tra inadempimento contrattuale e illecito aquiliano (vd. sopra).

È una distinzione che non è normativa, ma è dottrinale. Aiuta a capire come si possono manifestare certi fenomeni nel processo → ampia diffusione a livello giurisprudenziale.

**

PROCESSO DI COGNIZIONE:

Aspetti preliminari secondo il suo normale sviluppo. Es. la lesione lamentata dal privato è un inadempimento contrattuale. La conoscenza dei rimedi cognitori ci fa capire facilmente che l'azione esperibile per ottenere tutela rispetto ad una lesione a seguito di inadempimento contrattuale è l'azione di condanna. Come esercito l'azione di condanna? Come ogni azione, è un insieme, un fascio di facoltà. La prima tra queste è il potere di proporre la domanda giudiziale.

COME SI PROPONE LA DOMANDA DI CONDANNA E IN GENERALE LA CONDANNA DI COGNIZIONE?

Dobbiamo guardare alle norme del cc del secondo libro → art. 163, norma con cui si apre il libro 2 del cc. Questa norma ha un contenuto molto complesso. Il suo punto nevralgico è il co. 3, in cui individuiamo il contenuto formale della domanda giudiziale di cognizione secondo il cpc. Studiando questo capiamo come si propone la domanda giudiziale (di cognizione).

L'art. 163 stabilisce che il processo di cognizione si instaura, cioè l'azione di cognizione si esercita mediante citazione a comparire ad un'udienza fissa. Questo significa che nel processo di cognizione, la domanda giudiziale (di cognizione) si propone - e quindi l'azione si esercita - compiendo un atto processuale che prende il nome di CITAZIONE o ATTO DI CITAZIONE.

In esso, è implicita la sua funzione → il 163 non stabilisce che la domanda giudiziale (di cognizione) si propone con atto di citazione, ma stabilisce che la domanda giudiziale (di cognizione) si propone con citazione a comparire ad un'udienza fissa. La parola citazione, quindi, identifica sia il nome dell'atto processuale con cui si propone la domanda sia la funzione che questo atto svolge.

Cosa vuol dire citazione? Nel lessico del processo civile, citare in giudizio significa convenire in giudizio, invitare cioè la controparte dinnanzi al giudice. Qui, l'attività di citazione ha obiettivo assicurare che la controparte sia poste nelle condizioni di potersi presentare davanti al giudice in udienza.

Quando la domanda giudiziale (di cognizione) si propone nelle forme della citazione, la sua proposizione dipende dal compimento di un'attività ulteriore a quella di redazione della domanda. Questa attività ulteriore prende il nome di NOTIFICAZIONE.

La domanda giudiziale (di cognizione) ha la forma della citazione e si propone con la notificazione.

Notificare la citazione significa comunicarla alla parte che ne è destinataria. Finché non si ha la notifica, la domanda non è proposta e quindi il processo non inizia. Il processo inizia con la notifica della domanda → il processo inizia nel momento in cui il giudice ancora non è stato coinvolto.

Un elemento caratteristico della citazione è quello che spetta all'attore: determinare nella citazione il momento del processo in cui la parte convenuta può comparire, cioè presentarsi davanti al giudice, insieme all'attore. Questo momento è l'udienza. È l'attore che stabilisce la data dell'udienza nella citazione.

CONTENUTO FORMALE DELLA CITAZIONE: art. 163 co. 3.

I numeri presenti al co. 3 servono per assolvere le due funzioni che a sua volta la citazione assolve.

Infatti, la citazione assolve a due funzioni:

- Citare e quindi convenire in giudizio la controparte nel momento dell'udienza → alcuni dei numeri del co. 3 servono ad assolvere questa funzione
- Indicazione dell'oggetto che nel caso della domanda giudiziale (di cognizione) è una pretesa sostanziale → diritto soggettivo che è stato leso → i restanti elementi indicati al co. 3 servono quindi per individuare l'azione che l'attore intende esercitare per ottenere tutela giurisdizionale

Iniziamo da questi ultimi elementi: gli elementi riconducibili alla parte della citazione che serve per indicare l'oggetto sono individuati ai numeri: 1, 2, 3, 4.

Numero 2 → per poter identificare l'azione fatta valere, la citazione deve anzitutto individuare le parti.

Individuare le parti significa fare una serie di ragionamenti. Anzitutto, le parti sono almeno due: attore e convenuto. La legittimazione ad agire dell'attore non è sussistente se nella citazione l'attore si limita ad

allegare la titolarità del diritto fatto valere. Deve anche allegare il soggetto passivo (es. il soggetto obbligato). Bisogna anche verificare se non vi è eccezionalmente una distinzione tra la parte in senso processuale (quella che propone la domanda) e la parte in senso sostanziale (quella che si afferma titolare del diritto soggettivo). Queste due nozioni di regola coincidono, ma nei casi di sostituzione processuale questi due concetti non coincidono. **Parte sostanziale: elementi anagrafici + residenza o domicilio. Parte giuridica: elementi come la sede legale.**

Numero 3 → la citazione deve indicare la cosa oggetto della domanda. Il legislatore parla in modo semplice. Cosa oggetto della domanda è il **petitum** dell'azione, ciò che viene richiesto dall'attore nella domanda. La richiesta dell'attore deve sempre specificarsi in due direzioni, in quanto i destinatari sono due (convenuto e giudice e non si può chiedere la stessa cosa ad entrambi i soggetti):

1. **Petitum immediato** (o diretto): ciò che si chiede direttamente, ossia un provvedimento di tutela giurisdizionale (es. sentenza di condanna) → tipo di provvedimento del giudice che, secondo l'attore, è idoneo e tutelare la propria sfera giuridica.
2. **Petitum mediato** (o indiretto): ciò che soddisfa l'interesse sostanziale dell'attore per il tramite del provvedimento giurisdizionale (l'utilità sostanziale che l'attore consegue per effetto di qualcosa che fa il convenuto e non il giudice, a seguito di provvedimento del giudice).

Numero 4 → nelle parole finali, si invita l'attore a specificare nella citazione le proprie conclusioni. Le conclusioni rappresentano la parte che di solito conclude un atto di citazione. Le conclusioni identificano le richieste che la parte rivolge al giudice per vedere riconosciuta la propria tutela. Nelle conclusioni si trova quindi solitamente il petitum immediato, mentre nella cosa oggetto della domanda (n. 3), si trova solitamente il petitum mediato. **PRECISARE CHE, POICHÈ IL PROVVEDIMENTO DEL GIUDICE È LA RICHIESTA CHE LA PARTE RIVOLGE DIRETTAMENTE AL GIUDICE, TROVA ESPRESSIONE SPECIFICAMENTE NELLE CONCLUSIONI, A CUI FA RIFERIMENTO IL N. 4.**

Il Numero 4, però, si occupa principalmente nell'individuazione del terzo elemento identificativo dell'azione: **elementi di fatto e di diritto che costituiscono le ragioni della domanda** → **causa petendi o titolo della domanda**. Causa petendi significa motivo della domanda e il motivo della domanda è un insieme di fatti che sono sia quelli che costituiscono il diritto fatto valere, sia quelli che compongono la lesione di quel diritto. Ciò che giustifica la domanda non è solo la fattispecie costituiva del diritto e la lesione; ci sono anche elementi di diritto. cosa sono questi? **Gli elementi di diritto sono la qualificazione giuridica della fattispecie e della lesione.** Si deve necessariamente attribuire una certa qualifica giuridica al fatto (es. la qualifica di inadempimento).

Mentre i fatti che costituiscono le ragioni della domanda vincolano nella misura in cui sono anche provati il giudice, gli elementi di diritto che giustificano la domanda non vincolano mai il giudice. Il giudice non può indagare d'ufficio fatti ulteriori a quelli posti dalla parte a fondamento della domanda! Lo stesso vincolo non vale per la qualificazione giuridica dei fatti: il cpc, all'art. 113 co. 1, stabilisce che il giudice decide la causa secondo diritto ← rappresenta la moderna positivizzazione del principio iura novit curia (il giudice conosce autonomamente il diritto e quindi le regole sostanziali che gli servono per decidere il caso, non glielo deve provare nessuno). Il giudice, all'esito del contraddittorio, può riqualificare giuridicamente il fatto, attribuendogli il significato e gli effetti giuridici che ritiene più corretti. La qualificazione giuridica NON vincola il giudice. A vincolare il giudice sono i fatti allegati.

Numero 1 → l'atto di citazione deve contenere l'indicazione del tribunale davanti al quale la domanda è proposta. A differenza della distribuzione delle norme processuali civili contenute nel codice che cominciano dallo statuto dell'ufficio giudiziario, noi ci occupiamo successivamente del giudice perché entra in gioco in un momento successivo. Però l'attore deve specificare il **giudice adito**, non significa indicare la persona fisica, ma un ufficio giudiziario che in base alla legge processuale è dettato dal potere di decidere la controversia. Quindi, oltre alla data dell'udienza, sceglie anche l'ufficio davanti al quale la domanda viene proposta e decisa. La domanda non può essere arbitraria o discrezionale, ma deve essere coerente con le norme processuali che individuano il giudice dotato di **giurisdizione e competenza**.

Numero 7 → **elementi che servono per citare il convenuto.**

Teniamo presenti i momenti del processo: il momento iniziale del processo è rappresentato dalla notificazione della citazione. Prima di questa non c'è niente, dopo ci sono attore, convenuto e giudice.

L'attore, nella citazione, ha indicato la data dell'udienza: momento in cui comparirà, insieme al convenuto, davanti al giudice.

Il secondo momento, quindi, è quello dell'udienza.

Per poter fungere da strumento di citazione, la domanda deve contenere anzitutto l'indicazione della data dell'udienza. Il numero 7 aggiunge altre due indicazioni: anzitutto, l'attore deve avvisare il convenuto che deve costituirsi in giudizio entro la data dell'udienza e deve altresì avvertirlo che, se vuole avvalersi di alcuni particolari poteri difensivi, deve costituirsi prima dell'udienza, esattamente almeno 20 giorni prima della data dell'udienza.

Contiene, quindi, **3 indicazioni** → [data dell'udienza](#), [avviso al convenuto che può costituirsi al più tardi entro l'udienza](#) e [l'avvertimento che, se vuole avvalersi di certi poteri processuali, deve anticipare la costituzione in giudizio ad almeno 20 gg prima dell'udienza](#). Costituzione: atto con cui la parte presenta il proprio atto introduttivo al giudice e che non coincide necessariamente con la comparizione in udienza. Questo perché, laddove il convenuto sia chiamato in giudizio, deve essere avvisato della possibilità di costituirsi fino all'udienza perché questa è la regola prevista dal cpc per il convenuto, il quale però non conosce il diritto processuale.

Il perché dell'avvertimento per avvalersi degli strumenti difensivi (consentono al convenuto di introdurre fatti nuovi, ulteriori rispetto a quelli che l'attore ha posto a fondamento della domanda) è che se fosse per il convenuto possibile aggiungere nuovi fatti fino all'udienza, non si permetterebbe al giudice di conoscere in anticipo i fatti. Quei 20gg servono quindi al giudice per conoscere i nuovi fatti portati dal convenuto. Il contenuto della citazione che serve per citare il convenuto si limita a questi 3 elementi del numero 7? NO. Ce n'è una **4** contenuta nell'art. 163-bis cpc, norma introdotta dopo l'entrata in vigore del codice, ma introdotta nel 1950. È una norma in cui è stabilito il cd **termine minimo a comparire** → l'attore deve garantire che tra la data della notifica della citazione e la data dell'udienza (che ha fissato l'attore) intercorra un periodo di tempo non inferiore a **90 o 150 gg**, a seconda che il convenuto sia residente in Italia o all'estero. L'attore quando fissa la data dell'udienza, quindi, deve assicurarsi che la data sia sufficientemente lontana dal momento della notifica da garantire al convenuto il lasso di tempo che il cpc giudica sufficiente per difendersi, per preparare le proprie difese. È ovviamente, poi, un termine compreso di 20 gg, considerato che se il convenuto vuole presentare fatti nuovi deve notificare la sua intenzione di comparire deve farlo entro 20 gg dall'udienza.

Numero 5 → [indicazione dei mezzi di prova](#) e in particolare dei documenti che l'attore intende offrire in comunicazione. Anche i documenti possono essere prove, anzi hanno la caratteristica particolare di essere prove precostituite, che si sono formate prima e indipendentemente dal processo. Tutte le altre, invece, sono prove costituende.

L'indicazione delle prove non è rilevante né per la citazione del convenuto né per l'indicazione dell'azione. L'atto di citazione deve contenere anche l'indicazione delle prove, perché la decisione del giudice in fatto dipende dalle prove. Fintanto che andiamo ad esaminare, in qualità di giudice, l'ammissibilità della domanda, cioè la sua astratta accoglibilità, è sufficiente confrontarsi con mera allegazione. Quando, però, bisogna verificare se effettivamente l'attore è titolare del diritto e se effettivamente ha subito una lesione, allora servono in concreto le prove. Le prove possono essere (e nella maggior parte dei casi lo sono in alta misura) acquisite dal giudice anche sulla base di richieste delle parti presentate nel corso del processo, quindi in un momento successivo rispetto alla citazione.

Non raramente, le parti non riescono ad acquisire tutte le prove documentali di cui ha bisogno o a formulare la richiesta di tutte le prove costituende di cui ha bisogno all'inizio del processo. alcuni documenti sopravvivono nella disponibilità della parte alla fine del processo e in alcuni casi emerge solo nel corso del processo la necessità di una certa prova.

La legge individua un termine preclusivo per la formulazione delle richieste istruttorie, termine che è il completamento della trattazione della causa (e non l'introduzione della causa).

I mezzi di prova non servono a citare in giudizio il convenuto, ma non servono nemmeno ad identificare l'azione, le prove serviranno per vedere se gli elementi allegati sussistono effettivamente ai fini della decisione sul merito. La legge processuale, quindi, prevede un limite per l'ammissione delle prove che si ha solo nel corso del processo.

Numero 6 → indicazione del procuratore e della procura. Elemento che non contribuisce, come il 6, direttamente né a citare il convenuto né ad identificare l'azione.

Fino al 1997 in Italia c'era ancora la distinzione tra procuratore e avvocato. Dopo il 1997, la legge ha introdotto l'unica qualifica di avvocato. Quale era la differenza tra i due? Il procuratore svolgeva, nell'opera di rappresentanza di una parte, le attività processuali. L'avvocato, invece, svolgeva un'attività consulenziale. La regola era che si diventava avvocati dopo essere stati per qualche anno procuratori e dopo l'esame si diventava procuratori, non avvocati, per cui si poteva solo rappresentare la parte in processo.

Chi è l'avvocato? È il rappresentante tecnico della parte. Non va confuso con il rappresentante processuale, che è per es. il tutore del minore che vuole agire in giudizio. Chi è rappresentante processuale, di regola, è anche rappresentante sostanziale (sempre vero nel caso del minore, per esempio, ma anche nel caso in cui la rappresentanza processuale è volontaria). L'avvocato non è rappresentante processuale, non dispone della sfera giuridica e patrimoniale del rappresentato, ma **può agire in nome e per conto del rappresentato al fine esclusivo del compimento degli atti tecnici processuali**. È quindi il cliente che decide di fare causa, ma lo fa attraverso l'avvocato.

Tuttavia, l'attribuzione di questa rappresentanza tecnica deve essere presentata come allegato insieme alla citazione.

C'è un'altra ragione per cui le indicazioni dei numeri 5 e 6 non sono almeno direttamente scrivibili né a quella parte della citazione che serve per citare né a quella parte che serve per definire l'azione.

Per capire qual è quest'altra ragione dobbiamo considerare l'art. 164 cpc, la seconda norma oltre al 163-bis cpc che completa il quadro normativo della citazione.

L'art. 164 cpc si occupa della nullità della citazione. Individua, cioè, quegli elementi della citazione che sono necessari a pena di nullità dell'atto + individua il regime processuale che consente la sanatoria dei diritti di nullità della citazione. Se è vero che la nullità della citazione è un regime molto severo, è altrettanto vero che il legislatore fa di tutto per sanare questi vizi, prevede ampie possibilità, e la ragione sta nella natura stessa dell'atto: è l'atto giudiziale, atto da cui prende avvio il processo, atto da cui l'attore dichiara che ha subito un torto e ha bisogno di giustizia. L'idea che un atto che in un ordinamento giuridico democratico svolge questa funzione essenziale non può essere sottratto alla decisione del giudice per una carenza formale, ma deve esser consentito che al giudice rimanga la possibilità di decidere, grazie ad una sanatoria.

Il 164 cpc prevede un **diverso regime di nullità** a seconda che il vizio riguardi:

- La parte della citazione relativa alla chiamata in causa del convenuto (n. 7 art. 163-bis)
- La parte della citazione relativa all'identificazione dell'azione (n. 1,2,3,4)

Cosa succede se manca o è incerto uno degli elementi relativi alla chiamata in causa del convenuto? La citazione è senz'altro nulla.

Dopo ciò, il 164 introduce alcune regole che servono per capire qual è il **regime di rilevanza della nullità** e poi il **regime di sanatoria del vizio**. In tutti i casi in cui c'è un vizio riguardante la chiamata in causa del convenuto, la nullità della citazione è sempre rilevabile anche d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo. Nella maggior parte dei casi, se un atto processuale è viziato la sua nullità è relativa, cioè può essere fatta valere solo su istanza della parte interessata nel primo atto o nella prima udienza successiva al compimento dell'atto nullo ← termine preclusivo.

Ci sono casi in cui, la particolare natura dell'atto, rende la nullità non relativa ma assoluta → 1) la nullità assoluta può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice (cioè senza bisogno di una richiesta), 2) la parte può comunque continuare a rilevarla su propria istanza anche dopo il primo atto o la prima udienza successiva al compimento dell'atto.

In ogni stato e grado del giudizio significa non solo nel corso di tutto il processo di 1° grado, ma anche nei successivi gradi di giudizio.

Quale è il regime di sanatoria?

Il legislatore introduce un'altra distinzione: **per capire come sanare il vizio, ci dice il 164, bisogna distinguere il vizio a seconda che il convenuto si sia costituito o meno in giudizio**. Bisogna verificare se il convenuto, nonostante il vizio, si è costituito lo stesso oppure no.

Supponiamo che il convenuto non si sia costituito in giudizio → la citazione non è in grado di offrire al convenuto tutti gli elementi necessari per costituirsi (es. la data dell'udienza) → il convenuto non si costituisce. In tal caso, il 164 ci dice che **il giudice, rilevata la carenza della citazione ed escluso pertanto che l'assenza del convenuto dipenda da una sua scelta spontanea (dato che si può rimanere contumaci), deve**

dare un termine all'attore per rinnovare la citazione: per correggere i vizi e rinotificare la citazione al convenuto, così facendo, se l'attore rispetta il termine, si ha la sanatoria del vizio. **Quando l'attore rinnova tempestivamente la citazione, sono fatti salvi tutti gli effetti della domanda** → a fronte della tempestiva rinnovazione della citazione (che può anche avvenire per esempio in 3°), *gli effetti della domanda giudiziale si producono retroattivamente fino al momento in cui era stata posta in essere invalidamente*. È come se la domanda giudiziale nulla avesse prodotto quello che non poteva produrre, cioè i suoi effetti di domanda giudiziale ← **la sanatoria retroagisce al momento della proposizione della domanda viziata**.

Il 164 aggiunge un diverso regime di sanatoria nel caso in cui il convenuto si sia costituito. La norma stabilisce che se, nonostante il vizio, il convenuto si è costituito (ad es. perché è venuto a conoscenza della data dell'udienza in un altro modo), la citazione viziata si sana automaticamente per effetto del semplice fatto che il convenuto si è costituito in giudizio. Se il convenuto si costituisce non serve alcuna attività di rilevazione della nullità e alcuna attività consequenziale di sanatoria, perché il semplice fatto che il convenuto ha scelto di costituirsi, nonostante il vizio, comporta per legge, ex art 164, la sanatoria della nullità, con efficacia retroattiva e quindi salvando tutti gli effetti.

Perché? Perché presentandosi il convenuto realizza concretamente il fine della citazione. Nonostante il vizio, il convenuto che si costituisce realizza lo scopo primo della citazione.

Il raggiungimento dello scopo dell'atto, previsto in generale dalla legge processuale (art. 156 co. 3), esclude la nullità dell'atto, ancorché questo sia carente di un suo elemento essenziale. La nullità è sanata di diritto automaticamente.

Cosa succede se manca o è incerta la parte della citazione relativa all'identificazione dell'azione (n. 1, 2, 3,)?

L'art. 164 cpc distingue in base al comportamento del convenuto, per un'esigenza di omogeneità rispetto alla distinzione introdotta dall'art. 163 cpc:

- **se il convenuto non si costituisce in giudizio** → cosa succede se a fronte di una incertezza assoluta su degli elementi (soprattutto 3 e 4) il convenuto non si costituisce in giudizio? Il L. adotta una regola che è quasi identica a quella dell'art. precedente → **la nullità della citazione anche in questo caso è rilevabile anche d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo + il vizio può essere sanato mediante la rinnovazione tempestiva della citazione, cioè mediante la rinnovazione della citazione entro un termine perentorio appositamente assegnato dal giudice. MA, se l'attore osserva il termine, questa volta la rinnovazione della citazione non ha efficacia retroattiva, ma produce i suoi effetti sananti a partire dal momento in cui è posta in essere la rinnovazione → non sono quindi fatti salvi gli effetti che la domanda giudiziale nulla avrebbe potuto produrre se l'efficacia sanante fosse stata retroattiva.**

Perché non c'è efficacia retroattiva della sanatoria? La ragione è legata agli elementi della domanda che sono viziati: riguardano l'oggetto della richiesta di tutela, cioè riguardano sostanzialmente il diritto soggettivo fatto valere. E la domanda non può essere idonea a produrre alcun effetto nemmeno per il tramite di una finzione se non si sa o non si può sapere quale è il suo oggetto, cioè quale è il diritto soggettivo per cui è fatta valere.

Es. tra gli effetti della domanda, c'è quello della interruzione della prescrizione. Come può, seppure retroattivamente, interrompere la prescrizione di un diritto soggettivo una domanda che non è idonea ad individuare un diritto soggettivo, perché manca il petitum o la causa petendi? Di quale diritto è interrotta la prescrizione se non possiamo desumerlo dalla domanda? Questo problema non si pone per il caso precedente, quello in cui il vizio riguarda la chiamata del convenuto e non l'oggetto, che invece è presente ed è certo.

Se il vizio riguarda ciò che contribuisce a determinare l'oggetto sostanziale della domanda, gli effetti non possono essere fatti retroagire → questo è un rischio, perché va considerato insieme ad un regime di rilevanza in ogni stato e grado di un processo. può darsi che la mancanza del petitum o della causa petendi sia accettata per la prima volta in cassazione. Ma siccome la sanatoria non è retroattiva, se la rinnovazione interviene in un momento in cui è passato più tempo rispetto a quello che è il regime prescrizione del diritto, la domanda sarà rigettata dal giudice, in quanto infondata → il diritto si è prescritto.

Il carattere non retroattivo della sanatoria rende inefficaci gli atti compiuti medio tempore → implicazioni molto serie.

- Il convenuto, nonostante il vizio relativo alla determinazione dell'oggetto, si costituisce in giudizio

→ NON c'è sanatoria automatica, perché in questo caso la costituzione in giudizio del convenuto non rappresenta affatto un comportamento che rimedia alla carenza della citazione, anzi è un comportamento consequenziale alla citazione in quanto la parte finalizzata a chiamare in causa il convenuto è assolutamente valida. In questa ipotesi non c'è alcun comportamento che realizza lo scopo della citazione nonostante il vizio → il comportamento del convenuto realizza lo scopo della citazione perché essa è idonea a conseguire questo scopo. Il giudice è chiamato a fissare un termine perentorio entro il quale l'attore deve, ex art. 164, integrare la domanda.

L'integrazione è diversa dalla rinnovazione. Integrare significa solo emendare il vizio senza rinotificare la citazione (come nel caso del rinnovo), ma semplicemente depositando in tribunale un atto in cui è esplicitata l'integrazione della citazione.

Perché in questo secondo caso non serve la rinnovazione? Perché la correzione del vizio non deve essere notificata? Perché il convenuto si è già costituito.

Anche questa integrazione sana il vizio con efficacia IRRETROATTIVA → la domanda produce i suoi effetti solo a partire dal momento in cui è integrata. La ratio è la stessa di prima: solo da quel momento la domanda produce i suoi effetti perché solo da quel momento si conosce l'oggetto.

EFFETTI DELLA DOMANDA GIUDIZIALE:

La domanda giudiziale è un atto con cui la parte fa disposizione del proprio diritto. Non è una disposizione diretta, come può accadere con un contratto di compravendita, ma è una disposizione indiretta. Il diritto viene disposto nel senso che lo si fa valere ai fini del riconoscimento giurisdizionale, del suo accertamento da parte del giudice → la domanda deve influire sul diritto.

si distinguono gli effetti della domanda in due categorie:

1. Effetti processuali → conseguenze della domanda sul rapporto processuale
2. Effetti sostanziali → conseguenze della proposizione della domanda relativi al rapporto sostanziale dedotto in giudizio.

Entrambi hanno a che vedere con il diritto soggettivo dedotto.

EFFETTI PROCESSUALI:

- ❖ **Litispendenza:** la pendenza della lite. A seguito della proposizione della domanda si procede all'effetto dell'instaurazione del rapporto processuale. Fin quando dura la pendenza della lite? Fino al passaggio in giudicato della sentenza. Anche in appello o in cassazione, la lite/il processo introdotto con la domanda giudiziale (di 1° grado) è sempre pendente. È sempre lo stesso processo che ha sempre lo stesso oggetto (o almeno solo una parte).
- ❖ **Non rinunciabilità della domanda senza il consenso del convenuto:** effetto che si produce dopo la proposizione della domanda. Supponiamo che dopo aver proposto la domanda, l'attore non abbia più interesse a continuare il processo. Il codice stabilisce che per rinunciare alla domanda proposta, l'attore deve ottenere il consenso del convenuto (art. 306 cpc). L'accordo tra attore e convenuto per la rinuncia alla domanda (rinuncia agli atti del giudizio ex art. 306) comporta l'estinzione del processo, cioè una chiusura del processo senza una sentenza, senza una decisione sul merito della lite, perché si è preso atto della rinuncia alla domanda ad opera dell'attore. Il 306 aggiunge che il consenso del convenuto è necessario solo se si è costituito in giudizio. Se invece non si è costituito in giudizio, l'attore può anche rinunciare unilateralmente alla domanda. Perché il 306 richiede ciò? Perché solo in questo caso il convenuto si è difeso → costituendosi ha preso posizione sulla domanda dell'attore (es. contestandone ammissibilità o fondatezza). Dato che il convenuto ha preso posizione, deve prestare il proprio consenso affinché una scelta unilaterale dell'attore possa riflettersi anche nei suoi confronti → l'estinzione del processo che ne deriva non riguarda solo la domanda dell'attore, ma anche la difesa del convenuto. Se il convenuto, invece, non si è costituito,

questa esigenza di estinzione solo se il convenuto accetta non c'è, perché non c'è alcuna difesa del convenuto. La cassazione ha detto che il consenso del convenuto non serve ai fini della rinuncia agli atti del giudizio non solo quando, come dice il 306, il convenuto non si è consapevolmente costituito, ma anche quando si è costituito ma si è difeso solo in rito, cioè non anche nel merito. Con la parola rito si intende l'insieme dei presupposti processuali. La decisione in merito della controversia dipende solo dalle prove e quindi dall'accertamento dell'esistenza del diritto fatto valere. Se il convenuto si è difeso senza contestare il diritto fatto valere dall'attore, il suo consenso alla rinuncia alla domanda dell'attore, cioè il suo consenso alla rinuncia da parte dell'attore all'atto con cui fa valere il suo diritto soggettivo è irrilevante, perché non ha messo in discussione il diritto fatto valere dall'attore. È come se non si fosse costituito nel merito ma solo ai fini del rito → è come se non si fosse costituito, ai fini della rinuncia.

L'estinzione del processo non comporta l'estinzione dell'azione. Questa è la norma del cpc che invece che parla di domanda parla proprio di azione.

L'attore, anche quando ha rinunciato alla domanda per il tramite del consenso del convenuto, non perde il diritto di riproporre una domanda che abbia ad oggetto quello stesso diritto in futuro. La rinuncia alla domanda giudiziale riguarda esclusivamente quella singola esperienza di esercizio dell'azione, il singolo processo instauratosi con la proposizione di quella domanda.

Questo ci permette di distinguere la rinuncia agli atti del giudizio dalla rinuncia all'azione, cosa completamente diversa.

La transazione, laddove la controversia sia già stata dedotta in giudizio, ha senso solo se contiene una rinuncia all'azione. La rinuncia all'azione è una rinuncia al diritto soggettivo fatto valere nel processo, è un atto dispositivo del diritto sostanziale → atto negoziale con effetti sul processo. contiene in sé, infatti, una rinuncia alla domanda, ma non si esaurisce nella rinuncia alla domanda → comporta una rinuncia definitiva all'azione, cioè al diritto fatto valere. Se la rinuncia alla domanda è un atto prettamente processuale, con la rinuncia all'azione si ha un atto SOSTANZIALE. La rinuncia all'azione, quindi, non comporta solo l'estinzione del processo, ma comporta senz'altro l'estinzione del diritto.

L'attore si preoccupa sia del processo pendente che del diritto sostanziale di cui è titolare → ambito più ampio.

- ❖ **Perpetuatio iurisdictionis**: "perpetuazione della giurisdizione". Regola che riguarda sia la competenza che la giurisdizione. Questa regola si trova nell'art. 5 cpc. Attribuisce il potere giurisdizionale al giudice italiano in luogo di un giudice straniero o ad un giudice italiano ordinario in luogo di un giudice italiano ma speciale. La competenza è costituita dall'insieme dei criteri che individuano il potere giurisdizionale in capo ad un determinato ufficio giudiziario italiano in luogo di tutti gli altri uffici giudiziari italiani (es. tribunale di Milano in luogo di qualunque altro italiano). La proposizione della domanda rende irrilevanti, ai fini della determinazione della giurisdizione e della competenza, eventuali mutamenti di fatto o modifiche legislative che siano sopravvenute alla proposizione della domanda. Per stabilire se un giudice ha la giurisdizione e la competenza bisogna tenere conto di una serie di situazioni di fatto e di regole processuali che sono stabilite nel cpc. Ma è possibile che sia le situazioni di fatto che le leggi vigenti al momento della proposizione della domanda cambino nel corso del processo. la realtà di fatto non resta immutata, le leggi non restano immutate. Sia giurisdizione che competenza si determinano in relazione ad un'analoga situazione di fatto, che oggi è data, di regola, dalla residenza o dal domicilio del convenuto → per stabilire il giudice che ha competenza devo rifarmi al luogo in cui il convenuto ha residenza o domicilio.

Non mi interessa se la situazione di fatto o se le norme cambiano, l'importante è che, al momento della proposizione, questi elementi portano ad individuare il giudice adito.

La Cassazione spesso si è chiesta se, a seguito di un cambiamento della legge vigente o della situazione di fatto, il giudice adito dall'attore guadagna giurisdizione e competenza.

L'ipotesi in cui l'attore si rivolge ad un giudice che in base a situazione di fatto e norma non era titolare della giurisdizione e della competenza, ma che a seguito del cambiamento della situazione di fatto o della norma diventa titolare di giurisdizione o competenza. Questo cambiamento è irrilevante (come dice l'art. 5

per l'ipotesi opposta) o è rilevante? Cosa risponde la Cassazione? Anche in questo caso il mutamento deve restare irrilevante, perché ciò che contribuisce a determinare la giurisdizione o la competenza del giudice è la proposizione di una domanda davanti al giudice competente. Se una domanda è stata proposta davanti ad un giudice incompetente, deve restare incompetente.

In dottrina si è pensato che questo sia diseconomico, soprattutto se il difetto di giurisdizione o competenza emerge nel corso del processo, ossia dopo che sono stati compiuti atti processuali, destinati a venire meno ex post, quando si accerta che al momento della domanda c'era difetto di giurisdizione o competenza. → qualche anno fa c'è stata qualche pronuncia della Cassazione che ha sostenuto il principio opposto: nel caso in cui il mutamento della situazione di fatto o della legge comporta la sopravvenienza della giurisdizione o della competenza del giudice rispetto al momento della proposizione della domanda, sono fatti salvi gli atti compiuti dal giudice prima che si verificasse questo mutamento nella situazione di fatto o nella legge, prima che cioè fosse chiaro che il giudice aveva la competenza o la giurisdizione (orientamento in vigore oggi).

EFFETTI SOSTANZIALI:

1. Effetti sostanziali della domanda che dipendono propriamente soltanto dalla proposizione della domanda, indipendentemente dall'esito del processo
2. Effetti sostanziali della domanda che dipendono non solo dalla proposizione della domanda, ma anche necessariamente dall'esito del processo e in particolare dall'accoglimento della domanda da parte del giudice → se e solo se il giudice dà ragione all'attore, si producono certi effetti sostanziali della domanda

1 → interruzione della prescrizione del diritto fatto valere. Non importa se il processo si concluderà con accoglimento o rigetto della domanda, si interrompe lo stesso la prescrizione. Questo effetto è sostanzialmente unico, anche se adesso si possono ricondurre anche quelle situazioni in cui dal decorso del tempo non rileva l'estinzione ma l'acquisto del diritto. La proposizione della domanda, in quanto forma di esercizio di un diritto, è idonea a perfezionare la fattispecie acquisitiva di un diritto mediante il suo semplice esercizio in via di fatto, cioè il suo possesso.

2 →

- ❖ Sospensione della prescrizione. Quale è la differenza tra interruzione e sospensione? L'interruzione è l'effetto che per legge consegue all'esercizio del diritto → accade che il termine prescrizionale ricomincia a contarsi da zero e comincia a ricontarsi da zero dal momento dell'esercizio di un atto connesso. La sospensione della prescrizione implica un arresto del corso del termine prescrizionale. Se la domanda, dopo essere stata proposta, è accolta dal giudice, la domanda produce retroattivamente l'effetto di sospensione della prescrizione → comporta retroattivamente che, a seguito della proposizione della domanda, il termine prescrizionale non è solo interrotto, ma anche sospeso e quindi non riprende a decorrere dal momento successivo alla presentazione della domanda, bensì alla pronuncia della sentenza di accoglimento. Se la domanda è accolta dal giudice alla fine del processo, questa circostanza produce retroattivamente (al momento della proposizione della domanda) l'effetto di sospensione della prescrizione, che si va ad accumulare a quello della sospensione → l'attore sa che il suo termine di prescrizione non è iniziato a decorrere quando ha proposto la domanda, ma ricomincerà a decorrere solo dopo la sentenza di accoglimento. Qui troviamo la principale finalità comune a tutti gli effetti sostanziali che dipendono dall'accoglimento della domanda: evitare che la durata del processo produca un pregiudizio all'attore, quando l'attore si rivela essere la parte che subito davvero una lesione e che quindi aveva ragione → l'ordinamento non vuole che il tempo necessario per arrivare al riconoscimento della sua ragione vada a ledere l'attore (che aveva ragione), ed il primo rischio è proprio quello della prescrizione.

Es. la sentenza di accoglimento arriva dopo 6 anni rispetto alla domanda. L'attore ha ragione, ma nel frattempo il suo diritto si è prescritto (se non ha interrotto la prescrizione con un atto

extragiudiziale) → il legislatore tutela l'attore. assicura pienamente l'interesse della parte che ha ragione.

- ❖ **Possesso della cosa** → il possesso è un potere di fatto esercitato da chi non ha con certezza un diritto di proprietà su quel bene. Il possesso si caratterizza perché se ne presume la buona fede (art. 1147). La buona fede in senso soggettivo è l'ignoranza di ledere l'altrui diritto. la legge presume che chiunque possiede, possiede in buona fede. Tra le regole del possesso vi è anche quella secondo cui il possessore, quando è chiamato a restituire il possesso, è tenuto anche a restituire i frutti naturali o civili della cosa posseduta nei casi in cui fosse in mala fede. Non anche nei casi in cui fosse in buona fede. In entrambi i casi deve restituire il bene, ma rispetto ai frutti prodotti durante il possesso, il cc prevede l'obbligo restitutorio solo da parte di colui che possedeva la cosa sapendo di ledere l'altrui diritto. *Eccezione nel caso in cui la restituzione del possesso e dei frutti avviene in conseguenza dell'accoglimento di una domanda giudiziale (tipicamente una domanda di rivendica) → la legge prevede che il possessore possa essere condannato a restituire i frutti della cosa anche se ha posseduto in buona fede. La ragione è la stessa che sta alla base della sospensione della prescrizione: l'accoglimento della domanda rivela ex post che l'attore aveva ragione ed era davvero proprietario. Per evitare che la durata del processo lo danneggi, la legge civile prevede che il possessore, che ha obbligato l'attore a fargli causa prima di restituirgli ciò che era suo, deve restituirgli i frutti (sia che fosse possessore in buona fede sia che lo fosse in mala fede).
- ❖ **Interessi prodotti da un'obbligazione pecuniaria** → il cc al 1283 prevede in generale il divieto di anatocismo. Il divieto di anatocismo è il divieto di capitalizzazione degli interessi. La somma data a mutuo obbliga il mutuatario a corrispondere gli interessi generati dal ritardo sul capitale. ma non può produrre anche interessi per effetto della scadenza sugli interessi generati dal capitale → sarebbe una forma indebita di arricchimento. Se il credito è fatto valere in via giudiziale con una domanda di condanna, il 1283 consente al creditore di ottenere la condanna del debitore non solo alla corresponsione del capitale e degli interessi, ma anche degli interessi maturati sugli interessi. Si vuole evitare che il tempo necessario per arrivare alla pronuncia della sentenza vada a svantaggio dell'attore, il quale, se ottiene ciò che gli spettava al momento della scadenza del contratto, ottiene meno di ciò a cui ha astrattamente diritto (perché ottiene ragione quando è pronunciata la domanda di accoglimento e quindi molto tempo dopo la scadenza del contratto). Se così non fosse, perderebbe tutti gli interessi che si hanno tra la scadenza e la pronuncia della sentenza di accoglimento. Lui recupera questa perdita solo perché la legge ex post permette all'attore di ottenere retroattivamente tutti gli interessi (anche gli interessi sugli interessi).

Cosa succede dopo la proposizione della domanda giudiziale?

Si ha l'ampliamento del rapporto processuale nei confronti del giudice. Fintantoché il processo si trova nella sua fase introduttiva, il rapporto processuale è limitato alle parti. il giudice, pur essendo indicato nella domanda, non è ancora a conoscenza della pendenza del processo e delle istanze di tutela giurisdizionale proposte. L'atto processuale successivo alla proposizione della domanda consente di estendere il rapporto processuale tra le parti al giudice → cd costituzione in giudizio delle parti.

Questo è un atto che riguarda sia l'attore che il convenuto (il quale ha semplicemente ricevuto con la notificazione la domanda).

Costituirsi in giudizio consiste nell'atto processuale con cui le parti presentano le proprie istanze al giudice. Il compimento dell'atto di costituzione in giudizio consiste in una serie di attività materiali che si compendiano sotto la qualifica di "atto di costituzione in giudizio".

Queste attività si risolvono nella formazione del fascicolo di parte e nel deposito presso la cancelleria del giudice. Questo è un fascicolo composto dall'originale dell'atto introduttivo del processo e dei documenti che l'attore può offrire in comunicazione (art. 163). Anche la costituzione in giudizio del convenuto si realizza mediante la stessa attività materiale: costituendo un fascicolo di parte contenente l'atto difensivo e i documenti che decide di offrire in comunicazione al giudice.

Il compimento dell'atto di costituzione in giudizio è regolato dal codice con l'imposizione di termini decadenziali, termini la cui decorrenza implica conseguenze negative per la parte → non preclude alla parte di costituirsi in giudizio tardivamente, ma implica la perdita di alcuni poteri processuali, che o sono

esercitati dalla parte tempestivamente o non possono più essere esercitati. Il termine decadenziale per la costituzione in giudizio può comportare delle conseguenze realmente negative solo per il convenuto: l'attore, avendo già proposto la domanda, ha già esercitato i poteri processuali di cui intendeva avvalersi. Art. 165 cpc → costituzione in giudizio dell'attore

Art. 166 cpc → costituzione in giudizio del convenuto

Il lasso di tempo che deve intercorrere tra la notifica della domanda e la data dell'udienza non può essere inferiore a 90 o 150 gg (ex art. 163 cpc). L'attore ha 10 giorni dalla notificazione per costituirsi in giudizio. Entro questo termine, l'attore deve formare il fascicolo di parte (contenente l'originale dell'atto di citazione) + deve depositarlo presso la cancelleria del giudice adito.

La costituzione in giudizio da parte dell'attore è ciò che consente la cd "[iscrizione a ruolo della causa](#)" → atto interno all'ufficio giudiziario compiuto dalla cancelleria, la quale inserisce la controversia già pendente in quello che si chiama il ruolo generale delle controversie pendenti dinanzi a quell'ufficio giudiziario. È un atto che segna da un pov formale la presa in carico della controversia da parte dell'ufficio giudiziario e che da un pov quasi simbolico si riassume nell'assegnazione di un numero di ruolo generale che identifica la causa distinguendola da tutte le altre. Ogni fascicolo è classificato in base al numero di ruolo generale della causa (R.G.N. + numero/anno).

La costituzione in giudizio del convenuto, che finora non ha fatto niente, è regolata dal 166 cpc → il convenuto può costituirsi in giudizio fino alla data dell'udienza che è fissata dall'attore nell'atto di citazione. Tuttavia, il 166 cpc (come si ricava anche dal n. 7 co. 3 del 163) prevede che il convenuto è tenuto a costituirsi almeno 20 gg prima della data dell'udienza se intende far valere determinati poteri difensivi che la legge individua come esercitabili solo entro il termine decadenziale dei 20gg prima della data dell'udienza. Questo è giustificato dalla necessità di assicurare che il giudice, che è chiamato a trattare la causa a partire dall'udienza, sia pienamente in grado di conoscere non solo la domanda dell'attore, ma anche le difese svolte dal convenuto. Laddove il convenuto si costituisca in un momento posteriore ai 20 gg prima dell'udienza, incorrerà nella decadenza e quindi nella perdita definitiva di quei poteri difensivi necessari per proporre certi atti.

Cosa succede se attore o convenuto non si costituiscono in giudizio nel termine assegnato dal cpc?

→ art. 171 cpc →

Cosa succede se l'attore non si costituisce? Il L. adotta un atteggiamento che è volto a conservare la validità della domanda come atto introduttivo del processo ed il rapporto processuale instaurato con la proposizione della domanda.

Se l'attore non si costituisce in giudizio, la legge non prevede l'estinzione del processo, ma prevede che spetti al convenuto la scelta se costituirsi o meno in giudizio, indipendentemente dalla scelta compiuta dall'attore.

Se il convenuto si costituisce in giudizio ai sensi dell'art. 166 (in udienza o 20gg prima), l'art. 171 prevede che l'attore abbia possibilità di costituirsi, seppur tardivamente, fino alla data dell'udienza. Se si costituisce in giudizio nei termini del 166 nonostante la mancata costituzione da parte dell'attore, quest'ultimo resta legittimato a costituirsi, seppur tardivamente, entro e non oltre la data dell'udienza. Se non si costituisce nemmeno entro la data dell'udienza, il giudice con un provvedimento dichiara l'attore contumace (regime processuale in cui alla parte che ha scelto consapevolmente di non costituirsi in giudizio, di venire a conoscenza degli elementi fondamentali del processo, così che possa costituirsi anche tardivamente e svolgere un'attività processuale nel proprio interesse → anche dopo che l'attore è stato dichiarato contumace, non perde la possibilità di costituirsi tardivamente dopo la data dell'udienza).

Questo però implica scadenze molto serie: se l'attore è dichiarato contumace, i suoi poteri sono non recuperabili se non dimostra che la sua mancata costituzione è dipesa da una causa a lui non imputabile, cioè se la mancata costituzione in giudizio non è dipesa da sua colpa.

Normalmente l'attore, se non si costituisce tempestivamente, rischia di perdere la maggior parte dei suoi poteri di replica.

Cosa succede se, invece, l'attore si costituisce tempestivamente, ma non si costituisce il convenuto? Il L. non prevede di nuovo un'estinzione del processo. Ma, previo accertamento della regolarità della notifica (e quindi del fatto che la mancata costituzione in giudizio del convenuto è il risultato della sua scelta

consapevole e non di un errore imputabile all'attore), dichiara immediatamente contumace il convenuto. Questo perché l'attore si è già costituito in giudizio.

Cosa succede se nessuna delle parti si costituisce in giudizio?

Solitamente ciò accade quando l'attore decide di non costituirsi. Quando il convenuto verifica che l'attore non si è costituito, allora spesso anche il convenuto non si costituisce → il convenuto non ha voluto il processo, non ha esigenze di tutela ma deve solo difendersi. L'udienza però è fissata. Cosa fa, quindi, il giudice se nessuna delle parti si è costituita? Il 171 co. 1 stabilisce che *il giudice deve adottare il provvedimento dell'art. 307*. Questa norma non si applica in tutti i casi in cui entrambe le parti non si costituiscono affatto (perché il giudice nemmeno conosce l'esistenza del processo, per cui la causa nasce e muore tra le parti). Il 307 si applica quando attore e convenuto si costituiscono entrambi in giudizio ma tardivamente. Il 307 prevede la regola secondo cui il giudice, preso atto della tardiva costituzione di entrambi, dispone la cancellazione della causa dal ruolo → adotta un provvedimento uguale ma contrario rispetto a quello compiuto dalla cancelleria con l'iscrizione della causa a ruolo. Questo provvedimento NON comporta l'estinzione del processo. anche a seguito della cancellazione, il processo resta pendente per un termine di 3 mesi, entro il quale l'attore può riassumere la causa. L'attore può adottare l'atto processuale conseguente alla cancellazione della causa dal ruolo → notificazione di una nuova domanda giudiziale. Se entro 3 mesi non riassume il processo entro 3 mesi, egli incorre nella decadenza: non può proporre nuovamente quella stessa domanda. Non può tenere salvi gli effetti che aveva prodotto la prima domanda.

LA FIGURA DEL CONVENUTO:

In quanto destinatario della domanda proposta dall'attore, il convenuto si trova nella posizione di chi deve difendersi dall'istanza di tutela svolta dalla controparte.

Ma anche il diritto di difesa ha carattere fondamentale. L'art. 24 co. 2 cost. sancisce l'inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del processo. il diritto di difesa non va ridotto alla semplice partecipazione al contraddittorio. Questa è una prerogativa che spetta ad entrambe le parti del processo durante tutto il giudizio.

Il diritto di difesa, invece, è una prerogativa che spetta esclusivamente al convenuto in quanto destinatario della domanda di tutela giurisdizionale. Il diritto di difesa è qualcosa di più specifico rispetto al semplice diritto al contraddittorio → è il diritto di prendere posizione sulla domanda che l'attore ha proposto nei confronti del convenuto.

Bisogna capire quali sono i poteri con cui il convenuto può difendersi da una domanda giudiziale.

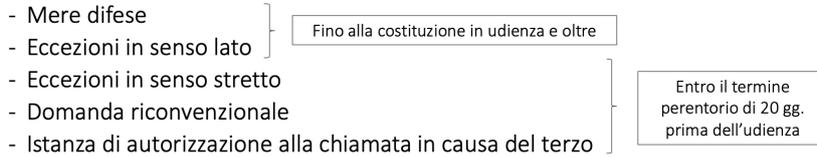
Questi poteri sono fortunatamente previsti ed in parte regolati nel **167 cpc**. Se l'art. 163 individua il contenuto formale dell'atto di citazione, consentendo all'attore di far valere la sua versione dei fatti (quella risultante dalle allegazioni svolte dall'attore nella domanda giudiziale), il 167 individua il contenuto formale dell'atto con cui il convenuto esercita il diritto di difesa nei confronti della domanda → l'atto con cui il convenuto fa valere la propria diversa visione dei fatti sulla base di opposte allegazioni. L'atto con cui il convenuto esercita il diritto di difesa prende il nome di "comparsa di costituzione e risposta". La formula più sintetica è la sola parola "comparsa".

La comparsa non ha bisogno di essere proposta. Il rapporto processuale è già instaurato ed è pendente a seguito della notifica. È necessario che la comparsa venga depositata presso la cancelleria. Con il deposito presso la cancelleria, il convenuto sia si difende dalla domanda sia si costituisce in giudizio. Ciò che per l'attore si divide in due momenti (proposizione della domanda e costituzione in giudizio) è, invece, ridotto ad un unico atto per il convenuto, il quale con il deposito in cancelleria della comparsa esercita il diritto di difesa e al contempo si costituisce in giudizio.

I poteri difensivi del convenuto sono individuati nel 167, che ne individua sostanzialmente 4. Alcuni di questi poteri possono essere esercitati solo se il convenuto si costituisce tempestivamente 20 gg prima dell'udienza, altri possono essere esercitati anche se si costituisce entro la data dell'udienza o addirittura se si costituisce dopo la data dell'udienza (dopo che è stato dichiarato contumace).

I poteri difensivi del convenuto

- I poteri difensivi del convenuto ex art. 167 c.p.c.



I poteri difensivi che ottiene il convenuto se si costituisce 20 gg prima, sono poteri idonei ad introdurre fatti ulteriori rispetto ai fatti costitutivi della domanda. Qui il ruolo del giudice è molto gravoso, perché non solo deve conoscere i fatti costitutivi della domanda affermati dall'attore e regolarmente contestati dal convenuto, ma deve conoscere anche tutti i fatti "oppositivi" che il convenuto impiega per veder dichiarata inammissibile o infondata la domanda dell'attore.

Con le attività difensive che ottiene se non si costituisce 20 gg prima il convenuto si limita a negare i fatti costitutivi che l'attore ha posto a fondamento della sua domanda. Qui il ruolo del giudice è meno gravoso, perché la sua attività si risolve nel conoscere i fatti costitutivi della domanda.

Iniziamo da questi ultimi → [poteri difensivi "generali" del convenuto](#).

Queste sono riconducibili a due categorie (**167 cpc**, omologo del 163):

1. [Mere difese](#) → [Contestazione](#) (processuale, che nulla ha a che vedere con la contestazione del diritto altrui come ipotesi di lesione che giustifica il ricorso alla tutela di mero accertamento). È una vicenda del processo e non del diritto fatto valere. Come esprime questo potere il 167? Lo esprime dicendo che nella comparsa, il convenuto deve anzitutto prendere posizione sui fatti che l'attore ha posto a fondamento della sua domanda. Su quei fatti a cui si dà tradizionalmente il nome di fatti costitutivi, perché compongono la fattispecie costitutiva del diritto fatto valere dall'attore. prendere posizione o contestare i fatti costitutivi significa negarne l'esistenza. Questo è solo un primo generico potere difensivo che limita il suo ambito di rilevanza a ciò che l'attore ha stabilito con la domanda giudiziale. Il convenuto, così, gioca nel campo dell'attore. La contestazione non è quasi mai da sola sufficiente per consentire al convenuto di ottenere il rigetto della domanda dell'attore. parlando delle prove, la cd prova negativa (cioè la prova che un fatto non si è verificato) è molto difficile. Sia o meno una strategia consigliabile per il convenuto quella di difendersi con una mera contestazione dei fatti costitutivi dell'attore, la contestazione come potere difensivo è collegata ad un importante effetto processuale che incide direttamente sull'onere della prova gravante sull'attore. Art. 2697: regola positiva sull'onere della prova → questa disposizione regola il funzionamento dell'onere della prova, stabilendo che grava su colui che propone la domanda giudiziale l'onere di provare i fatti costitutivi fatti valere con la domanda. Al co. 2, la norma introduce un'altra regola: la regola dell'onere della prova serve per consentire al giudice di pronunciare una sentenza di merito anche quando le parti non hanno provveduto in modo corretto alla prova. Con riferimento all'attore, considera infondata la sua domanda in quanto non ha dimostrato il diritto fatto valere. Il fatto che l'attore sia stato o meno in grado di provare i fatti costitutivi del suo diritto, cioè di assolvere o meno all'onere della prova previsto dal 2697 co. 1 cc, non dipende nel nostro ordinamento solo dal comportamento dell'attore, ma può dipendere anche dal comportamento del convenuto ← ce lo dice il **115 cpc**: stabilisce che il giudice deve porre a fondamento della sua decisione oltre che le prove fornite dalle parti, con la conseguenza che se le parti non forniscono le prove sufficienti troverà applicazione la regola dell'onere della prova, anche i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita. Il giudice, cioè, può ritenere provati i fatti costitutivi dell'attore, ancorché questi non li abbia provati, se il convenuto, nel costituirsi in giudizio (e quindi depositare in cancelleria), non ha specificamente contestato quei fatti costitutivi della domanda → anche la contestazione dei fatti costitutivi rappresenta uno strumento difensivo che ha una certa importanza, perché la mancata contestazione comporta l'effetto di esonerare (o

sollevare) l'attore dall'onere della prova. Se il convenuto non contesta i fatti costitutivi, il giudice davanti ad una prova insufficiente da parte dell'attore può concludere nel senso di ritenere provati quei fatti (e quindi di dare ragione all'attore accogliendone la domanda) nei casi in cui il convenuto non li abbia specificamente contestati → [deroga al principio dell'onere della prova](#) (per cui se non provi i fatti a tuo carico perdi la causa). Questo non significa che, a seguito della mancata contestazione dei fatti costitutivi da parte del convenuto, l'attore ha la vittoria in tasca. Significa che, nella misura in cui il convenuto non contesta i fatti costitutivi, l'attore può rimanere inerte rispetto all'assolvimento dell'onere della prova senza rischiare di veder rigettata la sua domanda. Non va dimenticato che il potere di contestazione del convenuto (e quindi prende posizione sui fatti costitutivi) è un potere generale e NON soggetto al termine dei 20 gg → può essere fatto valere anche nel corso del processo e non subito. Se il convenuto, pur non avendo inizialmente contestato i fatti costitutivi nella comparsa, li contesta successivamente, quella successiva contestazione farà riattivare l'onere della prova a carico dell'attore, che non ne sarà più esonerato, ma sarà nuovamente tenuto a dimostrare quei fatti. La sollevazione dall'onere della prova è anche chiamata *relevatio ab onere probandi*. C'è un [limite](#) dopo il quale la mancata contestazione da parte del convenuto consente all'attore di dire che ha la vittoria in tasca: momento in cui maturano le cd [preclusioni istruttorie](#). La preclusione viene posticipata, dopo autorizzazione della trattazione scritta della causa, al deposito delle memorie scritte istruttorie (99% dei casi). Quando l'attore non ha più modo di fornire prove a sostegno dei fatti costitutivi, perché la legge del cpc che gli sottrae questo potere, anche una contestazione dei fatti da parte del convenuto non può più riattivare l'onere della prova, perché in base alle regole processuali l'attore non è più in grado di fornire la prova. Fintanto che la preclusione istruttoria non è maturata, l'esercizio del potere di contestazione consente al convenuto di tenere vigente nei confronti dell'attore la regola dell'onere della prova. Affinché la regola dell'esonero dall'onere della prova si applichi (115 cpc), serve che la mancata contestazione risulti da un comportamento specifico della parte costituita: il convenuto deve essersi costituito + il convenuto deve aver contestato specificamente i fatti (e non genericamente) → abbia cioè preso posizione su ciascuno dei fatti. Dobbiamo anche precisare che il 115 fa riferimento genericamente alla parte che propone la domanda o nei cui confronti è proposta la domanda, perché entrambe le regole (sia del 2697 che del 115) possono trovare applicazione nei confronti dell'attore, quando del processo è anche convenuto (perché il convenuto o un terzo hanno proposto una domanda nei suoi confronti) → la mancata contestazione dell'attore esonera il convenuto dall'onere della prova.

Abbiamo fatto riferimento alla posizione di attore e convenuto, ma in realtà il 115 non parla di ciò. Il 115 fa riferimento ai fatti non specificamente contestati dalla parte civile (che può essere il convenuto ma anche lo stesso attore)

2. [Eccezioni in senso lato](#) → [Potere di eccepire](#) (ossia opporre all'attore) [i fatti costitutivi, modificativi e impeditivi](#). dobbiamo introdurre il concetto di eccezione. Se il concetto di azione qualifica anche la posizione dell'attore, il concetto che qualifica la posizione del convenuto è l'eccezione. L'attore esercita un'azione, [il convenuto solleva \(o oppone\) un'eccezione](#). In cosa consiste l'eccezione? È un potere difensivo che si differenzia profondamente dalle mere difese, perché introduce nel processo un fatto ulteriore e diverso rispetto al fatto costitutivo della domanda. Con le eccezioni, il convenuto non gioca più nel campo dell'attore e basta, ma gioca anche nel proprio campo. Il campo del convenuto [consiste nella allegazione e poi nella prova di un fatto diverso e ulteriore rispetto a quello costitutivo](#). Siccome questo fatto ulteriore serve come strumento di difesa al convenuto, cioè come motivo di rigetto della domanda dell'attore, deve necessariamente essere un fatto che produce degli effetti opposti a quelli che produce il fatto costitutivo. Tutto ciò che non contribuisce a far sorgere il diritto dell'attore ma a farlo venir meno rientra nell'ambito dei fatti che il convenuto può opporre all'attore per ottenere il rigetto della sua domanda → [fatti estintivi, fatti modificativi o fatti impeditivi](#). Tutti questi tipi di fatti hanno in comune l'essere [idonei a far venir meno il diritto dell'attore](#). Serve distinguere da un lato i fatti estintivi e modificativi, e dall'altro i fatti impeditivi. Questa distinzione è data dal momento in cui questi tipi di atti si verificano. Un esempio di fatto estintivo del diritto è la *prescrizione*, il decorso del lasso di tempo stabilito dalla legge dell'inerzia del titolare del diritto. Un esempio di fatto modificativo è la *sopravvenienza di vizi*

della cosa venduta o costruita. Fatti estintivi e modificativi sono entrambi posteriori rispetto alla verifica del fatto costitutivo. I fatti impeditivi, invece, non sono posteriori ma contestuali, contemporanei al fatto costitutivo. Un esempio di fatto impeditivo è il vizio del consenso (errore, dolo o violenza). Sono fatti che fanno venir meno il diritto dell'attore nascente dal contratto e, a differenza dei due precedenti, non sono posteriori al fatto costitutivo, ma sono contestuali. A questo punto dobbiamo distinguere due modi diversi con cui il convenuto può difendersi eccependo la contestazione, modificazione o impedimento. *Eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto.* **Solo le eccezioni in senso lato appartengono, insieme alle mere difese, al novero dei poteri difensivi che non sono soggetti al termine preclusivo dei 20 gg.**

Art. 112 cpc: **principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato** → regola secondo cui tanto richiesto dalle parti, tanto deve essere deciso dal giudice. **La sentenza del giudice deve esprimersi su tutta la domanda e non oltre i limiti della stessa.** La sentenza non deve peccare né di "generosità", attribuendo una tutela giurisdizionale eccessiva, né deve peccare di "spilorceria", cioè pronunciandosi solo su una parte della domanda o su alcune delle domande → vizi che ne comportano la nullità.

La 2° parte del 112 cpc aggiunge che il giudice non solo deve pronunciarsi su tutta la domanda e non oltre i limiti della stessa, ma non può nemmeno pronunciare d'ufficio tutte le eccezioni che possono essere sollevate solo dalle parti. La regola è: se la legge stabilisce che certi fatti estintivi, modificativi o impeditivi possono essere introdotti nel processo solo su istanza del convenuto, l'assenza di questa istanza non può essere sostituita da un rilievo officioso del giudice. Il giudice può trovarsi nelle condizioni di rilevare che c'è un fatto estintivo, modificativo o impeditivo, ma se è un fatto che la legge dice che può essere introdotto solo dal convenuto, non può porre quel fatto a fondamento della sua decisione se il convenuto non l'ha introdotto sollevando eccezione ← **eccezioni in senso stretto (POTERE CHE PUÒ ESSERE FATTO VALERE SOLO ENTRO IL TERMINE PERENTORIO DEI 20 GG PRIMA DELLA DATA DELL'UDIENZA).**

In tutti i casi in cui la legge non stabilisce esplicitamente che l'eccezione non deve essere sollevata necessariamente dal convenuto, i fatti estintivi, modificativi o impeditivi possono essere rilevati anche d'ufficio dal giudice, anche in assenza di un'eccezione del convenuto.

Il 112 serve per distinguere eccezioni in senso lato e in senso stretto → **le eccezioni in senso lato sono le eccezioni che il giudice può sollevare anche d'ufficio, che quindi riguardano fatti estintivi, modificativi o impeditivi che possono essere rilevati anche d'ufficio dal giudice, anche in assenza di un'eccezione del convenuto.**

Le implicazioni della scelta del L. di stabilire se un'eccezione è in senso lato o in senso stretto sono importanti, perché l'inerzia del convenuto, nel caso di eccezione in senso stretto, porta ad una sentenza ingiusta, perché il convenuto non si è attivato tempestivamente sollevando la relativa eccezione. Il L. cerca di bilanciare due interessi: l'interesse della decisione giusta (se questo fosse perseguito in via esclusiva, tutto dovrebbe essere rilevabile anche d'ufficio) + interesse alla ragionevole durata del processo (una sentenza ottenuta più tardi di un certo momento può rivelarsi in concreto una sentenza inefficiente perché il convenuto o l'attore possono vedere quella sentenza ormai inutile). Se si volesse perseguire in via esclusiva l'interesse sotteso all'efficienza del provvedimento, dovrebbero esserci solo eccezioni in senso stretto. Per bilanciare i due interessi, il L. italiano cerca di bilanciare eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato.

Sulla base di questa classificazione si pone il grosso problema della legge italiana, costitutivo dal fatto che solo molto raramente la legge dice quando i fatti estintivi, modificativi o impeditivi sono rilevabili d'ufficio o meno. Sono poche le fattispecie in cui la legge espressamente qualifica una possibile eccezione del convenuto come in senso stretto o in senso lato. C'è un enorme dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'individuazione dei casi di eccezione in senso stretto o in senso lato.

Possiamo dire che, di regola, sono eccezioni in senso lato quelle con cui si fa valere un effetto estintivo, modificativo o impeditivo derivante da un mero fatto.

Sono eccezioni in senso strette, di regola, quelle con cui si fa valere un effetto estintivo, modificativo o impeditivo ma derivante dall'esercizio di un diritto soggettivo. il diritto soggettivo si può esercitare non solo con l'azione, ma anche con l'eccezione. Non c'è una differenza di metodo, c'è una **differenza di finalità tra esercitare il diritto in via di azione o in via di eccezione: quando l'attore esercita il diritto con la domanda, lo**

fa per veder riconosciuto il proprio diritto (tutela giurisdizionale), quando il convenuto esercita in via di eccezione in senso stretto un diritto soggettivo, lo fa non solo per vedere riconosciuto il proprio diritto, ma per vedere rigettata la domanda dell'attore (mezzo di difesa).

ECCEZIONI IN SENSO LATO:

- ❖ *Eccezioni di nullità e simulazione del contratto* (1421 cc). che la nullità sia un fatto estintivo del diritto derivante dal contratto ce lo dice la natura delle cose, ma che sia un'eccezione in senso lato ce lo dice il codice al 1421 cc. la nullità del contratto potrà essere rilevata anche d'ufficio dal giudice.
- ❖ *Eccezione di pagamento*. Siamo davanti ad un mero fatto: il pagamento è l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria.
- ❖ *Eccezione di concorso di fatto colposo del creditore* (1227 cc). anche qui siamo davanti ad un fatto. Non c'è la disposizione della sfera giuridica, è un fatto che ha un'efficacia modificativa del diritto

ECCEZIONI IN SENSO STRETTO:

- ❖ *Eccezione di compensazione* (1242 cc) → il convenuto si difende eccependo un diritto proprio che deriva dall'esercizio di un diritto e non da un mero fatto e quindi c'è disposizione della sfera giuridica del convenuto.
- ❖ *Eccezione di annullamento e recessione del contratto* (1422-1429 cc) → in questi casi il diritto fatto valere dal convenuto è un diritto potestativo. Queste eccezioni sono le omologhe delle azioni di annullamento e di recessione. Hanno un'importante differenza rispetto alle azioni: l'azione è soggetta a prescrizione di 5 anni, l'eccezione corrispondente NON è soggetta a prescrizione. Es. azione di annullamento per contratto concluso con persona legalmente incapace. L'incapace vuole agire in giudizio per l'accertamento dell'annullabilità del contratto e per ottenere l'effetto costitutivo dell'annullamento. Lo può fare entro 5 anni. Per avere l'adempimento di un contratto annullabile io posso sempre porre in eccezione l'annullabilità del contratto → posso sempre far valere l'eccezione dell'annullabilità del contratto per non eseguire un contratto annullabile.
- ❖ *Eccezione di inadempimento* (1460 cc) → nei contratti sinallagmatici, la parte che subisce l'inadempimento può legittimamente sottrarsi all'esecuzione della sua prestazione eccependo l'inadempimento della controparte. Il convenuto dispone della propria sfera giuridica.
- ❖ *Eccezione di garanzia nella vendita e nell'appalto* (1495-1667 cc) → effetto modificativo che deriva dall'esercizio di un diritto soggettivo. Il diritto di garanzia (ossia il diritto ad essere tenuti indenni dalle conseguenze negative della soccombenza) è un diritto soggettivo. la parte convenuta per l'adempimento si può difendere eccependo i vizi della cosa venduta o della cosa in appalto.

Ci sono eccezioni a questa classificazione:

- Eccezione di prescrizione: l'effetto estintivo del diritto non deriva da una situazione giuridica del convenuto ma da un mero fatto: il decorso di un lasso di tempo. Dovrebbe essere un'eccezione in senso lato, ma il 2938 cc ci dice che è un'eccezione che può essere rilevata solo dal convenuto.
- Eccezione dell'interruzione della prescrizione, proprio perché fa valere un mero fatto, è un'eccezione in senso lato, per giurisprudenza. Questo è strano perché entrambe hanno un effetto che deriva da un mero fatto e quindi da un pov strutturale sono omogenee.

I poteri difensivi che decadono se il convenuto non si costituisce prima dei 20 gg dall'udienza, quindi, sono:

1. Eccezioni in senso stretto (vd sopra)
2. Domanda riconvenzionale → domanda giudiziale nei confronti dell'attore. Lo strumento difensivo del convenuto è l'attacco. L'eccezione amplia l'oggetto del giudizio ma lo fa sempre al fine di ottenere lo scopo del rigetto della domanda. Con la domanda riconvenzionale, il convenuto fa qualcosa in più: *fa valere un proprio diritto soggettivo* ma, a differenza dell'eccezione in senso stretto, *lo fa SOLO per ottenere il riconoscimento del proprio diritto*, e non anche per ottenere il rigetto della domanda dell'attore. È possibile che il convenuto veda accolta la domanda dell'attore, ma al contempo veda accolta la domanda riconvenzionale con cui il convenuto fa valere il proprio

diritto soggettivo e lo fa valere allo scopo di ottenere una sentenza a sé favorevole, proprio perché riconosce il diritto che ha fatto valere in via riconvenzionale.

Il convenuto diventa al contempo anche un attore in via riconvenzionale e l'attore, in quanto destinatario della domanda riconvenzionale, diventa convenuto → tutto ciò che abbiamo detto sulla domanda giudiziale e sull'attore vale per la domanda riconvenzionale e per il convenuto che l'ha proposta (es. servono legittimazione ed interesse ad agire). Nel momento in cui il convenuto propone la domanda riconvenzionale, il processo è già pendente → la domanda può fare a meno degli elementi del 163 che servono per la chiamata in causa dell'attore → serviranno solo i numeri 2, 3 e 4.

Il fatto che con questa domanda il convenuto si faccia attore, e quindi faccia valere un diritto soggettivo di cui vuole un autonomo accertamento, complica il processo → nel processo sono proposte due domande cumulativamente, che non sono due domande proposte dalla stessa parte, ma proposte da due parti diverse e cumulate nello stesso processo → **CUMULO SOGGETTIVO DI DOMANDE**. "Soggettivo" qualifica il cumulo nel senso che le due domande sono proposte tra le stesse parti. Sia per la domanda giudiziale che riconvenzionale le parti sono sempre le stesse, solo che le loro qualifiche si invertono, a seconda che si qualifichi la domanda giudiziale o riconvenzionale.

Il cumulo di domande nel processo civile può derivare da due diversi tipi di rapporti:

- **tra le azioni c'è un rapporto di connessione soggettiva** → la connessione soggettiva si ha quando contro una stessa parte sono proposte due o più azioni anche non altrimenti connesse (104 cpc). Le due azioni (domande) non hanno niente in comune eccetto i soggetti. Il cumulo Soggettivo di domande che si verifica quando il convenuto propone una domanda riconvenzionale NON instaura una connessione soggettiva, perché questa non determina un cumulo soggettivo ma un cumulo Oggettivo di domande. L'art. 104 ammette che l'attore possa proporre due domande tra loro non altrimenti collegate a condizione che queste due o più domande siano rivolte nei confronti dello stesso soggetto, ossia nei confronti del convenuto. Quando l'attore potendo far valere un'azione contrattuale e una aquiliana (due azioni oggettivamente diverse), le fa valere nei confronti dello stesso convenuto si ha connessione soggettiva. **CONNESSIONE SOGGETTIVA CUMULO OGGETTIVO!!**
- **tra le azioni c'è un rapporto di connessione oggettiva** → nel caso della domanda riconvenzionale non c'è connessione soggettiva di azione perché le due domande sono sì cumulate nello stesso processo, ma non vedono come destinatario la stessa parte. La domanda riconvenzionale comporta un cumulo di domande che NON deriva da una connessione soggettiva di azioni, in quanto la connessione Soggettiva dà vita ad un cumulo Oggettivo di domande. **La domanda riconvenzionale comporta un cumulo di domande Soggettivo che quindi deriva da una connessione Oggettiva.** La connessione oggettiva, di cui all'art. 103 cpc, si ha quando, pur essendo diversi i soggetti delle due o più azioni proposte cumulativamente nello stesso processo, le azioni hanno in comune almeno uno degli elementi oggettivi: o il petitum o la causa petendi ← connessione oggettiva propria. Connessione oggettiva impropria → le due o più azioni possono essere proposte cumulativamente anche se non hanno in comune né petitum né causa petendi ma dipendono dalla soluzione di identiche questioni di fatto o di diritto. Nel caso di domanda riconvenzionale siamo davanti ad una connessione oggettiva propria delle azioni. Infatti, se ci chiediamo quali sono le domande riconvenzionali, il codice individua dei parametri che ci fanno capire che la domanda riconvenzionale proponibile dal convenuto è solo quella che determina una connessione oggettiva propria. La norma che ci permette di arrivare a questa conclusione è una norma in tema di competenza del giudice. L'art. 36 cpc prevede una deroga ai poteri ordinari del giudice ogni volta che viene proposta una domanda riconvenzionale. La deroga prevede che: se la proposizione della domanda riconvenzionale da parte del convenuto rende il giudice incompetente per materia o per valore a pronunciarsi anche sulla domanda riconvenzionale, tutta la causa (sia la domanda dell'attore che quella riconvenzionale) deve essere assunta davanti al giudice competente

per materia e valore competente a deciderle entrambe (un giudice superiore). Es. la domanda giudiziale dell'attore rientra nella competenza del giudice di pace. Il convenuto invece propone una domanda riconvenzionale, che avendo una materia diversa ed un valore superiore, non rientra nella competenza del giudice di pace ma in quella del tribunale. Chi decide le due domande? Il giudice superiore, in questo caso il tribunale competente per la domanda riconvenzionale. Nel dire ciò, il 36 ci dice incidentalmente quali sono le domande riconvenzionali ammesse nel nostro ordinamento → **cumulo soggettivo di domande con connessione oggettiva tra le domande**. [Il 36 prevede che si applica in tutti i casi in cui il convenuto propone una domanda dipendente dallo stesso titolo della domanda dell'attore o avente un titolo che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione](#). Il rapporto tra domanda dell'attore e domanda riconvenzionale attiene ad un elemento oggettivo dell'azione (il titolo, cioè la causa petendi). La CONNESSIONE è OGGETTIVA. [Ipotesi di ammissibilità della domanda riconvenzionale](#) stando all'art. 36:

- ❖ [Domanda giudiziale e domanda riconvenzionale dipendono dallo stesso titolo, dalla stessa causa petendi](#) (connessione oggettiva propria di azioni). Supponiamo che il venditore convenuto in giudizio il compratore per la condanna al pagamento. Il compratore che si costituisce entro i 20 gg può proporre una domanda riconvenzionale per obbligare il venditore alla consegna del bene. Queste due domande dipendono dallo stesso titolo. Se il diritto fatto valere dal convenuto in via riconvenzionale fosse slegato dal titolo della domanda dell'attore, quella domanda sarebbe inammissibile, perché mancherebbe il presupposto fondamentale della comunanza del titolo.
- ❖ La domanda riconvenzionale non si confronta con la domanda giudiziale, ma con l'eccezione che il convenuto propone in relazione alla domanda riconvenzionale. [L'eccezione e la domanda riconvenzionale derivano dallo stesso titolo](#). Anche in questa seconda ipotesi il convenuto, con la domanda riconvenzionale, fa valere un diritto soggettivo che consegue ad uno stesso titolo. Solo che, in questo caso, il titolo non è stato già il fondamento della domanda dell'attore, ma dell'eccezione proposta dal convenuto (eccezione in senso stretto). Es. a fronte della domanda di condanna al pagamento di un debito pecuniario proposta dall'attore, il convenuto si costituisce tempestivamente sollevando un'eccezione di compensazione (eccezione in senso stretto). L'opposizione di un controcredito in compensazione costituisce causa di estinzione del diritto di credito della controparte. A completamento di questa regola vi è la precisazione normativa secondo cui l'estinzione del credito per compensazione vale, a parità di esigibilità dei crediti, fino alla concorrenza dell'ammontare del controcredito: se il credito del creditore è 100 e il controcredito del debitore è 70, l'estinzione del credito di 100 non è totale ma limitata alla concorrenza dell'importo del controcredito, cioè a 70 → residua un credito di 30. Solo se c'è perfetta concorrenza la compensazione ha effetto estintivo. Ipotizziamo che, nel nostro esempio, il controcredito ecceduto dal convenuto sia superiore al credito dell'attore della domanda giudiziale. La posizione del convenuto è più articolata: non ha interesse solo a veder rigettata totalmente la domanda dell'attore, ma ha anche interesse a vedere riconosciuta la domanda dell'attore al pagamento del surplus. Debitore, convenuto in giudizio, che vanta un controcredito superiore a quello dell'attore: può ottenere l'estinzione del suo debito totalmente + può chiedere un pagamento da parte dell'attore del suo credito mediante una domanda riconvenzionale. Questo è possibile perché [l'eccezione e la domanda riconvenzionale derivano dallo stesso titolo](#).

La regola che ricaviamo dall'art. 36 è una scelta inevitabile? Non poteva che essere così? No. i limiti all'ammissibilità della domanda riconvenzionale sono il risultato di un equilibrio di interessi contrapposti operato dal L.

Anche per la domanda riconvenzionale si pongono quindi due interessi contrapposti su cui la legge processuale deve stare in equilibrio: conseguire una decisione più giusta possibile + conseguire una decisione che sia il più utile possibile, in termini di tempi del suo conseguimento.

Se pensassimo a cercare la sentenza giusta, dovremmo pensare al caso in cui è possibile proporre una domanda riconvenzionale slegata dal titolo della domanda, ma legata solo dal petitum o del tutto indipendente dalla domanda dell'attore (come in America).

3. **Chiamata in causa del terzo** → istanza di autorizzazione alla chiamata in causa di un terzo. Ciò che il convenuto può e deve fare 20 gg prima dell'udienza non è la chiamata in causa del terzo, ma è l'istanza al giudice di essere autorizzato a chiamare in causa il terzo. La chiamata in causa del terzo è un atto processuale che ha come effetto l'estendere il rapporto processuale, che fino a quel momento coinvolge attore e convenuto, ad un terzo. Nel processo civile, la categoria del "terzo" identifica tutti coloro che non sono uno degli attori o uno dei convenuti. L'ipotesi della chiamata in causa del terzo è uno dei casi in cui un soggetto, pur essendo coinvolto nella vicenda sostanziale, può rimanere estraneo. Il rimanere estraneo, però, può venire meno per iniziativa di una delle parti, ossia il convenuto, si rende conto che c'è una terza persona coinvolta e quindi si attiva per chiamarlo in causa e coinvolgerlo nel processo pendente. Le norme che regolano la chiamata in causa del terzo sono 106 (libro 1) e 269 (libro 2) cpc. Il 106 stabilisce i principi generali, cioè i presupposti in presenza dei quali si può chiamare in causa un terzo quando il processo è già pendente. Il 269 disciplina la modalità con cui la parte può svolgere la chiamata in causa del terzo → le norme vanno lette congiuntamente.

Art. 106 → presupposti per la chiamata in causa del convenuto → due presupposti alternativi (ne basta uno dei due per essere autorizzato):

- A. **La parte può chiamare in causa il terzo se la causa è comune al convenuto (o in generale alla parte) ed al terzo.** La causa non è il processo inteso come rapporto processuale. Il legislatore parla di causa in maniera tecnica e rigorosa: come espressione che allude alla controversia, cioè al rapporto sostanziale, alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio. La prima interpretazione che dobbiamo dare alla "comunanza della causa" qualifica la causa comune in termini di connessione oggettiva delle azioni → il convenuto può chiamare in causa il terzo se c'è un rapporto di connessione oggettiva tra l'azione che l'attore ha fatto valere verso il convenuto e l'azione che il convenuto intende esercitare nei confronti del terzo. Se c'è questa connessione, il convenuto può chiamare in causa il terzo. Questa lettura però è riduttiva → in realtà, si avrebbe comunanza di causa anche in casi in cui non c'è una connessione oggettiva di azioni, secondo questa dottrina. Ormai ci si fanno rientrare situazioni in cui, pur non essendoci piena identità di petitum o di causa petendi, c'è una relazione di pregiudizialità. Es. una parte viene chiamata in giudizio per la rivendica di un bene. Il convenuto intende difendersi dalla domanda dell'attore sostenendo che la domanda è infondata, in quanto l'attore non è titolare del bene ma ne è titolare un terzo. C'è dunque tutto l'interesse dell'attore di chiamare in causa il terzo. Chiamando in causa il terzo, il convenuto ha maggiori possibilità di ottenere degli argomenti difensivi. Il fatto che questi venga riconosciuto o meno proprietario ha una conseguenza anche nella sfera giuridica del terzo. In questo caso c'è evidente connessione oggettiva tra azione di rivendica e di mero accertamento che il convenuto vuole proporre nei confronti del terzo. Supponiamo che un creditore abbia un credito solidale verso due condebitori. Supponiamo che l'attore chiami in causa un solo condebitore solidale. Questo debitore consolidale potrebbe avere interesse a chiamare in causa un terzo. Anche in questo caso c'è comunanza di causa. In questo caso abbiamo causa commune per connessione oggettiva di azioni. Tuttavia, sulla base di un'interpretazione non restrittiva, si ritiene che possano entrare anche e situazioni in cui l'azione fatta valere dal convenuto verso il terzo, pur non avendo connessione oggettiva, sia legata da un nesso di pregiudizialità di pendenza. Es. il convenuto chiama in causa il terzo che è sub-contraente, cioè colui con cui il convenuto ha stipulato un contratto dipendente da quello tra attore e convenuto. Da un lato il terzo può fornire ulteriori argomenti e prove a sostegno del convenuto e consente che la sentenza resa tra attore e convenuto faccia stato anche verso di sé, cioè il terzo, in modo che non ci

sia modo di instaurare un provvedimento proprio autonomo nei confronti dell'attore. qui non c'è connessione oggettiva. La causa petendi è diversa. Anche il petitum è diverso, perché sono due contratti diversi. Ciononostante, ormai si ammette che, posta la formulazione più ampia del 106, anche i casi di pregiudizialità di pendenza

- B. **Garanzia da parte del terzo** → il convenuto pretende legittimamente di essere tenuto indenne dalle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla soccombenza nel processo. La garanzia è un'ipotesi di connessione oggettiva di azione. Laddove il convenuto può vantare una pretesa di garanzia, cioè di essere garantito dal terzo, si verifica una situazione in cui o vi è identità del titolo (garanzia per evizione che deriva dal contratto di compravendita) o vi è lo stesso petitum (garanzia personale, la fideiussione che deriva da un contratto diverso da quello originale, ma che ha ad oggetto l'adempimento dello stesso debito principale). **Garanzia propria** → garanzia basata su una vera e propria comunanza tra la vicenda sostanziale o la comunanza del petitum. Esempio è la fideiussione. **Garanzia impropria** → la pretesa di essere garantito dal terzo prescinde dall'identità del titolo ma deriva in via di mero fatto, cioè dal modo in cui si è venuto a determinare una relazione fattuale tra due parti. l'esempio di garanzia impropria è il collegamento negoziale.

Come si effettua la chiamata in causa del terzo? Il potere difensivo viene esercitato con la costituzione in giudizio almeno 20 gg prima dell'udienza. Il deposito della comparsa di costituzione e risposta deve contenere l'istanza di autorizzazione alla chiamata in causa del terzo e di differimento della data dell'udienza. Il giudice deve esercitare un controllo, seppur blando, sull'istanza di chiamata in causa del terzo. Il differimento della data dell'udienza serve perché con la successiva chiamata in causa dell'udienza, quest'ultimo diventa un nuovo convenuto del processo e quindi deve avere le stesse garanzie che erano state date al primo convenuto (quello chiamante il terzo), ossia i 90 o 150 gg. O il convenuto chiede il differimento dell'udienza o il giudice non può concederlo. Quindi, è fondamentale per il convenuto chiamante deve chiedere il differimento della data dell'udienza. Il giudice, quindi, deve controllare tutti i presupposti e poi può autorizzare la chiamata. Solo dopo l'autorizzazione si ha la vera e propria chiamata in causa del terzo con la relativa notifica.

Il 269 si preoccupa anche del caso in cui la **chiamata in causa del terzo sia fatta dall'attore**. può darsi che l'interesse chiamare il terzo sia dell'attore. il 183 limita il potere di chiamata da parte dell'attore e lo limita molto fortemente. Il 183 pone uno sbarramento: l'attore può chiamare in causa il terzo solo se l'esigenza di ampliamento è sorta dalle difese del convenuto, cioè solo se leggendo le difese del convenuto capisce che c'è un suo proprio interesse a chiamare in causa un terzo. Perché il 183 fa questo? Perché l'attore nel momento in cui propone la domanda giudiziale ha tutta la possibilità di decidere nei confronti di chi proporre la sua domanda. Se poteva prevedere con ordinaria diligenza che non solo il convenuto che ha chiamato in giudizio ma anche un altro soggetto poteva essere coinvolto come ulteriore convenuto e non l'ha fatto, non potrà poi chiamarlo in causa nel corso del processo. Se invece l'esigenza di chiamare in causa un terzo sopravviene e l'attore non poteva immaginarlo, allora è legittimato a chiamare in causa il terzo.

PROCESSO OGGETTIVAMENTE E SOGGETTIVAMENTE COMPLESSO:

Processo civile oggettivamente complesso → la complessità oggettiva dipende dalla proposizione di più istanze di tutela da parte delle parti. il processo è complesso anche se le parti sono solo due: attore e convenuto. Cosa può determinare la proposizione di più istanze di tutela? Anzitutto, dobbiamo considerare la posizione dell'attore: l'attore può proporre due o più domande di tutela giurisdizionale nell'atto di citazione. La domanda giudiziale è un'espressione sintetica, perché in realtà la concreta domanda giudiziale proposta da un attore in un determinato atto di citazione può contenere una pluralità di domande → comporta l'esercizio di una pluralità di azioni. Le due o più domande giudiziali cumulate dall'attore solitamente sono tra loro collegate. Questo collegamento è sostanzialmente descrivibile come un vincolo di dipendenza o subordinazione tra le domande. Questo vincolo di dipendenza o subordinazione può essere:

- Riflesso sul piano processuale della disciplina sostanziale della vicenda

- Riflesso sul piano processuale di una scelta discrezionale dell'attore. Es. l'attore che promuove la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento ex art 1453 può anche chiedere la condanna della parte inadempiente al risarcimento del danno. Questo diritto dipende dall'esito della domanda di risoluzione: se questa è accolta, allora potrà essere esaminata anche la domanda di risarcimento del danno.

Il primo tipo di rapporto di dipendenza o subordinazione che l'attore può proporre tra le sue 2 o più domande è un **vincolo di subordinazione o dipendenza da accoglimento**. In questo primo caso la domanda che complessivamente l'attore pone al giudice è costruita chiedendo al giudice di accogliere la domanda principale e in caso di accoglimento di questa di accogliere anche quella dipendente. *La richiesta di tutela giurisdizionale che sta nella domanda deve quindi essere esaminata dal giudice solo se prima ha accolto quella principale.*

Nell'esempio dell'attore che vuole la risoluzione del contratto e la condanna al risarcimento del danno, il giudice prima di tutto deve accogliere la domanda di risoluzione del contratto e poi può accogliere la domanda di risarcimento.

L'attore può strutturare la sua domanda giudiziale su un **vincolo di subordinazione o dipendenza da rigetto** → si chiede al giudice di esaminare la domanda dipendente nel caso in cui il giudice decida di rigettare la domanda principale. Questa eventualità ricorre nei casi in cui vi sia un concorso di azioni. Il concorso di azioni si ha quando l'ordinamento concede ad un soggetto, in virtù delle sue qualifiche giudice oggettive, la possibilità di ottenere attraverso due strumenti, cioè due azioni, la stessa utilità sostanziale (o almeno un'utilità sostanziale omogenea). Es. locatori del bene immobile che è anche proprietario del bene immobile. Se il contratto di locazione è scaduto senza che il conduttore rilasci l'immobile, si offrono due strumenti processuali al proprietario locatore per recuperare il bene immobile: un'azione reale e un'azione personale. L'azione reale, con cui si fa valere un diritto reale, è l'azione di rivendica. L'azione personale, con cui si fa valere un diritto relativo, è l'azione di adempimento del contratto di locazione per quel che concerne l'obbligazione di restituzione del bene locato alla scadenza. Entrambe queste azioni concorrono. Sono due strumenti paralleli ed alternativi con cui l'attore può ottenere la stessa utilità sostanziale: la disponibilità materiale del bene.

Come si possono proporre le azioni concorrenti in una domanda giudiziale unica?

L'attore potrebbe proporre le azioni in via alternativa, dicendo al giudice di decidere lui stesso quale accogliere ← una proposizione delle due domande concorrenti in forma di cumulo alternativo sarebbe illegittima!! Il giudice violerebbe il 112 del cpc in quanto deve scegliere quale domanda decidere ← NO!! Per proporre cumulativamente due domande concorrenti l'unico modo è la subordinazione da rigetto → l'attore propone una domanda in via principale e propone quella concorrente in via di subordinazione da rigetto, cioè chiedendone l'esame nel caso in cui quella principale sia rigettata → non c'è violazione del 112 così.

Solitamente, il proprietario chiederà in via principale la domanda relativa (il diritto relativo fatto valere è un diritto personale di godimento). La domanda dipendente, cioè subordinata, sarà la domanda di rivendica con cui il locatore fa valere il diritto di proprietà sul bene immobile e con la rivendica potrà ottenere comunque la sua utilità sostanziale. Questo perché è molto più semplice provare un inadempimento contrattuale piuttosto che la proprietà di un immobile.

Il processo oggettivamente complesso si può realizzare anche quando non si ha un vincolo tra le due o più domande proposte. L'attore può cumulare nella stessa citazione due o più domande le cui azioni siano tra loro connesse solo sul piano soggettivo → accumulate solo dal fatto di provenire dallo stesso attore e di essere dirette verso lo stesso convenuto ← **connessione soggettiva delle azioni** 104 cpc.

Il 104 cpc ammette che contro la stessa parte si possano proporre più domande anche non altrimenti connesse, cioè anche se non hanno altro legame tra loro che l'identità dei soggetti (es. responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale). L'esigenza di fondo è un'esigenza di economia processuale → cumulando nello stesso processo due domande non dipendenti si complica il lavoro del giudice, ma è evidente che così facendo si evita la promozione di due autonomi processi da parte dello stesso attore nei confronti dello stesso convenuto.

Nel caso della domanda riconvenzionale non siamo davanti ad un fenomeno di cumulo di domande in conseguenza di una connessione soggettiva di azioni, perché è vero che ci sono due azioni nello stesso processo intercorrenti tra le stesse parti, ma se confrontiamo azione dell'attore e azione riconvenzionale, sono due azioni che chiaramente non sono proposte verso la stessa parte (una vs il convenuto e una vs l'attore).

Il processo oggettivamente complesso può essere tale anche in forza dell'*azione del convenuto*: l'oggetto del giudizio si amplia perché il convenuto, nel difendersi, introduce fatti nuovi, siano essi fatti estintivi, modificativi o impeditivi o siano essi fatti costitutivi di un diritto soggettivo che il convenuto oppone in via di eccezione in senso stretto o che fa valere in via di domanda riconvenzionale.

Le istanze proposte dal convenuto seguono una logica autonoma: *ottenere il rigetto della domanda dell'attore*. Tranne il caso della *domanda riconvenzionale*, le eccezioni mirano ad ottenere un effetto modificativo, estintivo o impeditivo della domanda dell'attore.

Processo civile soggettivamente complesso → le cose si complicano perché *c'è più di un attore o più di un convenuto o contemporaneamente più di un attore e più di un convenuto*. Un processo soggettivamente complesso comporta anche una complessità sul piano oggettivo (perché se ci sono due attori è evidente che proporranno almeno due domande giudiziali e lo stesso vale in presenza di due o più convenuti) → conseguenza logica.

Il tema del processo soggettivamente complesso riguarda le condizioni alle quali nel nostro ordinamento è possibile costituire un *litis consortio*: processo consortile, cioè che unisce una pluralità di soggetti (anche cd processo litis consortile). Se questo fenomeno non fosse regolato, sarebbe disattesa anche la minima esigenza di economia processuale → sarebbe intollerabile che i due attori decidano di proporre cumulativamente nello stesso processo domande di tutela afferenti a due vicende completamente diverse, perché non c'è nemmeno quel minimo collegamento (connessione soggettiva) che giustifica uno sforzo maggiore da parte del giudice.

Serve che ci sia qualcosa che giustifichi il cumulo di due o più domande provenienti da due o più attori o nei confronti di due o più convenuti nello stesso processo → **connessione oggettiva di azioni**: due attori possono cumulare nello stesso processo più domande contro lo stesso convenuto o contro convenuti diversi se hanno ad oggetto azioni oggettivamente connesse. Analogamente, un attore può proporre nello stesso soggetto due domande nei confronti di due diversi convenuti solo se le domande hanno ad oggetto azioni oggettivamente connesse.

103 cpc → **connessione oggettiva propria** → due azioni sono oggettivamente connesse quando hanno in comune almeno uno dei loro elementi oggettivi, cioè o l'oggetto (il petitum) o la causa petendi, o quando hanno in comune entrambi gli elementi.

Connessione oggettiva impropria → due azioni non hanno in comune né l'oggetto né il titolo, ma dipendono dalla soluzione delle stesse questioni di fatto o di diritto. Ciò che tiene collegate le due o più azioni non riguarda la loro struttura o i loro elementi essenziali, ma il percorso logico necessario per deciderle.

Il *litis consortio* è caratterizzato dalla caratteristica dell'eventualità → si parla di *litis consortio facoltativo*. Es. ad una pluralità di contratti di lavoro individuali si applichino delle disposizioni controverse della contrattazione collettiva nazionale. Ciascun lavoratore dipendente, che ritiene di poter avanzare una certa pretesa in forza di una certa interpretazione della contrattazione collettiva, potrà agire in giudizio per ottenere una tutela. Ciascuno di essi, dal pov processuale, farebbe valere un'azione che non sarebbe connessa oggettivamente con quella degli altri lavoratori, perché ciascuno di essi porrebbe a fondamento della propria domanda il proprio contratto di lavoro individuale e chiederebbe un'utilità sostanziale diversa. Tutte queste azioni, pur oggettivamente diverse, hanno in comune il fatto di dipendere dalla soluzione di una stessa questione: l'interpretazione di una clausola della contrattazione collettiva nazionale applicabile a ciascun rapporto di lavoro → la legge dà valore al procedimento logico di decisione dell'azione, a dispetto del fatto che non sono oggettivamente connesse (diverse per oggetto e titolo). I lavoratori potranno proporre cumulativamente le loro autonome domande in un unico processo con il singolo stesso datore di lavoro → **connessione oggettiva impropria: tutte dipendono dalla soluzione di una stessa questione di diritto**.

C'è più di un modo in cui il processo litis consortile si può formare?

1. *Litis consortio originario* → si caratterizza come tale fin dalla sua origine o perché l'attore propone più domande nei confronti di altrettanti convenuti o perché più attori propongono altrettante domande nei confronti di un convenuto.
2. *Litis consortio sopravvenuto* → la pluralità di parti si viene a determinare nel corso del processo. È possibile che accanto alla domanda dell'attore si venga a cumulare, nel corso del processo, una seconda domanda verso un secondo attore o che se ne accumuli un'altra nei confronti di un altro convenuto. Esistono due possibilità complementari che consentono il *litis consortio sopravvenuto*:
 - ❖ *Chiamata in causa del terzo ad opera di una delle parti* → il terzo interviene in quanto chiamato.
 - ❖ *Intervento volontario in causa del terzo* → la partecipazione del terzo consegue ad una sua libera scelta, è una sua decisione autonoma.

INTERVENTO VOLONTARIO IN CAUSA DEL TERZO:

L'intervento volontario del terzo comporta, indipendentemente dalla sua attività nel processo, un aumento dell'attività cognitoria del giudice. *Serve che ci sia un collegamento tra l'azione esercitata nel processo pendente tra l'attore ed il convenuto e l'azione che il terzo intende esercitare nei confronti di una delle parti del processo pendente con il suo intervento volontario.* La regola della connessione soggettiva delle azioni (art. 104) vale solo nei confronti delle parti di un processo → non si può applicare la connessione oggettiva alla domanda che vuole proporre un terzo → serve un rapporto particolare. L'art. 105, nei suoi due commi, ci dice quale può essere questo rapporto particolare.

- Comma 1: consente al terzo di intervenire spontaneamente in un processo pendente quando vi è anzitutto una comunanza della causa anche nei suoi confronti. Quando anzitutto *la causa è comune anche al terzo*. Questo primo requisito significa connessione oggettiva propria. Ci deve quindi essere stesso oggetto o stesso titolo → serve qualcos'altro: Il co. 1 consente l'intervento del terzo se con la sua azione connessa oggettivamente il terzo fa valere anche il diritto che è incompatibile con la posizione processuale di una o di entrambe le parti. *Perché il terzo si ingerisca nel processo altrui, deve poter vantare un interesse ad agire contro almeno una delle parti*. Deve avere un interesse al rigetto della istanza di almeno una delle parti o di entrambe.

Il diritto del terzo interveniente è incompatibile con la posizione di entrambe le parti → **intervento volontario principale**: si pone in contrapposizione con la pretesa di entrambe le parti del giudizio.

Es. l'attore promuove un'azione di rivendica nei confronti del convenuto. Un soggetto estraneo al processo viene a conoscenza che è pendente un processo avente ad oggetto la rivendica di quel bene e quel soggetto ritiene che quel bene sia di sua proprietà, non dell'attore né del convenuto. In questo caso, l'art. 105 co. 1 consente al terzo di intervenire spontaneamente nel processo. Sicuramente c'è connessione oggettiva + il diritto che il terzo fa valere è incompatibile con la posizione sia dell'attore che del convenuto.

Altro es: cedente e cessionario concludono un contratto con cui si cede un credito, accettato dal debitore ceduto. il cedente, non più titolare del diritto di credito, promuove una condanna nei confronti del debitore ceduto. il cessionario ha tutto l'interesse di intervenire nel processo pendente per rivendicare la proprietà del debito ceduto ed ottenere quindi la condanna. C'è incompatibilità tra creditore cedente e creditore ceduto.

Si potrebbe anche pensare che il terzo, invece di intervenire volontariamente nel processo, rimanga in attesa dell'esito del processo pendente tra le parti ← questa alternativa, che nel nostro ordinamento è tollerata, ha degli evidenti svantaggi: 1. diseconomicità dovuta al fatto che per risolvere una vicenda sostanzialmente omogenea è necessario svolgere almeno due processi + problema 2. coerenza delle decisioni → rischio che giungano a conclusioni opposte.

Per prevenire tutte queste incongruenze, che hanno conseguenze negative per le parti, l'ordinamento ha introdotto anzitutto la figura dell'intervento volontario del terzo. Evita che ci siano più sentenze sulla stessa questione → rischio di conclusioni diverse, dato che le due sentenze saranno pubblicate da due giudici diversi.

Accanto all'intervento del terzo, l'ordinamento cerca di porre rimedio a questi problemi con un altro mezzo: l'impugnazione della sentenza che è stata resa dalle parti. Il terzo, se non ha avuto possibilità di

intervenire, può comunque rimediare al pregiudizio che subisce dalla sentenza impugnando quella sentenza al fine di ottenerne una nuova che tenga conto anche del suo diritto soggettivo. Non è detto che questo andrà a tutelarla, perché è possibile che l'esito dell'impugnazione sia negativo per il terzo perché magari non ha il diritto che invece afferma di avere. Questo strumento si chiama *opposizione di terzi*. Un presupposto fondamentale per impugnare una sentenza, solitamente, è essere stati parti del grado di giudizio precedente. Qui c'è un'eccezione, perché il terzo non è destinatario della prima sentenza, ma ciononostante può impugnarla.

Intervento volontario litis consortile. Dà origine ad un vero e proprio litis consortile. L'intervento litis consortile si ha quando il terzo intende far valere nel processo pendente un diritto che è incompatibile con la posizione di una soltanto delle parti. È più sfumato il presupposto dell'incompatibilità tra il diritto del terzo ed il diritto oggetto del processo. L'incompatibilità riguarda solo la posizione di una delle parti, o l'attore o il convenuto.

Es. condebitore solidale che non è stato convenuto in giudizio dal creditore. In questo caso, il terzo può intervenire per far valere un diritto nei confronti del solo creditore (es. il diritto all'annullamento del contratto per vizio del consenso). C'è, quindi, un intervento volontario che però vede solo un'incompatibilità tra il terzo e solo l'attore e non anche verso l'altro condebitore solidale.

Es. impugnazione della delibera assembleare. I soci dissenzienti sono due, ma solo uno di essi ha promosso l'impugnazione. In sede di impugnazione, anche l'altro socio può far valere il proprio diritto e pretendere l'annullamento della delibera (per esempio basandola su un diverso ed ulteriore vizio rispetto a quello fatto valere dal primo attore). Il terzo ha una posizione incompatibile con quella della società convenuta, non certo con l'attore.

- Comma 2: prevede una terza ed ultima ipotesi di intervento volontario. Si trova in un comma autonomo perché non ha niente a che vedere con le prime due ipotesi del co. 1.

Intervento adesivo/intervento dipendente. Il 105 cpc *consente al terzo di intervenire spontaneamente nel processo anche quando intende soltanto sostenere le ragioni di una delle parti.*

In questo tipo di intervento il terzo non è chiamato a far valere un proprio diritto, a proporre una propria domanda nei confronti di una o entrambe le parti, è chiamato solo a sostenere le ragioni di una delle parti, cioè ad allegare e provare fatti ulteriori rispetto a quelli già allegati e provati dalle parti al fine di sostenere la posizione processuale dell'attore o del convenuto. C'è un limite al di là del quale il terzo non può intervenire in via adesiva: *il terzo deve avere l'interesse a sostenere le ragioni di una delle parti.* Non posso intervenire nelle cause altrui senza un interesse. Questo interesse è indicato nel senso che il terzo deve essere perlomeno titolare di un diritto soggettivo o di un rapporto sostanziale dipendente da quello delle parti. se c'è questo legame di dipendenza, accade che gli effetti della sentenza resa tra attore e convenuto si riflettono, cioè si producono anche nei confronti del terzo. Il rapporto di dipendenza in cui si risolve l'interesse all'intervento adesivo è quel rapporto di pregiudizialità-dipendenza a cui abbiamo fatto riferimento per la chiamata in causa del terzo. La pregiudizialità è un modo particolare in cui si relazionano due fattispecie giuridiche. Questa relazione è nata dal fatto che la fattispecie costituiva del diritto dipendente ha tra i suoi elementi costitutivi anche il diritto pregiudiziale. Proprio per questo, l'accertamento del diritto pregiudiziale non può essere indifferente rispetto all'esistenza e al modo d'essere del diritto dipendente (se il diritto pregiudiziale non c'è, non può esserci nemmeno quello dipendente).

Es. contratto di locazione: il conduttore di un immobile stipula un contratto di sublocazione in favore di un sub-conduttore. Il conduttore (che è sublocatore) viene convenuto in giudizio in quanto conduttore dal locatore, il quale chiede ad esempio il pagamento dei canoni di locazione scaduti o la restituzione del bene. Il sub-conduttore, che ha firmato un contratto diverso da quello che lega conduttore e locatore, ha interesse a sostenere le ragioni di una delle parti? Sì, ha interesse a sostenere le ragioni del convenuto conduttore, perché la sentenza che sarà pronunciata sulla domanda proposta dall'attore locatore (es. di risoluzione del contratto) avrà conseguenze anche sulla sua posizione giuridica, cioè sul contratto dipendente di sublocazione. Se il contratto di locazione (quello pregiudiziale) viene riconosciuto inefficace e quindi risolto, viene meno anche il contratto di sublocazione (quello dipendente). Questa cosa la dice anche il cc nelle norme in tema

di locazione (art. 1595 cc: la sentenza pronunciata tra locatore e conduttore ha effetto anche contro il sub-conduttore) ← l'interesse ad intervenire in via adesiva è addirittura previsto dalla legge. l'interventore svolge un'attività di allegazione e prova di nuovi fatti.

Come si effettua l'intervento volontario del terzo?

Ce lo dicono gli artt. 267 e 268 cpc.

L'intervento si ha con la costituzione in giudizio del terzo mediante deposito di una comparsa di costituzione (atto che caratterizza la posizione del convenuto). Il terzo si costituisce in giudizio e fa valere la propria domanda nei confronti delle parti o di almeno una di esse con una comparsa, la quale avrà le caratteristiche della comparsa di costituzione e risposta del convenuto (es. non serve la chiamata in causa delle altre parti perché queste già si sono costituite). C'è un termine entro il quale il terzo deve svolgere il proprio intervento? Ce lo dice il 268: il termine è l'udienza di precisazione delle conclusioni, ossia l'ultima udienza del processo di cognizione, quella dopo la causa viene rimessa in decisione. Il terzo può intervenire fino all'ultimo momento in cui è consentito alle parti di esercitare il contraddittorio. La previsione di questo termine decadenziale è soggetta alle preclusioni che siano maturate per le parti nel corso del processo? pensiamo alle preclusioni istruttorie. Le parti possono formulare le istanze istruttorie o produrre i documenti fino all'udienza dell'art. 183. Questi due momenti sono entrambi anteriori rispetto all'udienza di precisazione delle conclusioni. Il terzo che si costituisce in giudizio dopo l'udienza dell'art. 183 può far valere le proprie istanze o i propri documenti? Sì, con un limite: il terzo, dopo che sono maturate le preclusioni, può compiere comune le attività che sono precluse in base alla legge, perché quelle preclusioni attengono alle attività delle parti (e finché il terzo non si costituisce non è una parte del processo). Che senso ha consentire al terzo di costituirsi dopo le preclusioni istruttorie se questo significa che non può provare la domanda che ha proposto? C'è una precisazione da fare: bisogna comune valutare quando il terzo è venuto a conoscenza della pendenza del processo. graverà sul terzo interveniente l'onere di provare quando ha avuto conoscenza della pendenza del processo → se risulta che ha avuto conoscenza del processo prima che fossero maturate le preclusioni istruttorie e ciononostante si è costituito dopo, il suo intervento non potrà avvalersi dei poteri che sono stati nel frattempo preclusi, perché la tardività del suo intervento è punita. Potrà svolgere un intervento limitato allo svolgimento di puri argomenti giuridici. Intervento principale e intervento litis consortile hanno la caratteristica di cumulare alle istanze di tutela pendenti nel processo (la domanda dell'attore e l'eccezione del convenuto) un'ulteriore domanda: quella che il terzo svolge.

Intervento adesivo il terzo non propone un'istanza di tutela ma amplia la cognizione del giudice limitatamente a quei fatti che sono utili a sostenere le ragioni di una delle parti. questa attività del terzo dipende, però, da un interesse, cioè dalla idoneità della sentenza tra le parti a produrre i suoi effetti anche nei confronti del terzo (e questa idoneità è il risultato del rapporto pregiudizialità-dipendenza che esiste tra il rapporto dedotto in giudizio dall'attore che coinvolge anche il terzo).

Chiamata in causa del terzo ad opera di una delle parti: 106 cpc

Questo risultato, cioè la formazione di un processo soggettivamente complesso in via sopravvenuta, si può verificare anche secondo una modalità opposta a quella dell'intervento volontario.

L'intervento del terzo, in caso di chiamata in causa, non è più spontaneo o libero, ma è un **intervento coatto**. Non è un intervento che il terzo esplica in conseguenza di un'attività altrui che lo pone davanti alla possibilità di decidersi se esporsi o meno. L'intervento di chiamata in causa è coatto perché obbliga il terzo a decidere se costituirsi o meno.

La disciplina della chiamata in causa è contenuta nell'art. 106 cpc.

La parte, cioè ciascuna delle parti, sia l'attore sia il convenuto, può chiamare in causa un terzo quando ricorre uno dei due presupposti previsti dalla norma:

- comunanza della causa → connessione oggettiva di azioni. La connessione non riguarda l'azione che il terzo intende promuovere come nel caso dell'intervento spontaneo, ma l'azione che la parte chiamante intende esercitare nei confronti del terzo chiamato.
- garanzia → tipo speciale di connessione oggettiva di azioni, perché si instaura tra l'azione principale e l'azione di garanzia (promossa normalmente da un convenuto nei confronti del terzo garante). Il diritto di garanzia consiste in un diritto, che può avere fonte negoziale o legale, ad

essere tenuti indenni dalle conseguenze pregiudizievoli della sentenza (sia che la sentenza abbia conseguenze negative o positive, queste sono comunque conseguenze pregiudizievoli).

Entrambi questi presupposti sono descritti nel 106 in un modo che fa riferimento a qualcosa in più: la scelta della legge di richiamare la comunanza è stata interpretata come un riferimento non solo all'esistenza di una connessione oggettiva, ma anche ai casi in cui vi è comunque un collegamento qualificato tra le azioni che prescinde dall'entità dell'oggetto o del titolo delle azioni.

→ tutte e tre le ipotesi dell'art. 105 possono trovare espressione anche attraverso la chiamata in causa del terzo. La parte potrà chiamare in causa il terzo affinché questo si trovi a far valere una posizione soggettiva contrastante con quella di entrambe le parti o con quella di una delle parti.

Potrebbe accadere, ad es., che il debitore ceduto, chiamato in causa dal creditore cedente, scelga a sua volta di chiamare in causa il creditore cessionario, il quale interverrà coattivamente anzitutto per dimostrare che è l'unico titolare del credito e quindi per ottenere il rigetto della domanda del creditore cedente + poter opporre un fatto estintivo, modificativo o impeditivo del credito. La chiamata in causa del terzo, qui, consente al debitore ceduto di ottenere una sentenza che sia giusta e che sia opponibile anche nei confronti del vero titolare del diritto di credito.

Es. il condebitore solidale è convenuto in giudizio dal debitore a chiamare in causa l'altro condebitore solidale. Anche qui abbiamo un'ipotesi di intervento coatto omologo all'intervento volontario.

Es. è il conduttore a chiamare in causa il sub-conduttore per ottenere il sostegno delle proprie ragioni attraverso di prove e fatti che solo il sub-conduttore conosce. Il primo presupposto, cioè la causa comune, consente di realizzare sotto forma di intervento coatto tutte e tre le ipotesi di intervento volontario. Il secondo presupposto invece è la garanzia. Qualunque ipotesi di garanzia giustifica la chiamata in causa del terzo: garanzia propria e garanzia impropria.

Garanzia propria → il diritto alla garanzia deriva dallo stesso titolo da cui deriva il diritto principale. Es. il diritto di garanzia della compravendita deriva dallo stesso titolo da cui deriva la pretesa promossa dalla parte garantita o nei confronti della parte garantita.

Garanzia impropria → la fonte del diritto di garanzia è diversa da quella da cui deriva la pretesa o il diritto principale. In questi casi, la garanzia deriva da un rapporto di mero fatto. In via di fatto, si può riconoscere un collegamento tra la posizione del garantito e la posizione del garante, anche se originariamente le loro posizioni giuridiche non sono nate per essere quelle di garantito e garante. Questo si realizza nelle cd vendite a catena: collegamento tra più negozi giuridici → molteplici passaggi di proprietà di uno stesso bene che sono tra loro autonomi ma inevitabilmente collegati dal fatto di avere ad oggetto lo stesso bene. La giurisprudenza ammette ad es. il venditore al dettaglio, convenuto al giudizio dal venditore per la garanzia sui vizi della cosa venduta, a chiamare in causa direttamente quel terzo che è produttore del bene (e non colui che gli ha venduto il bene ossia il venditore del negozio). L'assenza di un titolo comune che lega diritto principale e diritto di garanzia è sostituita dal rapporto in via di fatto consistente nel collegamento negoziale.

Come si fa a chiamare in causa il convenuto?

Regole processuali che regolano l'esercizio del potere processuale del terzo:

Art. 269 cpc.

La norma distingue a seconda che la parte chiamante sia l'attore o il convenuto (la seconda è l'ipotesi più frequente). Il convenuto può chiamare il terzo solo se è stato previamente autorizzato dal giudice → la chiamata deve essere anticipata dalla presentazione di un'istanza di autorizzazione alla chiamata. L'istanza deve essere, a pena di decadenza, depositata 20 gg prima dell'udienza. Affinché l'istanza sia ammissibile, oltre che tempestiva deve anche contenere necessariamente una richiesta di spostamento dell'udienza. Questo si giustifica con la necessità di garantire il termine a comparire del 163 bis anche al terzo chiamato, che in quanto chiamato diventa un convenuto e deve avere il termine dei 90 o 150 gg per predisporre le proprie difese, che farà valere con una comparsa di costituzione e risposta.

Si applicherà al terzo chiamato le stesse regole che valgono per il convenuto nel 167 bis (domande riconvenzionali, chiamare un altro terzo, eccezioni in senso stretto ecc.).

Il giudice poi si pronuncia in udienza (anche se una prassi consolidata è che il giudice si pronuncia sull'istanza prima dell'udienza con un'ordinanza specifica).

Il termine a comparire è predeterminato dal giudice il quale, fissando la data della nuova udienza, assicura un certo margine al convenuto per proporre la citazione. Se il giudice autorizza la chiamata in causa del terzo e fissa l'udienza tra 4 mesi, il convenuto non può chiamare il terzo quando vuole, ma ha a disposizione 1 mese perché gli altri 3 servono come termine minimo a comparire per il terzo.

Il 269 cpc prevede che anche l'attore sia legittimato a chiamare in causa un terzo. Il meccanismo di chiamata è lo stesso che abbiamo visto per il convenuto, tranne che un'unica limitazione che grava solo sull'attore (183 cpc) → l'attore può chiamare in causa il terzo facendo istanza di autorizzazione e differimento dell'udienza nel corso della stessa prima udienza, ma a condizione che l'esigenza di chiamare il terzo sia dipesa dalle difese del convenuto. La ragione di questo limite è un'esigenza di economia processuale: se il convenuto poteva chiamare in causa il terzo quando ha proposto la domanda giudiziale, non può più farlo in seguito, perché un principio di auto-responsabilità impone all'attore di impiegare tutta la sua diligenza nel momento in cui propone la domanda giudiziale. Può farlo solo se l'esigenza di chiamare in causa il terzo non era prevedibile nel momento in cui ha proposto la domanda.

Si nota anche un'altra particolarità: l'attore non ha molto tempo per valutare se c'è o no l'esigenza di chiamare in causa un terzo, perché deve formulare l'istanza di autorizzazione all'udienza e non dopo. Può avere al massimo 20 gg per valutare se c'è o no questa esigenza. Questo perché, se gli va bene, il convenuto si è costituito 20 gg prima dell'udienza → l'attore conosce le difese del convenuto da cui può scaturire la sua esigenza di chiamare in causa un terzo 20 gg prima dell'udienza.

Ma se il convenuto si costituisce dopo il termine dei 20 gg o all'udienza stessa, perché non vuole far valere nessuno dei poteri difensivi che scadono 20 gg prima, le possibilità dell'attore di poter chiamare un terzo sono molto ridotte → l'attore dovrebbe leggere le difese e capire subito in udienza se ha bisogno di chiamare in causa un terzo.

Il litis consortio è caratterizzato dalla caratteristica dell'eventualità → [si parla di litis consortio facoltativo](#). Nessuno obbliga es. il creditore a convenire in giudizio entrambi i condebitori solidali, ma è una scelta del creditore di costruire il processo fin dall'origine come processo consortile. Il litis consortio come processo soggettivamente complesso nasce sempre e solo come facoltativo e come conseguenza di un potere discrezionale della parte. Ovviamente [il potere è discrezionale ma non arbitrario](#). Ciò che assicura che il diritto non sia esercitato arbitrariamente è il 103 co. 1 → presupposti sulla base della quale il processo può divenire litis consortile (connessione oggettiva propria o impropria OPPURE garanzia).

Quando ricorrono i presupposti del 103 (e 105 e 106) siamo davanti ad un processo litis consortile facoltativo → la presenza di questi presupposti è giustificata da un equilibrio che il L. svolge quasi in ogni disposizione. In questo caso, l'equilibrio si misura nel senso che favorendo la possibilità per le parti di instaurare il processo litis consortile si consente una maggiore efficienza del processo, in quanto si assicura che lo sforzo decisionale del giudice non sia limitato alla soluzione di un'unica domanda, ma si estenda alla soluzione di due o più domande → impiego efficiente e concentrato della trattazione di due o più domande aventi ad oggetto azioni oggettivamente connesse.

Dall'altro lato c'è l'interesse di coerenza delle decisioni → c'è una proporzionalità diretta tra il legame esistente tra le azioni e la necessità che quelle azioni siano decise in un unico procedimento giudiziario. Maggiore è l'intensità che lega le 2 azioni e maggiore è la necessità che siano giudicate dallo stesso giudice. Più le due azioni sono connesse, maggiore è la probabilità che la decisione dell'una debba necessariamente coordinarsi con la decisione dell'altra, altrimenti, se non ci fosse questa possibilità di coordinamento, il rischio sarebbe avere decisioni contrastanti: autonome su ciascuna azione, che in quanto autonome potrebbero condurre ad esiti contrastanti.

Es. due azioni connesse per il titolo. Se le due azioni sono poste dinanzi lo stesso giudice, il rischio di decisioni contrastanti è quasi inesistente.

Se le due azioni fossero pronunciate in processi diversi, il rischio ci sarebbe.

[Il punto di equilibrio sta nel porre il litis consortio facoltativo](#): quando ritengono che ci sia una connessione sufficientemente qualificata tra le azioni che nel caso concreto renda opportuno, per evitare decisioni contrastanti e per economicità processuale, la decisione unica delle due azioni.

Il fatto che il litis consortio derivante da connessione oggettiva delle azioni (ecc.) sia un processo facoltativo comporta quella regola che troviamo nel [co. 2 dell'art. 103](#): [potere del giudice, dinanzi al quale si sia](#)

costituito un litis consortio facoltativo, di separare le cause cumulate. Ciò che le parti hanno fatto avvalendosi del potere riconosciuto al co. 1 del 103 o al 105 o 106 può essere disfatto dal giudice. Questo proprio perché è un potere discrezionale della parte.

Il potere di separazione del caso cumulato può essere esercitato solo in presenza di alcuni presupposti, che sono due e sono alternativi:

1. **il giudice ravvisa che la prosecuzione del litis consortio ritarderebbe o renderebbe molto più gravoso il processo.** Questa eventualità è legata ad una valutazione autonoma del giudice, che non è legata all'azione di nessuna delle parti, e questa valutazione consiste nel rilevare che la prosecuzione del processo litis consortio porta ad un effetto opposto per quello per cui era stato previsto dalla legge → non accelera il processo, né è in grado di ottenere un risultato efficiente, ma produce un effetto di rallentamento o ritardo o comunque un risultato inefficiente. Concetti fondamentali sono il ritardo o la maggiore gravosità. Quando si verifica che il litis consortio ritarda o rende gravoso il processo? quando le due azioni, pur essendo oggettivamente connesse, hanno esigenze di trattazione ed istruzione diverse. Es. abbiamo due domande cumulate nello stesso processo di due danneggiati dallo stesso sinistro stradale che convergono in giudizio lo stesso danneggiante per ottenere i risarcimenti dei danni che ciascuno ha subito dal medesimo sinistro. Siamo davanti ad un processo litis consortio facoltativo: le due azioni esercitate sono oggettivamente connesse (il titolo è lo stesso) + è una scelta discrezionale delle parti che hanno deciso di avvalersi di questo loro potere garantito dal 103. Lo stesso potrebbe accadere se il secondo danneggiato decidesse di inserirsi nel processo con un intervento volontario del terzo ← non è un intervento volontario ma è un intervento litis consortile perché fa valere un diritto che è incompatibile solo contro una delle parti e non contro entrambi. Comunque questo non importa, il litis consortio resta il risultato di una scelta discrezionale. Nel corso del processo il giudice si convince che le esigenze istruttorie di entrambe le domande sono profondamente diverse, perché in un caso la prova del diritto di credito al risarcimento del danno (prova del quantum), essendo un quantum solo relativo al danno patrimoniale, è di immediata e facile verifica. Al contrario, la seconda domanda rileva esigenze istruttorie molto più complesse, perché il danneggiato chiede anche il risarcimento di un danno non patrimoniale (petitum diverso) che magari richiede anche una competenza tecnica del giudice → in una situazione come questa, il litis consortio non crea un vantaggio ma uno svantaggio alla parte che ha proposto una domanda che necessita un'istruzione più celere, perché essendo unica la decisione, c'è il rischio che nell'attesa che venga svolta la più gravosa istruzione sulla seconda domanda, la soluzione della prima domanda sia ritardata, sia lasciata in sospenso finché non si è completata l'istruzione sulla domanda più complessa. L'ordinamento prevede anche altri strumenti per porre rimedio a questa situazione: sentenza parziale o parzialmente definitiva.
2. **ricorre un'istanza congiunta delle parti** ← caso più raro. Il potere di separazione spetta al giudice, ma scaturisce da un'istanza delle parti che hanno scelto di proporre davanti al giudice. C'è una differenza tra come il litis consortio è nato: se è nato perché l'attore ha voluto proporre più domande verso più convenuti oppure perché il convenuto ha scelto di chiamare in causa il terzo come garante (in entrambi i casi il litis consortio nasce dalla scelta di UNA delle parti). La separazione del processo sulla base dell'istanza, invece, nasce per scelta di entrambe le parti. In realtà può anche darsi che sia una delle parti che ha subito il processo litis consortio che non sia più d'accordo con la scelta che si rivela controproducente → sollecita la controparte che aveva scelto il litis consortio a formulare un'istanza al giudice. Questo potere quindi è utile per capire come effettivamente il litis consortio sia puramente facoltativo. L'eventualità in questione, però, dal pov pratico è molto molto rara.

La numero 1. Invece è legata ad una valutazione autonoma del giudice, che non è legata all'azione di nessuna delle parti.

Accanto al litis consortio facoltativo esiste il litis consortio necessario. Così come ci sono situazioni riconducibili nell'ambito del litis consortio facoltativo, ci sono situazioni riconducibili anche al **litis consortio necessario** → 102 cpc. Il L. del 1940 aveva composto norme che hanno accanto alla base del contenuto precettivo uno sforzo di spiegazione degli istituti. La norma del litis consortio necessario è il 102 cpc. Il 102 è diviso in due commi:

1. comma 1 → definisce l'istituto
2. comma 2 → stabilisce cosa accade se il presupposto che ha reso possibile il litis consortio del co. 1 viene ad esistere

Comma 1 → il litis consortio è necessario quando non è il risultato di una scelta discrezionale della parte, ma è una scelta **OBBLIGATA** della parte, è la legge che stabilisce che ce ne sia bisogno. **Più parti devono proporre le proprie domande nello stesso processo o devono essere convenute nello stesso processo ogni qualvolta la sentenza non può pronunciarsi che nei confronti di più parti.**

Questa definizione ci aiuta poco a capire l'essenza del litis consortio necessario. Bisogna interpretare la definizione, capendo quando una sentenza deve pronunciarsi nei confronti di più parti. L'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale è giunta ad elaborare due eventualità al ricorrere delle quali si ha necessità del litis consortio:

- 1) natura del diritto soggettivo dedotto in giudizio dal pov della sua titolarità. **Si ammette il litis consortio necessario ogni qualvolta la titolarità del diritto soggettivo è condivisa o cumulata tra due o più soggetti.** Esempio tipico è quello della comproprietà. Nel caso di un bene in comunione, il diritto di proprietà fa capo ad una pluralità dei soggetti. Fa capo ad una **situazione di contitolarità soggettiva** → una qualunque sentenza sul diritto di comproprietà non può essere pronunciata solo verso alcuni dei comproprietari e non di altri, in quanto si verrebbe a creare una situazione di contraddittorietà logica insanabile. → serve una sentenza nei confronti di tutti i comproprietari → obbligo legale di litis consortio che rende il litis consortio necessario, per assicurarsi che ciò avvenga. Non c'è un elenco dei casi in cui si può avere contitolarità di un diritto soggettivo. Per stabilire se c'è un litis consortio necessario per ragioni di contitolarità del diritto fatto valere bisogna verificare la fonte ed il modo di essere della contitolarità.
- 2) **litis consortio necessario per opportunità di tipo giudiziario** → non si deve guardare alla situazione giuridica dedotta in giudizio ma **bisogna considerare le ulteriori esigenze processuali.** Esistono quindi delle ipotesi in cui il litis consortio necessario è tipico e quindi prevalgono esigenze diverse da quelle sottese alla contitolarità di un diritto. Essendo situazioni tipiche, possiamo guardare alla legge. Es: **azione surrogatoria** 2900 cc. Al co. 2 è stabilito che, ogni qualvolta è promossa un'azione surrogatoria, il creditore surrogante deve sempre convenire in giudizio anche il debitore surrogato. Non deve proporre l'azione solo vs il debitore del suo debitore, ma anche vs il debitore surrogato. Non c'è una situazione di contitolarità del diritto di credito; in via eccezionale, il 2900 consente che il diritto di credito, seppure ne sia titolare solo un soggetto, si consente al creditore surrogante di far valere un diritto ALTRUI. Quale è la ratio tipizzata dalla legge nella situazione di azione surrogatoria? La ragione è facilmente individuabile: assicurare che sia prevenuto il rischio di decisioni contrastanti. Consentendo che la sentenza si pronuncia necessariamente anche vs il debitore surrogato, il L. evita che parallelamente al processo che il creditore surrogante potrebbe promuovere vs il debitore del debitore, se ne instauri un altro autonomo e distinto da parte del debitore surrogato vs lo stesso debitore del debitore. nulla esclude che, se non ci fosse il 2900 co. 2, che malgrado l'esercizio del diritto in via surrogatoria, il debitore surrogato faccia valere il proprio diritto vs il proprio debitore → i due giudici dovrebbero pronunciarsi su uno stesso diritto soggettivo e sulla stessa situazione sostanziale. I due giudici potrebbero uno affermare l'esistenza del diritto di credito ed un altro, invece, negarlo. Non si possono tollerare decisioni opposte.
→ **prima finalità: assicurare l'estensione degli effetti della sentenza anche nei confronti del debitore surrogato.**
→ **seconda finalità: economicità processuale, risparmio di tempo e denaro. Questa efficienza processuale va anche sottolineata in un'altra direzione: non deriva solo dal risparmio di tempo e denaro, ma è anche legata al fatto che l'esigenza di un debitore surrogato è molto importante, perché comunque è lui il titolare del diritto!**

Il co. 2 stabilisce cosa succede se il litis consorte necessario che avrebbe dovuto proporre la causa insieme agli altri litis consortio o che si sarebbe dovuto convenire in giudizio insieme agli altri, non viene coinvolto nel processo (è pretermesso), è a sé.

Se il giudice rileva anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo la mancanza di un litis consorte necessario, assegna alle parti un termine entro il quale devono integrare il contraddittorio. Al giudice non

importa chi lo integri, ordina ad entrambe le parti di farlo si attiverà tempestivamente chi ne sarà più interessato → l'eccezione di carenza di litis consorte necessario è un'**eccezione di rito in senso lato** (può essere sollevata anche dal giudice d'ufficio) e può essere fatta valere in ogni stato e grado del processo. Il vizio determina una **nullità assoluta del processo** → NO nullità relativa che deve essere sanata nel primo atto o nella prima udienza successiva all'accertamento del vizio, ma si può far valere in ogni stato e grado del processo.

Cosa succede se il contraddittorio non è integrato nel termine? **L'estinzione immediata del processo** (cancellazione della causa dal ruolo).

La possibile conformazione del processo litisconsortile si esaurisce entro questa distinzione tra litisconsorzio facoltativo e necessario? Dal pov teorico sì.

Tuttavia, dal pov fenomenologico, si possono verificare delle situazioni in cui il processo litisconsortile si comporta in una **maniera "ibrida"**, cioè **intermedia tra il litisconsorzio facoltativo e quello necessario**. A questa figura la dottrina e la giurisprudenza attribuiscono il nome di **litisconsorzio unitario**. Il fenomeno del litisconsorzio unitario assume una **rilevanza limitata** nell'ordinamento, ma trova applicazione in una tipologia di controversie che hanno un'ampia diffusione in ambito civile e commerciale.

Il litisconsorzio unitario è definibile come un **litisconsorzio facoltativo che subisce, nel corso dello svolgimento del procedimento, un irrigidimento della disciplina processuale** → **si parla di litisconsorzio unitario ogni qualvolta la presenza di due o più domande all'interno dello stesso processo dipende dalla scelta discrezionale di una o più parti**, ma quando si forma il litisconsorzio, il giudice è chiamato a trattare e decidere le domande cumulate necessariamente in via unitaria, **non può cioè avvalersi di alcun potere di separazione di quelle cause**, anche se sussistesse in concreto il presupposto principale il 103 co. 2, cioè il rischio che il processo cumulato renda più gravoso o rischi di ritardare il giudizio → in questo senso il litisconsorzio unitario è una via intermedia tra il litisconsorzio facoltativo e quello necessario.

Secondo la disciplina della legge processuale, il litisconsorzio unitario è **una forma speciale del litisconsorzio facoltativo, la cui specialità è data dall'obbligo di trattazione congiunta delle domande cumulate**.

Perché la legge in relazione a certi tipi di controversie esclude il potere di separazione delle cause? **La ragione la si desume considerando il tipo di controversie a cui si applica per legge il litisconsorzio unitario**: il principale tipo di litisconsorzio unitario si ha nell'**impugnazione di una delibera assembleare invalida di una società per azioni** (art. 2377 e 2378 cc).

Per capire come funziona il litisconsorzio unitario, dobbiamo capire come questo tipo di controversie è stato costruito dal L. → il regime di impugnazione segue le regole fissate nel 2003. Qual è il tipo di tutela giurisdizionale che si offre ai soggetti che ritengono di aver subito una lesione da una delibera assembleare viziata? I soggetti che in base al cc sono legittimati ad impugnare la delibera viziata in quanto lesiva della propria sfera giuridica sono diversi:

- soci assenti
- soci dissenzienti

→ la riforma del 2003 ha previsto che questi soggetti abbiano 2 strumenti processuali per tutelarsi dalla delibera assembleare viziata → 2377 e 2378 cc disciplinano contemporaneamente questi due strumenti:

- 1) **Azione di impugnativa della delibera assembleare invalida** → **azione costitutiva** → *strumento con cui la parte legittimata, lamentando il carattere pregiudizievole della delibera viziata, chiede una vera e propria innovazione dell'ordinamento giuridico, cioè l'annullamento*, l'estinzione della delibera assembleare ed in particolare dei suoi effetti
- 2) **Azione condannatoria relativamente al risarcimento del danno** provocato dall'approvazione e attuazione, cioè dall'efficacia della delibera assembleare viziata

Qual è il rapporto tra queste due azioni? Rispetto ai soci il rapporto è un rapporto di alternatività o concorso → **le due azioni sono alternative** in quanto la riforma del 2003 ha previsto che i soci legittimati, cioè assenti o dissenzienti, possono avvalersi dell'impugnativa solo se sono in grado di dimostrare il possesso individuale o collettivo di una soglia azionaria minima diversa a seconda che la società sia quotata o meno.

Cosa accade se ci confrontiamo con un singolo socio assente o dissenziente?

- ❖ Se possiede la soglia azionaria minima e allora può chiedere l'annullamento della delibera e cumulativamente la condanna della società al risarcimento del danno ← cumulo dovuto a subordinazione da accoglimento
- ❖ Se non possiede la soglia azionaria minima può soltanto chiedere il risarcimento del danno provocato dalla delibera assembleare, che quindi non verrà annullata, ma continuerà ad essere pienamente efficace per tutti i componenti della società. Questa è una scelta ispirata ad una logica di conservazione degli atti deliberativi della società → il L. ha voluto perseguire una maggiore stabilità delle decisioni societarie e lo ha fatto riducendo il potere dei soci di ottenere l'annullamento e quindi l'eliminazione della delibera viziata, nei casi in cui non siano soci che abbiano un assetto proprietario rilevante secondo la valutazione della legge.

Cosa succede se siamo nell'ipotesi in cui vi siano due o più soci assenti o dissenzienti?

- ❖ Immaginiamo che abbiano autonomamente ciascuno un possesso azionario che supera la soglia minima, di modo che ciascuno potrebbe anche autonomamente instaurare un processo di impugnazione ← in una situazione di questo tipo può accadere che *i due o più soci decidano di cumulare le proprie domande di impugnativa e/o di risarcimento costituendo un litisconsorzio facoltativo originario*. Ma potrebbe darsi che a fronte dell'iniziativa autonoma legittima del singolo socio, che possiede da solo la soglia azionaria minima, *gli altri soci assenti o dissenzienti*, anch'essi autonomamente possessori di una soglia azionaria minima, *intervengano nel processo pendente* → *intervento litisconsortile in quanto la domanda dei soci interventori fa valere un diritto potestativo nei confronti della società* → *litisconsorzio facoltativo sopravvenuto*. Cosa succede in questi due casi di litisconsorzio originario o facoltativo? Il 2378 cc stabilisce che *il giudice deve provvedere alla decisione di queste domande unitariamente* → si può formare quindi un litisconsorzio unitario, un processo litisconsortile che nasce come facoltativo ma che una volta formatosi diviene privo di qualsiasi possibilità di separazione ad opera del giudice.

Quali sono le finalità che la legge persegue imponendo la trattazione e la decisione congiunta di queste domande? La concentrazione in un unico processo di queste attività soddisfa una *finalità di economia processuale* → assicura che le due o più domande cumulate siano decise sulla base di una cognizione comune in un periodo di tempo molto più ristretto ← "sulla base di una cognizione comune" perché è evidente che l'accertamento, ad es. della delibera, è compiuto, in caso di litisconsorzio unitario, una volta per tutte dal giudice.

Anche nel caso di più domande di impugnativa possiamo ritrovare un fenomeno di connessione oggettiva delle azioni, se non altro nei casi in cui i soci assenti o dissenzienti vanno a censurare gli stessi vizi della delibera → il titolo di queste domande è la delibera viziata + la causa petendi dell'azione è costituito dall'atto (delibera o contratto) che viene impugnato o dal vizio dell'atto che viene censurato? L'impostazione prevalente e più equilibrata è quella per cui *il titolo è solo l'atto impugnato*, impostazione che però è foriera di qualche perplessità: se il titolo è solo l'atto è evidente che

dopo aver impugnato una delibera o un contratto per un determinato vizio e quella domanda viene rigettata, non avrò più la possibilità di impugnare quello stesso atto per un altro tipo di vizio; se invece il titolo dell'azione è il vizio, o il tipo di vizio, il discorso cambia → se anche ho ottenuto il rigetto della domanda di impugnativa promossa su un certo tipo di vizio, il relativo giudicato non mi impedirà di proporre un'altra domanda impugnativa dello stesso atto su un altro tipo di vizio censurabile.

Un'altra finalità attiene alla *coerenza delle decisioni* → l'imposizione del vincolo di trattazione e decisione congiunta non consente soltanto di evitare che le due domande di impugnativa siano proposte in processi autonomi e decise quindi difformemente da due giudici diversi, ma la coerenza delle decisioni è assicurata in questo caso anche in rapporto al fatto che *la pronuncia sull'azione di impugnativa vale per legge nei confronti di tutti i soci e di tutti gli organi della società nel caso in cui sia una pronuncia di accoglimento*. L'art. 2377 cc prevede che *la sentenza che annulla la delibera impugnata*, cioè che accoglie la domanda di impugnativa, *produce automaticamente i suoi effetti anche nei confronti di tutti gli altri soci e degli organi sociali*.

La ragione risiede nel fatto che la società costituisce un microcosmo, un mondo dove deve vigere necessariamente un'unica legge e *non è possibile che per alcuni soci la delibera sia efficace e per altri non lo sia* → ***l'efficacia del giudicato della sentenza di annullamento produce i suoi effetti nei confronti di tutti i componenti della società.***

Diverso è il discorso per la ***sentenza di rigetto*** → in questo caso, il fatto che venga affermata l'efficacia della delibera impugnata è una decisione che coinvolge esclusivamente la sfera giuridica del socio impugnante. ***Il giudicato di rigetto produce i suoi effetti solo nei confronti della parte o delle parti impugnanti.***

Analogamente, anche la sentenza che condanna al risarcimento del danno produce i suoi effetti solo nei confronti della parte interessata.

Le ragioni che ricaviamo quindi per il litisconsorzio unitario sono *assicurare l'economia processuale in termini di celerità processuale + assicurare la coerenza delle decisioni* (assicurare che questa coerenza si concili con uno strumento idoneo a produrre i suoi effetti anche nei confronti di soggetti che non fanno parte del processo).

- ❖ ***Immaginiamo ora che la soglia azionaria sia posseduta congiuntamente da due o più soci. Il cc consente di agire individualmente solo per il risarcimento del danno. Se però uniscono le loro quote azionarie, superano la soglia che legittima l'esercizio dell'azione di impugnativa*** → il cc consente a questi soci di proporre cumulativamente le loro domande di impugnazione della delibera, o meglio, ***consente ai soci di far valere cumulativamente le loro quote azionarie in un'unica domanda di impugnativa della delibera.***

Che situazione processuale si viene a creare in questo caso? È un caso in cui i soci individualmente non potrebbero far valere quella domanda, ma se decidono di agire congiuntamente possono farlo. Pensiamo alle implicazioni che questa scelta ha nel corso del processo → il problema non è legato al litisconsorzio unitario, ma si pongono problemi che riguardano situazioni come ad es. le vicende relative alla titolarità delle quote azionarie. Es. *cosa succede se uno dei soci cede parte della propria quota azionaria così che la soglia complessiva dei soci scende, durante il processo, sotto a quella imposta dalla legge per l'impugnativa della delibera?* In casi come questi, si tende ad interpretare la posizione dei soci come quella di un *litisconsorzio necessario*, in quanto si interpreta il possesso unitario della soglia azionaria minima come il presupposto di una contitolarità dell'unico diritto all'annullamento della delibera che i soci possono esercitare → ***unendo i loro singoli possessi azionari è come se divenissero contitolari del diritto unico ad ottenere l'annullamento della delibera***, è come se fossero contitolari di una soglia azionaria corrispondente o superiore a quella minima prevista dalla legge ← ***fenomeno di legittimazione unitaria all'azione***. Interpretando quindi la posizione dei soci come quella di litisconsorti necessari abbiamo modo di sottolineare un ulteriore aspetto: ***ciascun litisconsorte necessario non ha rilevanza autonoma di parte processuale, cioè non va considerato come una parte processuale distinta dagli altri litisconsorti necessari***. Tutti insieme costituiscono una parte processuale, come i comproprietari di un bene. ***Il concetto di parte processuale***, quindi, non è tanto da legger in relazione ai soggetti, sebbene questo è quello che si faccia normalmente, ma ***è da definirsi in relazione al centro degli interessi di cui il soggetto o i soggetti sono portatori***. Di regola c'è un'identità perfetta, ma ci sono dei fenomeni, riconducibili al litisconsorzio necessario per ragioni di contitolarità del diritto, in cui si ha un unico centro di interessi e quindi ***un'unica parte processuale, pur composta da più soggetti***.

Art. 107 cpc → ***il terzo può essere chiamato in causa da una delle parti***, non solo ai sensi dell'art. 106 cpc come scelta difensiva, ***ma anche per effetto di un ordine che il giudice ha dato alla parte***. Questo istituto non significa che il giudice ordina ad un terzo di intervenire, ma significa che ***il giudice ordina alle parti di chiamare in causa un terzo***. Ciò che cambia dall'art. 106 cpc è che la parte non deve chiedere l'autorizzazione e il differimento dell'udienza, in quanto è il giudice che ordina alle parti di chiamare il terzo, differendo d'ufficio la data dell'udienza.

Il 107 individua due presupposti:

- La **comunanza della causa** → il giudice rileva autonomamente che la causa, così come allegata e provata dalle parti, è comune anche ad un terzo. Cosa vuol dire comune? Sia connessione oggettiva delle azioni, sia legame di pregiudizialità-dipendenza.
- Il giudice deve ritenere **opportuno l'intervento del terzo nel contraddittorio** → è il giudice che non solo rileva la comunanza della causa, ma rileva anche un'**utilità concreta** nell'estensione del contraddittorio al terzo

L'ordine è rivolto dal giudice alle parti e non alla parte singola, non gli interessa quale parte ottempera al suo ordine.

Termine del 163-bis cpc → cosa succede se il termine non è rispettato? L'ottemperanza all'ordine del giudice consentirebbe di costituire un litisconsorzio facoltativo. Il mancato rispetto del termine non può essere sanzionato come nel caso del litisconsorzio necessario (estinzione della causa), ma se il termine non viene rispettato, il giudice:

- ◆ Rinnova l'assegnazione del termine alle parti
- ◆ Si arrende alla decisione delle parti di non chiamare in causa il terzo, ma ne tiene conto sotto due profili:
 - quello degli argomenti di prova → categoria particolare di strumenti diversi dalle prove che il giudice può impiegare nella decisione della controversia
 - in termini di condanna alle spese

SECONDO PARZIALE:

Dobbiamo considerare alcune situazioni particolarmente importanti perché ci permettono di sviluppare nozioni e principi basilari.

Oggi parliamo al concetto che fa riferimento ad una situazione di cumulo di più domande nello stesso processo senza che questo comporti la presenza di una pluralità di parti e senza che questo derivi da una situazione di connessione soggettiva di azioni.

Un fenomeno di questo tipo lo abbiamo già visto con la domanda riconvenzionale. L'azione che il convenuto esercita mediante la **domanda riconvenzionale** si contraddistingue per un'identità del titolo con la domanda giudiziale dell'attore o con la vicenda sostanziale che il convenuto ha posto a fondamento di un'eccezione (solitamente in senso stretto). Nel caso della domanda riconvenzionale in relazione alla domanda dell'attore, siamo davanti ad un fenomeno di connessione oggettiva, poiché l'azione promossa dal convenuto e dall'attore hanno in comune il titolo (causa petendi).

Le due azioni sono d'altra parte intercorrenti tra le stesse parti → non danno origine ad un processo soggettivamente complesso perché le parti delle due azioni sono le medesime. Ma, le due azioni in questione non sono nemmeno legate tra loro da un fenomeno di connessione soggettiva, perché non rispettano il disposto del 104 che riduce l'ambito di applicabilità del fenomeno al caso in cui due o più domande anche non altrimenti connesse siano proposte contro una stessa parte.

La situazione che si viene a creare si giustifica con il fatto che l'ordinamento processuale consente, nei limiti del 36 (comunanza del titolo), che il convenuto si difenda anche con la proposizione di una domanda giudiziale.

Un fenomeno analogo ma con importanti differenze si verifica anche nel caso in cui si verifica all'interno del processo una situazione di cd **pregiudizialità-dipendenza**.

Quando parliamo di pregiudizialità nell'ambito del processo civile, dobbiamo distinguere due fondamentali accezioni:

1. la pregiudizialità assume rilevanza nel processo civile come fenomeno puramente processuale → **pregiudizialità processuale / pregiudizialità di rito**, per alludere al rapporto che si instaura tra gli elementi la cui sussistenza è indispensabile per instaurare validamente il rapporto processuale (che intercorre non solo tra le parti ma anche tra le parti ed il giudice) ed il merito. Gli elementi che condizionano la valida instaurazione della vicenda processuale sono i cd presupposti processuali → elementi importanti perché concorrono a determinare la ammissibilità della domanda giudiziale.

Prima di essere decisa nel merito (e quindi che il giudice si pronunci sulla vicenda sostanziale e quindi sul diritto soggettivo fatto valere), è richiesto l'accertamento della ricorrenza di tutte le condizioni che, rendendo ammissibile, la domanda giustificano su un piano di efficienza processuale l'esame e la decisione del merito della controversia, cioè il *giudizio di fondatezza o infondatezza della domanda giudiziale*. La pregiudizialità di rito, cioè che attiene ai presupposti processuali e quindi all'ammissibilità della domanda, è una *pregiudizialità logica* → pregiudizialità che non attiene ad una ragione tecnica, ma ad un'esigenza logica. La pregiudizialità di rito è logica perché impone al giudice di esaminare e decidere il merito della lite solo dopo che si è sincerato che quell'esame non è sconsigliato da un pov di economia processuale. Quest'ultima conclusione significa che il giudice accerta l'ammissibilità della domanda.

Perché la pregiudizialità processuale risponde ad un'esigenza logica di economia processuale? Serve al giudice per decidere se la domanda è fondata o meno e cioè per pronunciarsi sulla vicenda sostanziale e quindi sul diritto soggettivo fatto valere ← a questo fine il giudice deve svolgere un'attività chiamata *istruzione e trattazione della causa*.

Trattare significa consentire alle parti e al giudice di approfondire la causa. L'approfondimento della causa è una conoscenza/cognizione più approfondita della vicenda sostanziale dedotta da parte del giudice. Questa cognizione più approfondita si realizza principalmente attraverso delle attività di *ulteriore allegazione di fatti ad opera delle parti*. In relazione al fatto che il convenuto si è difeso può sorgere l'esigenza per l'attore di replicare a quelle difese. Es. attore a fronte dell'eccezione di prescrizione sollevata dal convenuto intende replicare eccependo l'eccezione di interruzione della prescrizione. È *un'attività di allegazione che continua quella che l'attore ha fatto nella citazione e che è conseguenza dell'attività difensiva del convenuto*. Questo tipo di attività allegatoria va moltiplicata per il numero di domande e di eccezioni proposte dalle parti e anche per il numero di parti coinvolte.

Accanto all'attività di trattazione c'è anche quella di *istruzione della causa o probatoria*. Con l'istruzione della causa le parti hanno l'onere di provare i fatti che hanno allegato nel corso del processo → sia negli atti introduttivi che nelle attività di trattazione della causa. Anche l'attività di istruzione probatoria necessita l'impiego di tempo e risorse. Questa, inoltre, attiene ai mezzi che il giudice può impiegare → mezzi istruttori che per legge possono formarsi solo all'interno del processo. Si contrappone la prova precostituita (documentale, che esiste prima del processo) e la prova costituenda (che si può formare solo all'interno del processo – testimonianza, giuramento, confessione, consulenza tecnica d'ufficio).

Acquisire le testimonianze di uno o più testimoni richiede tempo: richiede l'intimazione dei testimoni (richiesta della parte ad acquisire la testimonianza) + serve l'acquisizione della testimonianza, cioè l'interrogatorio del terzo testimone, la cui prova è stata ritenuta ammissibile dal giudice, nel corso di una o più udienze dinanzi allo stesso giudice. Il giudice è l'unico che può interrogare il teste, le parti possono solo sollevare le questioni su cui vogliono che il giudice interroghi il teste.

Ecco la ragione della pregiudizialità processuale → *ciò che serve per stabilire la fondatezza della domanda e consente al giudice di fare giustizia è economicamente sostenibile solo se vi si avviene sulla base di una valutazione di ammissibilità della domanda → sulla base di una valutazione che, accertando l'esistenza di tutti i presupposti processuali, rende giustificato lo sforzo per la trattazione e l'istruzione della causa*.

Art. 276 co. 2 → *il giudice prima decide le questioni pregiudiziali e poi il merito della controversia*.

Attraverso questo art. il codice recepisce il principio della pregiudizialità logica (o processuale o di rito). Prima di esaminare il merito, bisogna sincerarsi che questo non sia inutile e quindi dispendioso di risorse inutilmente.

C'è quindi una valenza sinonimica tra i concetti ammissibilità della domanda e presupposti processuali (così come c'è tra fondatezza/infondatezza e merito della controversia) → il rapporto tra questi due concetti è la pregiudizialità processuale.

Quali sono i presupposti processuali?

Sono ascrivibili a tre categorie:

- presupposti processuali che attengono all'*azione* → condizioni dell'azione: legittimazione ed interesse ad agire

- presupposti processuali che attengono alle *parti* → capacità di stare in giudizio. Questa coincide con la capacità di disporre del diritto fatto valere, capacità che coincide con la capacità legale di agire. Chi è capace di agire legalmente sul piano del diritto sostanziale è anche capace di agire legalmente nel processo.
- presupposti processuali che attengono al *giudice* → giurisdizione e concretezza

C'è un'importante differenza tra i presupposti processuali relativi all'azione e gli altri → mentre la carenza di un presupposto attinente alla parte o al giudice non impedisce alla parte di riproporre quella stessa domanda, la carenza di una delle condizioni dell'azione preclude la riproposizione di quella stessa domanda. Se ad es. la domanda è inammissibile per incompetenza del giudice adito, la decisione non può impedire all'attore di riproporre quella domanda. Se ad es. manca un interesse ad agire (lesione), la domanda non può più essere riproposta, perché un giudice ha accertato che non c'è stata lesione del diritto soggettivo fatto valere. O la lesione sopravviene, o la domanda non sarà riproponibile.

Quando sorge una controversia sull'esistenza di un presupposto processuale, ad es. per effetto di un'eccezione del convenuto, si forma nel processo una *questione* (punto controverso della causa). Si parla di *questione pregiudiziale processuale* quando riguarda l'esistenza di un presupposto processuale.

Non sono rari i casi, in rapporto ai presupposti processuali, in cui la questione pregiudiziale di rito sorge anche per rilievo ufficioso del giudice. L'accertamento della mancanza di un elemento fondamentale del processo è così grave da poter essere estirpato dal processo in qualunque momento.

Non la carenza di tutti i presupposti processuali è rilevabile d'ufficio, anche se la regola più frequente è quella sopra.

La legge processuale, anche quando consente la rilevazione d'ufficio del difetto di un presupposto processuale, lo limita ad un certo momento del processo (solitamente di 1° grado).

2. nel cpc si allude anche alla *pregiudizialità di merito / pregiudizialità-dipendenza*. La pregiudizialità di merito è un fenomeno che non riguarda il rapporto tra processo e il merito (o rito?), ma è un fenomeno che riguarda ESCLUSIVAMENTE il merito della controversia. La pregiudizialità di merito è una *pregiudizialità tecnica*. La pregiudizialità di merito riguarda la struttura della fattispecie costitutiva di un diritto soggettivo. c'è pregiudizialità di merito / tecnica quando uno degli elementi costitutivi della fattispecie da cui deriva un diritto soggettivo è a sua volta costituito da un diritto soggettivo. Il diritto soggettivo che compone la fattispecie costitutiva prende il nome di *diritto soggettivo pregiudiziale*. Il diritto soggettivo che consegue alla fattispecie costituiva ha il nome di *diritto soggettivo dipendente*. Es. l'assenza del diritto di controcredito opposto in compensazione rappresenta una situazione pregiudiziale rispetto al diritto di credito. Tra gli elementi costitutivi in un diritto di credito c'è anche quello che consiste nella inesistenza del diritto di controcredito del debitore. Es. lo stato di figlio naturale è un elemento costitutivo che costituisce il diritto di credito del figlio naturale nei confronti del padre naturale alla percezione degli alimenti. Anche in questo caso una situazione giuridica soggettiva che non è un diritto soggettivo ma uno status soggettivo ha rilevanza pregiudiziale, in quanto la sua esistenza è condizione indispensabile perché sorga il credito agli alimenti.

Si forma una questione pregiudiziale di merito → se è una questione di rito si tratta di pregiudizialità logica, se è di merito si tratta di pregiudizialità tecnica.

Ciò che succede se sorge una controversia su un diritto pregiudiziale è cosa diversa da ciò che succede se sorge controversia su un presupposto processuale. Questo perché quando sorge una questione pregiudiziale (di rito o merito) il giudice deve risolvere quella questione e può farlo con modi diversi, anche se di solito lo fa con una sentenza.

Quando la questione pregiudiziale che si forma attiene al merito, è facile rendersi conto che ciò che il giudice deve accertare è qualcosa di perfettamente omogeneo a quello che è l'oggetto della domanda giudiziale, cioè un diritto soggettivo. quando sorge una questione pregiudiziale di rito, ciò che il giudice deve accertare è qualcosa di completamente diverso: il presupposto processuale.

Il presupposto processuale non può mai essere oggetto autonomo di una domanda giudiziale, perché l'unità minima che può comporre l'oggetto della domanda giudiziale è un diritto soggettivo. Il presupposto processuale, invece, è un mero fatto che non può costituire oggetto di una domanda giudiziale → non è

ammissibile la domanda con cui l'attore chiede di accertare la prescrizione del diritto altrui, perché con tale domanda il soggetto non fa valere alcun diritto soggettivo.

Altro fondamentale elemento collegato → il **giudicato**. La legge individua nel giudicato la particolare condizione di efficacia della sentenza per la quale la stessa non può più essere messa in discussione. Quando la sentenza acquista questa efficacia rende incontrovertibile la materia del contendere, l'oggetto del processo. questo fenomeno è regolato in una duplice dimensione dalla legge: a livello processuale e a livello sostanziale.

Art. 2909 cc → si riferisce al giudicato dal pov del diritto sostanziale. La norma dice che l'accertamento giudiziale contenuto nella sentenza, cioè l'accertamento dell'esistenza o meno del diritto soggettivo fatto valere, compiuto l'accertamento dal giudice, **fa stato ad ogni effetto tra le parti**. Il passaggio in giudicato della sentenza accerta o crea lo stato, cioè le condizioni di esistenza del diritto fatto valere → fa stato ad ogni effetto tra le parti: si chiede al giudice una tutela non solo del diritto fatto valere, ma una tutela che acquisti l'efficacia del giudicato e che quindi fa stato ad ogni effetto tra le parti.

Questo fare stato non produce i suoi effetti solo nel senso che le parti non possono più mettere in discussione l'accertamento del diritto contenuto nella sentenza passata in giudicato, ma significa anche un problema di accertamento con l'efficacia del giudicato anche nel caso in cui ci sia una pregiudizialità tecnica.

Cosa fa il giudice ogni qualvolta è chiamato a pronunciare una sentenza su una domanda che ha ad oggetto un diritto soggettivo dipendente, cioè che scaturisce da una fattispecie composta anche da un diritto soggettivo pregiudiziale? Fintanto che gli elementi costitutivi del diritto fatto valere sono solo fatti non si pone nessun problema.

Il comportamento del giudice deve tenere conto della necessità di accertare anche un diritto pregiudiziale, ossia un diritto che non è oggetto della domanda ma che deve necessariamente sindacare.

Si pongono due alternative: o il giudice accerta sempre solo il diritto dipendente con efficacia di giudicato, o il giudice accerta sempre sia il diritto dipendente che il diritto pregiudiziale con efficacia di giudicato.

Il cc propone una propria soluzione:

art. 34 cpc → il giudice, se deve pronunciarsi su un diritto dipendente quando la domanda ha ad oggetto solo il diritto dipendente, potrà conoscere anche il diritto pregiudiziale (è inevitabile), ma mentre l'accertamento del diritto dipendente fa stato e quindi passa in giudicato, la verifica del diritto pregiudiziale è meramente incidentale e quindi NON fa stato. è una cognizione meramente funzionale all'accertamento del diritto fatto valere. → se il giudice, a fronte di una domanda con cui il figlio naturale fa valere solo il credito agli alimenti e non anche l'accertamento dello status di filiazione naturale, la sentenza di accoglimento non impedisce al convenuto di promuovere successivamente un altro autonomo giudizio con cui chiede l'inesistenza del diritto di filiazione naturale (perché la prima sentenza riguarda il diritto dipendente e non quello pregiudiziale).

Il giudice deve pronunciarsi con efficacia di giudicato anche sul diritto pregiudiziale se c'è una domanda di parte che lo richiede (domanda di accertamento incidentale) o se è la legge a richiederlo.

Come funziona il giudicato in senso sostanziale, soprattutto quando riguarda l'accertamento di un diritto pregiudiziale?

L'accertamento con efficacia di giudicato di un diritto soggettivo produce non solo effetti preclusivi, ma anche effetti **conformativi**. Infatti, *il giudicato sostanziale ha dei limiti, in particolare ha limiti oggettivi* (ma anche soggettivi).

I limiti oggettivi individuano ciò su cui fa stato l'accertamento giudiziale. Anzitutto, il giudicato assicura che l'accertamento giudiziale faccia stato sul diritto accertato, in quanto dedotto con la domanda.

1° limite oggettivo → si parla di **effetto preclusivo del giudicato** per riferirsi alla **incontrovertibilità** → impedisce alle stesse parti del processo di instaurare un altro processo avente ad oggetto lo stesso diritto soggettivo accertato con una sentenza passata in giudicato. L'incontrovertibilità è un effetto preclusivo → impedisce alle parti di mettere nuovamente in discussione il diritto.

2° limite oggettivo → **effetto conformativo**. L'effetto conformativo si verifica quando la sentenza passata in giudicato accerta un diritto pregiudiziale che costituisce un autonomo oggetto di giudizio. Es. Tizio, presunto padre naturale, prima che il figlio agisca nei suoi confronti per la condanna agli alimenti,

promuova un'azione di mero accertamento verso il presunto figlio naturale per far disconoscere uno status di paternità naturale ← il processo ha ad oggetto una situazione soggettiva autonoma. Il presunto padre naturale, prima che il presunto figlio agisca nei suoi confronti per la condanna agli alimenti, si rivolge al giudice per ottenere l'accertamento della sussistenza dello status di filiazione naturale → il processo ha ad oggetto una situazione soggettiva autonoma.

In relazione alla vicenda sostanziale, quello status può essere pregiudiziale rispetto al diritto di credito agli alimenti. Cosa succede se il giudice accoglie la domanda dell'attore e quindi accerta l'insussistenza dello status di filiazione in capo al convenuto e la pronuncia passa in giudicato? Si produrrà un *effetto preclusivo*: il convenuto, cioè il presunto figlio naturale, non può proporre una domanda che ha ad oggetto lo stesso oggetto della sentenza già passata in giudicato, perché quella situazione soggettiva è già stata negata con una sentenza passata in giudicato. Questa produce anche un *effetto conformativo* → obbligherà l'eventuale futuro giudice che sia adito da colui che ritiene figlio naturale per la condanna della controparte al pagamento degli alimenti a rigettare la domanda, perché solo così si conferma il precedente giudicato. Il presunto figlio naturale promuove il secondo successivo processo (dopo il passaggio in giudicato del primo) che ha ad oggetto il diritto dipendente dallo status di filiazione, ossia il diritto di credito agli alimenti. Il 2° giudice deve necessariamente esaminare anche il diritto pregiudiziale, ossia lo status di filiazione. Siccome, però, c'è una sentenza passata in giudicato che si è già pronunciata sul diritto pregiudiziale (e che lo ha negato), il 2° giudice non potrà esaminare la questione pregiudiziale liberamente, ma dovrà necessariamente conformarsi al precedente giudicato.

L'effetto conformativo del giudicato sui diritti soggettivi dipendenti è il 2° limite oggettivo del giudicato, fondamentale perché assicura la coerenza delle decisioni.

L'effetto preclusivo è un qualcosa di teorico più che pratico, perché è improbabile che le parti tornino a discutere su una questione che è già stata oggetto di una sentenza già passata in giudicato.

L'effetto conformativo, invece, è quello che davvero previene in concreto il rischio di decisioni contrastanti. Se il giudice, chiamato a pronunciarsi sul diritto dipendente, potesse ritenersi libero di giudicare sul diritto pregiudiziale, facilmente arriverebbe ad una soluzione contrastante con la prima → NON ammissibile.

Quali sono le ipotesi in cui la legge consente al giudice la pronuncia di una sentenza, cioè consente l'accertamento con efficacia di giudicato sul diritto pregiudiziale anche se manca un'apposita domanda di accertamento incidentale?

- Art. 124 cc → nullità del precedente matrimonio. Se viene promossa un'azione impugnativa di un matrimonio, è pregiudiziale l'accertamento della validità o meno di un eventuale precedente matrimonio concluso dal coniuge nei cui confronti è proposta la domanda. Considerando anche l'interesse pubblico sotteso a questo accertamento, si interpreta il 124 cc nel senso che in ogni caso il giudice deve pronunciarsi con efficacia di giudicato sulla questione giudiziale che riguarda la validità o meno del precedente matrimonio. Solo se questo è nullo, potrà andare a verificare la sorte del successivo.
- Art. 35 cc → eccezione di compensazione. C'è una norma del codice che si preoccupa di stabilire come il giudice dinanzi al quale si fatto valere un controcredito debba accertarlo. L'art. 35 cc stabilisce che fintanto che il diritto di controcredito non è contestato dall'attore, il giudice adito dall'attore può accertare anche il controcredito sebbene questo non rientri nella sua competenza per valore, ma ne superi i limiti. Se invece, il contro credito posto in compensazione dal convenuto è contestato dall'attore, il giudice non può decidere anche del contro credito se questo supera i limiti della sua competenza per valore, ma deve invitare le parti a riassumere la causa dinanzi al giudice superiore (solo relativamente al contro credito) → accertamento con efficacia di giudicato del diritto pregiudiziale per volontà della legge → anche in assenza di una domanda di parte. quando il diritto di credito è controverso e supera i limiti del giudice per valore, il fatto che il convenuto deve riassumere quella parte del processo davanti al giudice superiore, vuol dire che sul diritto pregiudiziale deve esserci un accertamento con efficacia di giudicato.

→ gli artt. 36 (domanda riconvenzionale), 34 (questioni pregiudiziali di merito) e 35 (compensazioni) sono consequenziali tra loro. Appartengono a quelle disposizioni che regolano le modifiche legali alle regole sulla competenza. Tutte queste non sono state scritte dal L. per definire la domanda riconvenzionale o le

questioni pregiudiziali di merito, ma per fissare delle regole di deroga ai principi generali sulla competenza → applicate anche e soprattutto per capire quali sono le domande riconvenzionali ammissibili, quali sono le questioni pregiudiziali di merito e come si risolvono e qual è l'eccezione di compensazione e come viene fatta valere nel processo.

Es. nel 35, il giudice di pace non potrebbe accertare un controcredito che supera la sua competenza per valore, ma la deroga prevede che possa farlo se questo controcredito non è contestato.

La domanda di accertamento incidentale viene impiegata a fini difensivi da parte del convenuto. Con la domanda di accertamento incidentale tende a chiedere ed ottenere la dichiarazione di sussistenza della situazione giuridica soggettiva con efficacia giudiziale.

La domanda di accertamento incidentale scaturisce da un fenomeno di connessione soggettiva di azioni. Questo accade ogni qualvolta è la parte che chiede l'accertamento del diritto dipendente che cumula questa domanda alla domanda di accertamento incidentale, con cui chiede anche la dichiarazione del diritto incidentale → due domande rivolte contro la stessa parte → cumulo oggettivo di domande che deriva da una connessione soggettiva di azioni.

Nel caso della domanda di accertamento incidentale può accadere che si replichi lo stesso meccanismo dell'art. 36 ogniqualvolta la domanda di accertamento incidentale è proposta dal convenuto in ottica difensiva, sebbene possa però accadere che sia lo stesso soggetto che ha proposto la domanda dipendente a chiedere anche la domanda di accertamento.

Così come è possibile per la domanda riconvenzionale, anche la domanda di accertamento incidentale può essere proposta da ciascuna delle parti del processo → anche l'attore può proporre la domanda riconvenzionale quando è destinatario di una domanda riconvenzionale da parte del convenuto.

Ovviamente serve che la sua domanda abbia lo stesso titolo della domanda riconvenzionale dell'attore o dell'eccezione sollevata. Le ipotesi di domanda riconvenzionale dell'attore sono molto rare, tuttavia ciò è possibile che si verifichi.

→ anche la domanda di accertamento incidentale può essere proposta da ciascuna delle parti del processo.

SCHEMA:

1. **PROCESSO OGGETTIVAMENTE COMPLESSO:** presenza di un cumulo oggettivo di domande nel processo, cumulo che è determinato da una connessione soggettiva tra le azioni fatte valere con le domande cumulate. Le parti possono cumulare più domande nello stesso processo se sono espressione di una connessione soggettiva delle azioni (104 → le azioni hanno in comune solo il requisito dei soggetti)
2. **PROCESSO SOGGETTIVAMENTE COMPLESSO:** presenza di un cumulo soggettivo di domande nel processo, cumulo che è determinato da una connessione oggettiva tra le azioni fatte valere con le domande cumulate. L'ordinamento favorisce sia una connessione oggettiva impropria (soluzione di identiche questioni) che una connessione oggettiva propria (titolo).
 - Domande riconvenzionali → cumulo oggettivo che non deriva eccezionalmente da una connessione soggettiva delle azioni. Questo accade sempre con la domanda riconvenzionale.
 - Domande di accertamento incidentali → cumulo oggettivo che non deriva eccezionalmente da una connessione soggettiva delle azioni. Accade quasi sempre con la domanda di accertamento incidentale.

PREGIUDIZIALITÀ DI MERITO:

Es. ci sono due situazioni giuridiche soggettive legate da un nesso di pregiudizialità-dipendenza. Es. credito alimentare e status di filiazione naturale. Il primo è un diritto dipendente, il secondo è un diritto pregiudiziale. La fattispecie costitutiva del diritto dipendente ha tra i suoi fatti costitutivi anche il diritto pregiudiziale → qualsiasi accertamento del diritto dipendente richiede l'accertamento del diritto pregiudiziale e ciò condiziona l'esito dell'accertamento sul diritto dipendente. Se il diritto pregiudiziale esiste, il giudice potrà andare a verificare se esiste o meno quello dipendente. L'eventuale accertamento dell'inesistenza del diritto pregiudiziale preclude l'accertamento del diritto dipendente.

L'oggetto del giudizio e quindi della domanda giudiziale è ciò su cui deve pronunciarsi la sentenza del giudice → equivalenza tra oggetto del giudizio e oggetto della sentenza → l'oggetto della domanda e l'oggetto del giudizio saranno anche l'oggetto del giudicato. Ciò su cui cade l'effetto del giudicato è ciò su cui si è pronunciato il giudice. Quando ricorre una situazione di pregiudizialità-dipendenza. Gli elementi costitutivi di un diritto sono composti anche dal diritto pregiudiziale, l'oggetto del giudizio deve essere verificato, perché l'accertamento del diritto pregiudiziale è indispensabile per stabilire se esiste o no il diritto dipendente. Si pongono quindi diverse situazioni:

- ❖ L'attore propone una domanda di condanna di Caio al pagamento del credito alimentare. Caio non si costituisce e rimane contumace. Qual è la cognizione che il giudice deve svolgere per decidere sulla domanda di Tizio? Riguarda la fattispecie costitutiva del diritto → deve verificare se sussiste o meno uno status di filiazione naturale in capo all'attore. l'art. 34 interviene su questo tipo di cognizione (del diritto pregiudiziale) stabilendo che, se la domanda ha ad oggetto solo l'accertamento del diritto dipendente, il giudice può conoscere il diritto pregiudiziale (lo status), ma tale cognizione vale solo in via incidentale → vale solo al fine di risolvere il processo pendente ma NON assume efficacia di giudicato. NON preclude alle parti di instaurare un nuovo processo che abbia ad oggetto l'accertamento dello status, cioè del diritto pregiudiziale. Il giudicato riguarderà solo l'oggetto della domanda. La sentenza sarà una sentenza in cui vi è un riconoscimento in via incidentale del diritto pregiudiziale e in cui vi è un accertamento in via principale del diritto dipendente. Il giudicato riguarderà solo l'oggetto della domanda, ossia l'accertamento del diritto dipendente.
- ❖ Cosa succede se il convenuto propone effettivamente questa domanda? Abbiamo una sentenza passata in giudicato con cui è accertata l'esistenza del diritto dipendente (credito alimentare). Caio, prima convenuto, ora propone un'azione con cui chiede l'accertamento della inesistenza dello status. L'oggetto di questo secondo processo è ESCLUSIVAMENTE lo status, che prima era il diritto pregiudiziale. Il giudice del 2° processo è libero di decidere sullo status indipendentemente dal precedente giudicato? Sì, perché quello riguarda un diritto dipendente. Quello non vede il giudicato sul diritto pregiudiziale. Ora invece si accerta con giudicato lo status e quindi in futuro il giudicato si avrà anche sullo status.
- ❖ Cosa succede se il giudice nega l'esistenza dello status e quella sentenza passa in giudicato? Si ha un contrasto con la prima sentenza e quindi si crea una situazione che è impossibile: incertezza del diritto. per evitare la contraddittorietà, l'ordinamento prevede alcuni rimedi.
 - Se si è già formato il primo giudicato, il rimedio è volto a prevenire la formazione di un secondo giudicato sul diritto pregiudiziale del contraddittorio rispetto al primo. Lo strumento è quello della revocazione 395 cpc
 - Se non si è già formato il giudicato, lo strumento è dato dalla sospensione necessaria del giudicato 295 cpc → il giudice dinnanzi al quale è ancora pendente la causa dipendente deve sospendere il proprio processo quando viene a sapere che è pendente un altro processo sul diritto giudiziale. Il processo dovrà restare necessariamente sospeso fino al passaggio in giudicato della sentenza sul processo che ha ad oggetto lo status. Questo assicura coerenza delle decisioni, poiché il giudice del primo processo avente ad oggetto il diritto dipendente si pronuncia solo dopo che conosce con certezza l'esito del processo avente ad oggetto il diritto pregiudiziale.

Gli strumenti per prevenire il rischio di giudicati contrastanti su diritti dipendenti (legati dal rapporto di pregiudizialità-dipendenza) sono, quindi:

- Revocazione 395 cpc → se si è già formato il giudicato sul diritto dipendente
- Sospensione necessaria del processo 295 cpc → se non si è già formato il giudicato.

Può darsi che la vicenda presentata sopra si presenti ribaltata. Abbiamo due alternative:

- ❖ Tizio propone una domanda contro Caio. Caio, però, non rimane contumace ma si costituisce entrando nel merito della fattispecie costituiva del diritto. Propone una domanda di accertamento

incidentale nei confronti dell'attore avente ad oggetto l'accertamento dello status, cioè del diritto pregiudiziale → l'oggetto del giudizio non è solo la domanda dell'attore ma anche dalla domanda di accertamento incidentale. Qui sarà lo stesso giudice che deve pronunciarsi sia sul diritto dipendente che sul diritto pregiudiziale. Il giudice deve prima accertare il diritto pregiudiziale e se questo è sussistente deve passare ad esaminare il diritto di credito. Il giudicato riguarda TUTTO l'oggetto del processo → sia il diritto dipendente che quello pregiudiziale.

- ❖ Tizio promuove una domanda per l'accertamento del diritto pregiudiziale e quindi l'oggetto del giudicato riguarda la domanda pregiudiziale → né tizio né caio possono proporre una domanda che abbia ad oggetto lo stesso diritto. Il secondo effetto è l'effetto conformativo.

L'efficacia del giudicato è anzitutto quella di impedire un secondo processo sullo stesso diritto. il discorso vale per qualunque tipo di diritto. solo l'effetto conformativo attiene al diritto pregiudiziale. Questo fenomeno, quello del giudicato e dell'effetto preclusivo, non fa confuso con un altro fenomeno: **NE BIS IN IDEM** → *introdurre in un secondo autonomo processo un accertamento che abbia ad oggetto un diritto soggettivo che è già stato oggetto di un precedente processo pendente.*

Se abbiamo il giudicato, la conseguenza è che è precluso il diritto delle parti di far valere in giudizio quello stesso diritto soggettivo su cui ha effetto il giudicato.

Il ne bis in idem stabilisce invece che, una volta che sia pendente un primo processo su un diritto soggettivo, è preclusa l'instaurazione di un secondo processo sullo stesso diritto soggettivo. Se questo accade si verifica il fenomeno di litispendenza. L'ordinamento usa il vocabolo litispendenza anche quando si verifica un fenomeno che è quello del ne bis in idem (e non solo per indicare uno degli effetti del processo). La regola della litispendenza non ha una valenza oltre che teorica anche pratica, ma ha una valenza prettamente teorica. La regola della litispendenza è stabilita all'**art. 39 co. 1 cpc.**

Il fenomeno del ne bis in idem confronta due processi ancora pendenti aventi ad oggetto lo stesso diritto soggettivo. il processo successivo non è precluso nella sua instaurazione, in quanto ancora non si è formato il giudicato.

Esclude che si possa avere litispendenza, cioè che una stessa causa possa essere proposta davanti a due uffici giudiziari diversi dando origine a due processi diversi → rischio di contraddittorietà delle decisioni.

Come risolve questo problema l'ordinamento? Come si fa se sono nati due processi aventi lo stesso oggetto? Deve sopravvivere solo uno dei due processi → art. 39 co. 1 → quando la stessa causa è fatta valere davanti a due uffici giudiziari diversi, il giudice del processo successivo è tenuto a cancellare la causa successivamente proposta dal ruolo con conseguente immediata estinzione del processo. L'elemento discriminante è quello *temporale* → *criterio della prevenzione: bisogna stabilire quale dei due processi è stato instaurato per primo.* Come si fa a stabilire quale è la causa preventivamente instaurata? Art. 39 co. 3 → *la causa instaurata per prima è quella in cui è stata per prima notificata la citazione → si fa riferimento alla data di notifica della causa.* Sarà la parte convenuta nel secondo processo ad eccepire la litispendenza, cioè la pendenza di un processo anteriore della stessa causa. Il secondo giudice accertata la dipendenza, disporrà la cancellazione della causa davanti a sé pendente dal ruolo.

Il regime di rilevanza della litispendenza, che fa riferimento al presupposto processuale relativo al giudice, è un regime di rilevanza molto generoso → è possibile rilevare la litispendenza in ogni stato e grado del processo e anche d'ufficio.

La litispendenza dell'art. 39 va tenuta distinta da un altro fenomeno: la **continenza**, art. 39 co.2. Non siamo davanti a due domande pendenti dinanzi ad uffici giudiziari diversi aventi ad oggetto lo stesso diritto, ma *siamo dinanzi a domande pendenti davanti ad uffici diversi ed aventi ad oggetto diritti soggettivi legati tra loro da una relazione tale per cui l'uno è quantitativamente nell'altro.* Una è più ampia rispetto all'oggetto dell'altra. Pur avendo soggetti e titoli diversi, si distinguono per l'estensione del loro oggetto.

Es. nel processo 1 il creditore agisce per la condanna del debitore al pagamento di alcune rate di un contratto di mutuo. Accorgendosi poi che avrebbe potuto chiedere la condanna al pagamento anche di altre rate, instaura un secondo processo davanti ad un ufficio giudiziario diverso, con cui chiede la condanna dello stesso debitore a tutte le rate, sia quelle già chieste con la prima domanda che le altre → l'azione esercitata nel secondo processo è quantitativamente più grande dell'azione del primo processo → continenza. Se nel caso della litispendenza abbiamo due azioni identiche, con stessi soggetti, stesso oggetto

e stesso titolo, nel caso della continenza abbiamo due azioni NON perfettamente identiche ma fortemente omogenee. Le due azioni differiscono, seppure in senso molto specifico, riguardo ai loro oggetti. La continenza è quel rapporto tra le azioni tale per cui il petitum dell'una è più grande e quindi assorbe in sé il petitum dell'altra azione. **L'azione con il petitum più ampio si chiama continente. L'azione con il petitum più piccolo è l'azione contenuta.**

Quale soluzione propone il cpc?

Art. 39 co. 2.

Se il giudice del primo processo negasse l'obbligo al pagamento di alcune delle rate per inefficacia del contratto di mutuo e il secondo giudice condannasse il debitore riconoscendo la validità dello stesso contratto, si avrebbe una insanabile contraddittorietà del diritto.

Il cpc quindi prevede una soluzione → art. 39 co. 2 → bisogna fare riferimento alla prevenzione per stabilire quale è stato instaurato per primo, ma bisogna anche fare riferimento alla competenza del giudice.

Se il giudice preventivamente adito è anche competente a decidere la seconda causa, allora spetta al giudice preventivamente adito rilevare anche d'ufficio la continenza e assegnare alle parti un termine per riassumere la causa davanti al primo giudice competente.

Al contrario, *se il giudice preventivamente adito non è competente a decidere anche la domanda proposta successivamente, perché quest'ultima causa sarà evidentemente quella più ampia, allora questo stesso provvedimento (rilevazione della continenza e assegnazione del termine) sarà assunto dal giudice successivamente adito.*

Nel nostro es. trova applicazione questa seconda ipotesi.

Si è osservato in dottrina che *la previsione di questo meccanismo preventivo del rischio di giudicati contrastanti appare sproporzionata*, cioè troppo complessa rispetto alla struttura di una continenza puramente quantitativa.

Torniamo all'esempio di continenza di cui sopra → con la prima azione il creditore agisce in giudizio per ottenere la condanna del debitore al pagamento di tutte le rate di un contratto di mutuo. Successivamente lo stesso attore agisce in giudizio per ottenere la condanna al pagamento di solo alcune delle rate derivanti dallo stesso contratto. L'esempio vale anche al contrario: può darsi cioè che il creditore dapprima agisca per la condanna del debitore al pagamento di alcune soltanto delle rate scadute e poi, successivamente, propone un'altra domanda dinnanzi ad un giudice diverso per ottenere la condanna dello stesso debitore, sulla base dello stesso titolo per ottenere la condanna al pagamento di tutte le rate scadute, un numero quindi di rate maggiore rispetto a quello del primo processo.

Applicando il meccanismo del co. 2 art. 39, abbiamo che il giudice preventivamente adito o quello successivamente adito dispone la riassunzione della causa davanti al giudice che ha la competenza a deciderle entrambe.

Perché questo meccanismo è eccessivamente complesso? Perché in realtà riassumere la causa quantitativamente più piccola nel processo che ha ad oggetto la causa più ampia non serve a niente, perché *l'oggetto della causa più grande GIÀ ingloba in sé l'oggetto dell'azione più piccola.*

La riassunzione della causa contenuta dinnanzi al giudice della causa contenente è inutile, perché l'oggetto della causa più piccola è già quantitativamente ricompreso nell'oggetto più ampio della causa contenente.

Il processo che chiede la condanna di tutte le rate ha già in sé il pagamento di alcune delle rate → in dottrina si evidenzia che il caso della continenza quantitativa è un caso di litispendenza a cui si attaglia meglio il meccanismo previsto per la litispendenza. Come è molto più semplice prevenire il contrasto di giudicati? Prevedendo, secondo il meccanismo dell'art. 39 co. 1 cpc che il giudice della causa contenuta, rilevata la continenza, (non importa che sia il giudice preventivamente o successivamente adito) semplicemente cancelli la causa del ruolo con estinzione del processo, così che rimanga in vita solo la causa contenente.

Si è quindi fatta strada in dottrina che *l'idea della continenza di cui parla il co. 2 del 39 non è quantitativa ma qualitativa* → fenomeno in cui c'è un rapporto tra azione più grande e più piccola, c'è un *rapporto tra un'azione continente e un'azione contenuta*, solo che *l'oggetto delle due azioni è valutato più grande o più piccolo non in relazione al contenuto quantitativo della prestazione oggetto delle azioni, ma in relazione*

al tipo di tutela giurisdizionale richiesta. L'azione continente in senso qualitativo mira ad ottenere una tutela giurisdizionale che assorbe la tutela giurisdizionale conseguente all'accoglimento dell'azione contenuta. L'azione è contenuta quando mira al conseguimento di un effetto, cioè di una tutela giurisdizionale, che è ricompreso in quanto dipendente dall'effetto che consegue già all'azione contenente. Una delle principali applicazioni di questo fenomeno è stata quella che vede in relazione l'azione di nullità del contratto e quella di risoluzione del contratto per inadempimento → dal punto di vista quantitativo non c'è un raffronto tra le due azioni, se non per il fatto che hanno ad oggetto lo stesso titolo in quanto entrambe sorgono dalla stessa vicenda contrattuale. Ma dal punto di vista qualitativo la decisione sull'azione di risoluzione del contratto è una decisione che è strettamente correlata alla decisione sull'azione di nullità del contratto → è evidente, infatti, che si può risolvere per inadempimento un contratto se e nella misura in cui quel contratto esiste è valido ed efficace, cioè nella misura in cui non è nullo. Il presupposto dell'esistenza e della validità del contratto è essenziale affinché sia decisa l'azione per la risoluzione per inadempimento del contratto.

Questo tipo di fenomeno della continenza qualitativa allora ha portato ad osservare che accanto al fenomeno della pregiudizialità di merito in senso tecnico, quello che ha il suo fondamento nella struttura della fattispecie costitutiva di un diritto, è possibile individuare anche una pregiudizialità di merito in senso logico. **PREGIUDIZIALITÀ LOGICA DI MERITO** e non di rito. È un terzo concetto di pregiudizialità rispetto alla pregiudizialità di rito processuale e alla pregiudizialità di merito in senso tecnico. Prescinde da come è strutturata la fattispecie.

La pregiudizialità di merito in senso logico non fa riferimento, dunque, alla struttura della fattispecie costitutiva di un diritto soggettivo → non siamo di fronte ad un fenomeno in cui un diritto soggettivo è dipendente di un altro diritto soggettivo pregiudiziale, in quanto quest'ultimo è elemento essenziale della fattispecie costitutiva del primo diritto.

La pregiudizialità di merito in senso logico attiene al meccanismo di funzionamento della fattispecie costitutiva di un diritto soggettivo. La pregiudizialità di merito in senso logico è quindi la relazione che lega la fattispecie costitutiva di un diritto soggettivo, indipendentemente da quella che è la sua struttura, ai suoi effetti giuridici → cioè all'insieme dei diritti soggettivi che spesso scaturiscono da una fattispecie costituiva. Ci sono fattispecie costitutive che sono idonee a produrre un unico effetto giuridico. Ci sono altre fattispecie costitutive che producono una pluralità di effetti giuridici (contratti ← da questi scaturisce un fascio di obbligazioni a cui corrispondono i diritti soggettivi). L'accertamento con efficacia di giudicato del diritto soggettivo genera un effetto preclusivo anche sull'accertamento del titolo da cui si è generato il diritto accertato, cosicché a fronte del giudicato le stesse parti non solo non possono nuovamente controvertere sullo stesso diritto accertato, ma nemmeno sul titolo da cui è derivato quel diritto.

Le parti dovranno rispettare il giudicato formatosi nel precedente processo sul titolo sebbene quel giudicato abbia riguardato un altro diritto derivante sempre da quel titolo → **il giudicato non è solo sul diritto ma anche sul titolo da cui quel diritto è derivato.**

Se consideriamo il rapporto che si instaura tra il contratto come fattispecie costitutiva e gli effetti costituiti che conseguono a questa, notiamo che c'è una relazione di pregiudizialità-dipendenza che attiene al meccanismo di funzionamento della fattispecie.

Es. effetti del contratto di compravendita. Ipotizziamo che in un primo processo il venditore chiede la condanna del compratore al pagamento del prezzo. In un altro processo, lo stesso venditore chiede la condanna all'adempimento di un'altra obbligazione derivante dal contratto oppure magari è il compratore che chiede ad un altro giudice la condanna del venditore alla consegna del bene.

Che cosa succede se l'esito del primo processo, quello promosso dal venditore per la condanna del compratore al pagamento del prezzo, si conclude con un accertamento giudiziale che presuppone la cognizione del contratto di compravendita come esistente valido ed efficace (non importa poi se il giudice su questa base ha effettivamente condannato il compratore al pagamento del prezzo)? In ogni caso, l'esito di questo giudizio passa attraverso una cognizione della fattispecie costitutiva, cioè la fattispecie costitutiva che è elemento pregiudiziale del diritto fatto valere dal venditore e cioè il diritto di credito alla percezione del prezzo. Succede che questa decisione è potenzialmente idonea ad espletare qualche effetto anche sul secondo processo che, pur avendo ad oggetto un altro effetto giuridico (ad esempio il diritto di credito del compratore alla consegna del bene) presuppone anch'esso una cognizione della fattispecie costitutiva.

Il punto è dunque → la cognizione della fattispecie costitutiva fatta dal primo giudice è vincolante anche per il secondo giudice che è però chiamato a pronunciarsi su un diverso effetto giuridico di quello stesso contratto? Questo ha generato nella dottrina e nella giurisprudenza un problema interpretativo che un laureato in giurisprudenza non può non conoscere. Ci si è chiesti, cioè, *se anche all'ipotesi della pregiudizialità di merito in senso logico si applichi l'articolo 34 del codice*, ossia la norma secondo cui in tema di pregiudizialità di merito in senso tecnico si aveva accertamento con efficacia di giudicato anche sul diritto pregiudiziale, oltre che sul diritto dipendente solo se c'era una domanda di accertamento incidentale, cioè una domanda giudiziale avente ad oggetto specificamente il diritto pregiudiziale o se c'era un'ipotesi prevista dalla legge (es. art. 35 cpc).

Quindi la sintesi del dibattito interpretativo può essere fatta in questi termini → per lungo tempo dottrina e giurisprudenza prevalenti hanno escluso l'applicazione dell'art. 34 cpc al di fuori delle ipotesi della pregiudizialità in senso tecnico. Qual è la conseguenza di questa decisione interpretativa che è peraltro coerente con l'origine storica dell'art. 34, che è stato pensato da uno dei nostri più grandi processuali civilisti vissuto a cavallo tra la seconda metà dell'Ottocento e la prima metà del '900 cioè Giuseppe Chiovenda? La conseguenza della inapplicabilità dell'art. 34 cpc fuori dall'ambito della pregiudizialità di merito in senso tecnico è naturalmente quella di *escludere qualunque effetto preclusivo del giudicato sulla cognizione incidentale della fattispecie costitutiva*, riguardando tale effetto soltanto l'accertamento giudiziale del diritto soggettivo. Questo non è affatto incoerente rispetto alla logica sottostante all'art. 34, cioè alla logica della pregiudizialità di merito in senso tecnico, *perché la fattispecie costitutiva di norma non è un diritto soggettivo ma un fatto*. Anzi, anche quando la fattispecie costitutiva contiene un diritto soggettivo (lo abbiamo visto con il credito agli alimenti, che vede il diritto pregiudiziale come uno degli elementi della fattispecie costitutiva che contempla sempre anche dei fatti) comunque vede il diritto pregiudiziale come uno degli elementi della fattispecie costitutiva, che contempla sempre anche dei fatti. Il diritto, del resto, è una struttura che si sovrappone alla realtà fattuale.

Quello di cui si parla non è solo un rischio teorico ma anche un rischio pratico, perché il secondo giudice può avere a disposizione un quadro probatorio più ampio di quello del primo giudice.

Il rischio però di un diverso contrasto di giudicati ritornava quindi prepotentemente.

La svolta si è avuta con *due importanti sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione*, che sono le famose *sentenze Travaqlino*, dal nome del consigliere di Cassazione che le ha redatte.

Sono due sentenze fotocopia, perché attengono a casi analoghi decisi congiuntamente dalle Sezioni.

Con queste storiche pronunce della Corte di Cassazione, il giudice di legittimità ha sostanzialmente stabilito che, se è vero che l'art. 34 non si applica al di fuori dell'ambito della pregiudizialità in senso tecnico, *deve essere innegabile il riconoscimento dell'estensione del giudicato non solo al diritto accertato in quanto oggetto della domanda, ma anche al suo presupposto logico-giuridico rappresentato dal titolo dalla sua fattispecie costitutiva*.

Se il giudicato sul diritto fatto valere, cioè sull'effetto giuridico, è un *giudicato esplicito* perché l'effetto giuridico è ciò che è esplicitato come oggetto della domanda, *il giudicato sulla fattispecie costitutiva* (che non può di per sé costituire oggetto di un'autonoma domanda perché è sempre anche o solo un fatto) *sarà implicito*, ma ciononostante sarà giudicato, *cioè precluderà alle parti e al giudice del secondo processo di disconoscere l'esistenza e la validità all'efficacia del contratto* o comunque del titolo, se questo è stato accertato dal primo giudice in occasione della pronuncia sul diritto di credito al prezzo, ossia uno degli effetti giuridici di quel titolo.

Questo risultato interpretativo è molto importante, perché da un lato *modernizza il nostro ordinamento*, perché la regola dell'art. 34 è una regola che per garantire la coerenza delle decisioni rallenta il processo; dall'altro lato però *lo avvicina molto anche agli altri ordinamenti* (sia vari ordinamenti europei come ad esempio quello tedesco o quello francese, ma soprattutto con l'estensione anche nel nostro paese della regola dello stare decisis per alcune modifiche intervenute alla disciplina del giudizio di Cassazione), anche perché attraverso questa lettura è molto avvicinato il sistema del giudicato proprio di un ordinamento di civil law come il nostro al sistema del giudicato che esiste nei sistemi di common law → quelli anglo-americani.

*In particolare, il sistema nordamericano di civil litigation conosce da sempre la distinzione tra issue litigation (che anche loro individuano con le espressioni in latino, che è l'equivalente della nostra cosa giudicata) ed il principio della issue preclusion → la res giudicata viene anche chiamata claim preclusion, cioè preclusione della domanda ed è il nostro effetto preclusivo del giudicato declinato alla luce dell'art. 34. **Se c'è l'accertamento giudiziale di un diritto soggettivo**, cioè dell'oggetto di una domanda giudiziale, **quel diritto soggettivo non può più essere controverso**, cioè la claim preclusion.*

Ma il sistema nord-americano conosceva già anche la issue preclusion che ora si sta conformando anche nel nostro ordinamento. *La issue preclusion è la preclusione sulla questione risolta dal giudice per decidere sul claim → questa issue è fondamentalmente la cognizione della fattispecie costitutiva del diritto fatto valere con la domanda.*

Se un giudice nel decidere una domanda, cioè un diritto, conosce il titolo da cui deriva quel diritto, non ci deve essere solo una claim preclusion, cioè un effetto preclusivo sulla domanda, quindi sulla discutibilità del diritto in un altro processo, ma ci deve essere anche una issue preclusion, cioè la preclusione a ridiscutere del titolo da cui deriva quel diritto → esattamente il principio che desumiamo dalle pronunce delle sezioni unite del 2014 sul giudicato implicito sul titolo.

L'ultimo punto di questo discorso attiene ai metodi di prevenzione del rischio di giudicati contrastanti attinente al rapporto di connessione oggettiva di azioni.

Nel passaggio della litispendenza alla connessione oggettiva di azioni si allenta il rigore del vincolo tra le azioni → nel caso della litispendenza e della continenza il vincolo che lega le azioni è il più intenso possibile; nel caso della connessione oggettiva, la relazione tra le due azioni è certamente meno rigida perché presuppone semplicemente l'identità di almeno uno degli elementi oggettivi delle azioni.

La connessione oggettiva propria consente che due azioni possano essere cumulate nello stesso processo se, pur avendo soggetti diversi, hanno in comune il titolo o l'oggetto o entrambi. Sebbene il legale tra le due azioni oggettivamente connesse sia più blando rispetto a litispendenza o continenza, è comunque possibile che ci sia un contrasto di giudicati se le due azioni sono proposte davanti a due giudici diversi.

La norma che individua il meccanismo preventivo del rischio nei casi di connessione oggettiva è l'**art. 40 cpc**. Guardiamo ai primi due commi che fanno riferimenti all'eventualità in cui le due azioni oggettivamente connesse pendono davanti a giudici diversi, seguano entrambe il rito ordinario di cognizione. I commi 3 e ss fanno riferimento ai casi in cui le due azioni oggettivamente connesse non solo pendono davanti a giudici diversi, ma seguono anche riti di cognizione diversi (es. uno ordinario e l'altro uno speciale).

I primi due commi ci dicono che la connessione oggettiva di azioni pendenti davanti a giudici diversi può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, ma a differenza di litispendenza e continenza, che possono essere rilevate d'ufficio in ogni stato e grado del processo, *la connessione oggettiva può essere rilevata solo entro la prima udienza.*

Il potere di rilievo ufficioso del giudice è temporalmente limitato. Questa preclusione opera anzitutto nei confronti del convenuto, che sa che l'eccezione di connessione oggettiva è di rito in senso lato che non è esercitabile in qualunque momento del processo, ma non oltre la prima udienza. È quindi un'eccezione più permissiva di quella in senso stretto, ma ciononostante, resta soggetta ad un termine preclusivo, ossia la prima udienza. Questo termine vale anche per il giudice, laddove nell'inerzia della parte decida di far valere in via ufficioso la connessione con un altro processo.

Questo è una sorta di riflesso processuale della minore gravità di giudicati contrastanti rispetto a litispendenza e continenza, perché in questi ultimi due casi il rischio è massimo e quindi non ci sono limiti. Per la connessione il rischio esiste ma è minore e quindi il potere di rilevazione anche d'ufficio è temporalmente limitato → il L. contempera due esigenze: la prevenzione di giudicati contrastanti con l'esigenza di una ragionevole durata del processo.

Il co. 2 prevede che *il giudice possa disporre la riassunzione della causa connessa davanti al giudice preventivamente adito*, una volta che la connessione è stata rilevata, *solo se lo stato della causa preventivamente instaurata consente una esauriente trattazione e decisione della causa.*

A riguardo dobbiamo guardare anche all'art. **103 co. 2** → potere di **separazione delle cause** proposte cumulativamente in quanto legate da una connessione oggettiva. Se anche in assenza di un'istanza congiunta di parti, la continuazione del processo litisconsortile rischia di ritardare o rendere più gravosa la trattazione e decisione delle cause connesse, allora dispone la separazione. Ipotesi esemplificativa tipica è un'azione originariamente cumulata o in via sopravvenuta che ha esigenze istruttorie più pesanti rispetto a quelle dell'altra azione connessa. Se il giudice non separa, il litisconsorzio non è un vantaggio, ma è un limite/peso.

Nel caso dell'art. 40 co. 2, il giudice invece valuta criticamente sé stesso → prima di disporre davvero la riunione delle cause connesse, cosa che può fare se c'è stato un tempestivo rilievo della connessione, è quello di valutare se la riunione che può o intende disporre è un vantaggio o uno svantaggio sul piano economico/processuale per le parti. Se ritiene che la riunione delle due azioni sia uno svantaggio, pur potendolo fare, non dovrà disporre la riunione. Nel caso della connessione oggettiva, serve che il giudice si convinca che è giusto disporre la riunione. Sul piano concreto, la riunione si realizza sempre assegnando un termine perentorio per la riassunzione della causa, che va fatta dinnanzi al giudice preventivamente adito.

Dobbiamo tornare a concentrarci sullo svolgimento del processo ordinario di cognizione per capire i poteri delle parti nel corso del processo e quale sia il ruolo del giudice fino alla parte decisoria.

Si è soliti dividere il processo ordinario di cognizione in tre fasi. Questa tripartizione è la stessa su cui si basa la disciplina contenuta anche nel 2° libro del cpc. Nello spiegare il funzionamento del processo ordinario di cognizione ci rifacciamo alle disposizioni del 1° titolo del libro II del cpc. Questo regola il processo ordinario di cognizione che si svolge davanti al [tribunale](#). Il tribunale è uno dei giudici civili a cui spetta l'esercizio della giurisdizione ordinaria in 1° grado. L'altro giudice a cui spetta questo esercizio è il [giudice di pace](#), il cui procedimento è regolato dalle norme del titolo 2° del libro II, le quali sono costruite in contrapposizione con quelle del titolo precedente. L'applicazione delle norme del titolo 1 o titolo 2 dipende dalle regole sulla competenza → si può stabilire se la causa va instaurata davanti al tribunale o davanti al giudice di pace. Le tre fasi davanti al tribunale sono:

1. **Fase preparatoria della causa**
2. **Fase di trattazione della causa**
3. **Fase decisoria della causa**

Il processo ordinario di cognizione è quindi una trattazione, cioè uno svolgimento e un approfondimento degli atti introduttivi del processo in funzione della decisione del giudice. Questo dimostra che questo tipo di processo si basa su una giurisdizione cognitoria. Cognizione è conoscenza, accertamento, verifica, approfondimento, concetti che il cpc identifica nella espressione "trattazione".

1. FASE PREPARATORIA DELLA CAUSA

Si apre senza alcun coinvolgimento del giudice. Questa fase serve per soddisfare due finalità:

- [Proposizione e presentazione degli atti introduttivi del giudizio](#), che sono l'atto di citazione e la comparsa di costituzione e risposta. Se per l'attore il momento della proposizione della domanda e il momento della sua presentazione al giudice sono due momenti distinti, per il convenuto invece quei due momenti sono coincidenti.
- [Designazione del cd giudice istruttore](#). Il nostro cpc fin dal 1940 ha voluto tenere distinti il giudice che si occupa della trattazione della causa, che cioè dirige le attività processuali con cui le parti trattano la causa ed il giudice che invece è chiamato a decidere la controversia. Il cpc qualifica il giudice che ha la funzione di dirigere la trattazione della causa con il nome di [giudice istruttore](#). Non è un giudice togato, non è assistito da un cancelliere.

Questa si origina con l'instaurazione del rapporto processuale, che è la base del contraddittorio tra le parti e tra queste ultime ed il giudice. Il processo è pendente (1° effetto processuale della domanda) con la notificazione dell'atto di citazione, a cui segue il termine perentorio di 10 gg per la costituzione in giudizio dell'attore (art. 165 cpc). La prima udienza è fissata dall'attore ed è rispetto a questo momento che individuiamo la costituzione in giudizio del convenuto, il quale ha tempo fino all'udienza per costituirsi. Ma se vuole esercitare i poteri difensivi speciali deve costituirsi entro 20 gg dalla data dell'udienza.

Ricordiamo che tra la data della notifica e la data della 1° udienza deve essere garantito al convenuto il termine minimo per comparire, ossia 90 o 150 gg.

In tutto ciò abbiamo solo un confronto tra attore e convenuto. Il giudice non c'è.

Come si arriva alla designazione del giudice istruttore? Dobbiamo soffermarci su quello che succede dopo che vi è stata la costituzione in giudizio dell'attore o, in mancanza, del convenuto. Il 171 ci dice che la causa, in caso di contumacia dell'attore, può essere portata avanti anche solo dal convenuto.

Al momento della costituzione in giudizio (solitamente dell'attore entro 10 gg), questo è tenuto a presentare alla cancelleria del tribunale adito un *fascicolo di parte*, che deve contenere:

- Atto di citazione notificato
- Documenti offerti in comunicazione (prove documentali)
- Procura alle liti
- Nota di iscrizione a ruolo → non è un atto processuale, ma un atto amministrativo in cui sono sintetizzati gli elementi essenziali dell'azione (soggetti, oggetto della domanda, giudice adito)

Con questo documento, la cancelleria ha l'obbligo di iscrivere la causa nel ruolo generale dell'ufficio giudiziario (u.g.). Il cancelliere è un ausiliario del giudice.

L'atto di iscrizione della causa nel ruolo generale è ciò che contribuisce ad estendere il rapporto processuale al giudice.

Contestualmente all'iscrizione nel ruolo generale, la cancelleria forma anche il *fascicolo d'ufficio*, ossia il fascicolo della causa costituito per il giudice. Il fascicolo d'ufficio contiene il fascicolo dell'attore + la nota di iscrizione a ruolo + ciò che si farà per iscritto nel corso del processo. confluiranno quindi il fascicolo del convenuto quando si costituisce, contenete comparsa e documenti e procura alle liti + i provvedimenti che il giudice adotta nel corso del processo + gli atti delle parti nel corso della trattazione + i verbali di udienza. Il fascicolo d'ufficio viene trasmesso dalla cancelleria al presidente dell'ufficio giudiziario. Nei tribunali di maggior dimensioni che hanno molte sezioni, il fascicolo viene assegnato al presidente di una delle sezioni. Il presidente, quindi, una volta ricevuto il fascicolo, è chiamato a designare il giudice istruttore a cui spetta occuparsi della trattazione della causa.

Come si fa a designare il giudice istruttore? Chi è il giudice istruttore? Dobbiamo tenere conto del *d.lgs. 51/1998*. Quest'atto normativo ha profondamente innovato l'esercizio della giurisdizione cognitoria → ha previsto *due diverse modalità di decisione della causa*. Prima del 1998, il cpc prevedeva che la decisione di qualunque causa civile dovesse spettare ad un tribunale in composizione collegiale, composto cioè da 3 giudici. Il codice del 1940 stabiliva che spettava al tribunale collegiale nominare al suo interno un giudice avente le funzioni di giudice istruttore, avente la funzione di trattare ed istruire la causa. Lo stesso giudice istruttore era quello che diveniva, in sede decisoria, il giudice relatore, cioè quello che scriveva la motivazione della sentenza.

Questo sistema è stato modificato dalla riforma del 1998, perché ha riservato questo meccanismo solo ad alcuni tipi tassativi di cause civili → quelle individuate nell'*art. 50-bis cpc* ← *tribunale collegiale*. Sono controversie che presentano caratteristiche di maggiore complessità sul piano della decisione. Una delle controversie individuate è, ad esempio, l'impugnazione delle delibere assembleari di SPA. Il L. del '98 ha voluto conservare la garanzia della collegialità della decisione presupponendo che questa sia una decisione più ponderata.

In tutti gli altri casi diversi dall'elenco del 50-bis, non solo la trattazione ma anche la decisione della causa spettano ad un giudice monocratico. *Il giudice istruttore non sarà designato dal collegio, ma dal presidente del tribunale o della sezione del tribunale.*

Come fa il presidente del tribunale a designare il giudice istruttore? Ce lo dicono varie disposizioni del cpc → *all'inizio di ogni anno giudiziario il presidente individua i componenti del suo ufficio che svolgono le funzioni di giudice istruttore nel corso dell'anno giudiziario iniziato, specificando i giorni in cui sarà giudice in prima udienza.* Pertanto, l'attore, nel momento in cui propone la domanda giudiziale, fissa la data dell'udienza e questa coinciderà con la data in cui uno dei giudici che compongono il giudice adito andrà a svolgere la funzione di giudice istruttore nella prima udienza. L'attore non sceglie il giudice, che è precostituito per legge ex art. 25 cost.

Dobbiamo, però, tenere conto di due regole che nella pratica hanno una bassissima applicazione:

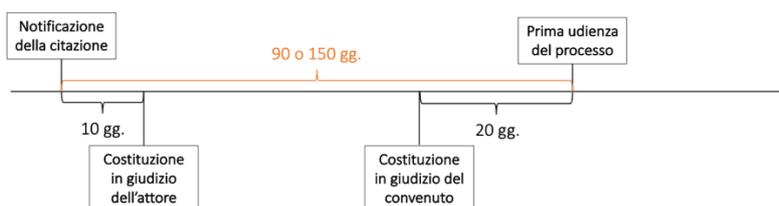
- Co. 4 art. 168 bis
- Co. 5 art. 168 bis

Molto raramente la data in cui si svolge la data della prima udienza è quella fissata dall'attore nella citazione → possono esserci situazioni nelle quali si impone un *differimento rispetto a quanto fissato dall'attore nella citazione*:

- 1) [Art. 168 bis comma 4](#) → nel giorno fissato dall'attore per la comparizione delle parti, il giudice istruttore non ha udienza → è previsto uno spostamento d'ufficio della data di comparizione delle parti all'udienza immediatamente successiva a quella fissata dall'attore nella citazione definita dal giudice istruttore. Rimane fermo il giudice ma viene spostata la data della 1° udienza. Lo spostamento non deve essere comunicato alle parti → il differimento della data dell'udienza ai sensi del co. 4 dell'art. 168 bis non implica anche uno spostamento del termine per la costituzione in giudizio del convenuto, il quale dovrà costituirsi sempre almeno 20 gg prima della data dell'udienza fissata nell'atto di citazione e NON 20 gg prima dell'udienza che risulta.
- 2) [Art. 168 bis comma 5](#) → il differimento non viene a dipendere dal fatto che il giudice istruttore non tiene udienza in quel giorno, ma da un *potere discrezionale* del giudice istruttore, che per esigenze personali può differire la data della prima udienza fino ad un *massimo di 45 giorni*. Il differimento è discrezionale e NON arbitrario → il differimento deve essere motivato. L'aspetto importante è che il provvedimento va comunicato alle parti → il differimento dell'udienza differisce anche il termine di 20 gg prima dell'udienza per la costituzione del convenuto, il quale eccependo il differimento, sa che i suoi 20 gg non vanno calcolati dalla data fissata dall'attore, ma dalla data stabilita dal giudice istruttore.

Fase preparatoria della causa

Instaurazione del rapporto processuale tra le parti e il giudice adito:



2. FASE DI TRATTAZIONE DELLA CAUSA

È la fase più complessa visto il numero più consistente di attività la disciplina del cpc è costituita sotto diverse fasi:

- Trattazione in senso stretto
- Istruzione probatoria

In questa fase, le parti ed il giudice devono impegnarsi nell'approfondimento del cd *thema decidendum* → oggetto del giudizio su cui si deve pronunciare il giudice con la sentenza. Il *thema decidendum*, cioè l'oggetto del giudizio, è composto dall'oggetto della domanda + dalle difese svolte dal convenuto. Solo con l'eccezione il convenuto comincia ad ampliare l'ambito della cognizione del giudice, perché introduce fatti aventi efficacia estintiva, modificativa o impeditiva del diritto dell'attore, eccezioni generalmente in senso lato oppure perché fa valere un proprio diritto soggettivo, cioè propri fatti costitutivi che fondano tale diritto soggettivo, eccezioni solitamente in senso stretto. L'ampliamento dell'ambito cognitorio del tribunale è ancora maggiore se il convenuto propone una domanda riconvenzionale o se propone una domanda incidentale o di una domanda connessa nei confronti di un terzo ecc.

La norma cardine di questa fase è l'art. [183 cpc](#) → struttura la trattazione della causa secondo 2 modalità formalmente alternative:

- a) Trattazione orale della causa → verbalmente in udienza
- b) Trattazione scritta della causa → per iscritto → forma assolutamente prevalente

L'istruzione probatoria serve per la definizione del thema probandum. C'è una distinzione del thema probandum e del thema decidendum → non tutto ciò che le parti allegano a fondamento delle loro istanze esige un'attività di acquisizione nel processo di mezzi istruttori. Una delle ragioni di ciò è che la maggior parte delle prove di cui parti e giudice si avvalgono sono prove documentali, ossia precostituite. Inoltre, esistono tutta una serie di tecniche processuali che possono consentire alla parte di non richiedere l'acquisizione di mezzi istruttori. Questi meccanismi sono la distribuzione dell'onere della prova → l'attore non deve provare tutto, dipende come la distribuzione dell'onere della prova è disposta dalla legge; oppure, può influire sulla maggiore ristrettezza del thema probandum rispetto al thema decidendum: la mancata contestazione da parte del convenuto comporta la temporanea relevatio dall'onere della prova relativamente ai fatti costitutivi della domanda.
L'art. a cui fare riferimento è l'art 184 cpc.

Il momento di passaggio alla terza fase del processo è la rimessione della causa in decisione. Questa non è una scelta delle parti, ma esclusivamente del giudice. Il giudice è tenuto a farlo solo quando ritiene la causa matura per la decisione. L'art. 187 cpc → quando il giudice ritiene la causa matura per la decisione fissa un'ultima udienza, ossia l'udienza di precisazione delle conclusioni. Questa segna il passaggio alla fase decisoria che chiude il processo di cognizione.

La prima udienza è disciplinata dall'art. 183 cpc → individua il nome che il cpc attribuisce alla prima udienza: udienza di prima comparizione delle parti trattazione della causa. questo ci fa capire il contenuto essenziale della prima udienza + ci ricorda l'evoluzione normativa dell'art. 183.

La disciplina dell'art. 183 ha seguito una vicenda circolare: la versione attualmente vigente è simile alla versione originaria ed è stata introdotta nel 2005 con il decreto-legge 35. Questo provvedimento ha previsto il ritorno alle origini → sia l'attività di verifica della regolarità del contraddittorio, sia l'attività di contrattazione della causa devono essere concentrate in un'unica udienza, così come prevedeva il cpc del 1940. È stato con la riforma novella del 1990 che le cose cambiarono radicalmente: i due momenti sono stati tenuti distinti destinando il primo ad un'udienza ed il secondo ad un'altra udienza. Con l'entrata in vigore della novella del 1990 si aveva una prima udienza di comparizione delle parti ed una successiva udienza di trattazione della causa regolata dall'art. 183. Siccome allora la prima udienza non era destinata all'approfondimento del thema decidendum (ma solo a verificare la regolarità del contraddittorio), la preclusione dei 20 gg prima dell'udienza per il convenuto non doveva contarsi rispetto alla vera e propria prima udienza, ma rispetto alla seconda udienza, quella che era destinata alla trattazione della causa nel vecchio art. 183 → il convenuto poteva costituirsi fino all'udienza, riservandosi la proposizione di tutti gli altri poteri difensivi ad un momento di 20 gg prima rispetto alla seconda udienza.

Questo stato di cose è cambiato nuovamente nel 2005.

Perché questo ritorno alle origini è stato una scelta legislativa nel senso della maggiore efficienza e celerità del processo? Perché in questo modo si vanno ad attuare quelli che sono i principi su cui è stata costruita la trattazione della causa nel nostro ordinamento. Questi risalgono all'opinione di Giuseppe Chiovenda.

La sua opera "i principii di diritto processuale civile" ha rappresentato la summa del suo pensiero sul diritto processuale civile. fa riferimento a tre principi:

- Concentrazione → è opportuno che le attività di approfondimento del thema decidendum si disperano il meno possibile nel tempo. se fosse possibile cumulare tutte le attività di trattazione della causa in una unica e sola udienza, sarebbe perfetto, perché non vi sarebbe dispersione nel tempo e nella conoscenza dei fatti di causa. più è necessario differire in più udienze l'unica attività di approfondimento dei fatti di causa, e più vi è il rischio che questo si disperda in quelle che possiamo chiamare digressioni non attinenti all'oggetto del processo.
- Immediatezza → la trattazione della causa deve verificarsi senza mediazioni, cioè il più possibile mediante il contatto diretto tra giudice e le parti. questo non vuol dire rinunciare al ruolo del legale, ma assicurare una diretta conoscenza dei fatti mediante le attività di parte.
- Oralità → lo scritto rappresenta una forma di mediazione tra le parti ed il giudice. Consente una conoscenza più chiara e diretta dei fatti.

Cosa fa il L. dal 1940 ad oggi? Da un lato fissa delle regole che sembrano assecondare queste esigenze e questi principi → **art. 180: la trattazione della causa è orale**. fissa l'oralità come caposaldo nella trattazione della causa.

Art. 117 cpc → ci fa capire come il L. del '40 è stato ispirato a questi principi.

Anche il 173: il giudice può sottoporre di sua iniziativa alle parti delle questioni su cui le parti devono discutere → sollevare questioni d'ufficio. Le questioni rilevabili d'ufficio sono possibili solo in relazione ad effetti giuridici ricavabili da fatti che le parti hanno spontaneamente già allegato nel processo.

Cosa accade nel processo civile?

L'approfondimento del thema decidendum è condensato nelle tre memorie del co. 6 del 183. Il normale esito è sapere che verranno concessi i termini per le 3 memorie del co. 6.

In concreto accade anche un'altra cosa: una volta terminata la trattazione e l'istruzione della causa, trascorrono molti mesi (a volte anche un anno) tra il momento della chiusura della trattazione della causa ed il momento della fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni → udienza che segna il passaggio alla fase finale. Come la trattazione puramente scritta comporta un tradimento del principio di oralità ed immediatezza, così un differimento di molti mesi tra la fine della trattazione e la rimessione della causa in decisione tradisce il principio della concentrazione. La ragione di ciò è la scarsità di risorse del sistema giudiziario italiano.

In questo contesto va anche considerato quanta poca incidenza hanno le cd misure di soluzione alternativa del processo. ci sono molte tipologie di processo per cui è preclusa la proposizione della domanda giudiziale se non si è preventivamente esperito un tentativo di ADR → perché non funzionano questi strumenti?

Perché funzionano impiegano il processo come una sorta di minaccia → solo che funziona se è efficace e tempestiva. La parte è intimata a impegnarsi nella ADR, solo se pensa di trovarsi di fronte ad un giudice che in pochi mesi pronuncerà una sentenza con efficacia esecutiva. Il processo, quindi, non funge da minaccia a causa delle tempistiche, ma si deve pensare a un processo efficiente come strumento di efficacia delle ADR.

Art. 183 co. 1:

- **Il giudice verifica anche d'ufficio la regolarità del contraddittorio.**

Questa è una precisazione che riflette il regime di rilevanza di molti presupposti processuali → il cpc prevede che il difetto di un presupposto processuale attinente alle parti e quindi al contraddittorio sia sempre rilevabile anche d'ufficio. Non sempre si aggiunge questa possibilità "in ogni stato e grado del processo".

Ci sono delle situa in cui i presupposti processuali o sono caratterizzati da un regime di rilevanza sul piano temporale, o addirittura sono sottratti anche dalla rilevanza d'ufficio ← questi riguardano solitamente la figura del giudice e non il contraddittorio, es. difetto della competenza del giudice che presuppone un'eccezione di rito in senso stretto.

Per capire come il giudice istruttore svolge anche d'ufficio (senza eccezione di rito del convenuto) la regolarità del contraddittorio, dobbiamo capire cosa si intende con "contraddittorio". Come il diritto di azione e di difesa, anche il principio di contraddittorio rinviene un riconoscimento a livello costituzionale. il diritto di azione è al 24 co. 1; il diritto inviolabile di difesa è al 24 co. 2. **Il principio del contraddittorio** con il fascio di diritti processuali che garantisce trova una espressa salvaguardia nell'attuale **art. 111 co. 2** → **ogni processo deve svolgersi nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità davanti al giudice terzo ed imparziale**. Così come la terzietà e l'imparzialità del giudice e così come la parità dei poteri esercitabili nel processo, anche il contraddittorio costituisce un elemento essenziale del giusto processo. che il contraddittorio sia una garanzia fondamentale è chiaro se teniamo conto che per contraddittorio non si intende solo l'esercizio del diritto di difesa, ma qualcosa di più ampio di cui abbiamo delucidazione nel 101 co. 1 cpc.

101 co. 1 cpc → l'attività giurisdizionale, quindi la decisione del giudice sulla domanda e sulle istanze di tutela giurisdizionale, deve assicurare che la parte contro cui l'istanza sia stata proposta sia stata regolarmente citata in giudizio. Abbia cioè goduto di quelle garanzie minime che le consentivano di conoscere la domanda o in generale l'istanza di tutela proposta nei suoi confronti e, conseguentemente, di svolgere le difese che le permettevano di far valere i propri diritti.

Questo comma è costruito in negativo → il co. 1 stabilisce che **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

tutela del contraddittorio prescinde dal comportamento concreto della parte con cui l'istanza di tutela è fatta valere. Ciò che conta è che la parte sia stata posta nelle condizioni di poter svolgere nel processo le sue attività.

La contumacia della parte (condizione in cui la parte si trova quando sceglie di non costituirsi in giudizio) *dipende dal fatto che tale scelta sia consapevole* ← ciò presuppone la **regolarità della domanda**. Vi è lesione del contraddittorio quando la parte non si è costituita per effetto di una chiamata in giudizio irregolare ← per effetto di una citazione nulla o di una notificazione della citazione nulla. Il contraddittorio assicura che nel processo civile le parti siano poste nella condizione di esercitare i poteri processuali che la legge riconosce loro.

Il non presentarsi non è lesione del contraddittorio e questa è una scelta della parte consapevole.

La regolarità del contraddittorio dipende da due attività processuali distinte:

- A) La scelta della parte che propone l'istanza di tutela ← ciò che rileva è la regolare e valida proposizione della domanda
- B) La scelta della parte contro cui l'istanza è proposta ← ciò che rileva è la regolare costituzione e comparizione della parte a seguito della regolare proposizione della domanda → il convenuto può costituirsi o comparire in udienza secondo forme irregolari.

Dobbiamo capire cosa le parti devono fare per costituirsi in giudizio e comparire in udienza. Questo discorso vale principalmente in relazione al convenuto.

Costituirsi in giudizio significa depositare nella cancelleria l'atto processuale introduttivo del processo (atto di citazione modificato // comparso). Questo estende l'atto processuale al giudice consentendogli di venire a conoscenza del processo.

Art. 171 →

1. *Nessuna delle parti si costituisce in giudizio* → co. 1: se nessuna delle parti si costituisce nei termini stabiliti, si applicano le disposizioni del **307 cpc** ← norma sulla estinzione del processo. L'*estinzione del processo* è una vicenda anomala: ne consente la conclusione, in questo caso, senza una decisione sul merito o una sentenza definitiva. L'estinzione consegue all'accertamento del mancato compimento di un'attività processuale ritenuta essenziale per la prosecuzione del procedimento. L'estinzione può essere conseguenza immediata o una conseguenza differita. Il differimento è previsto in via generale in 3 mesi, entro i quali le parti possono riassumere la causa davanti al giudice.
Se l'atto necessario allo svolgimento del processo è particolarmente importante, l'estinzione del processo consegue immediatamente al decorso del termine previsto per il compimento dell'attività necessaria che non è stata compiuta. *Nelle ipotesi meno gravi, l'estinzione del processo è stata differita e consegue al fatto che, nei 3 mesi successivi, le parti sono rimaste inattive e non hanno compiuto alcun atto di riassunzione.* Il co. 1 del 307 prevede l'estinzione differita. Se nessuna delle parti si costituisce, il giudice istruttore ne darà atto in un provvedimento (ordinanza) con cui fa decorrere il termine trimestrale per la riassunzione della causa. se la parte interessata riassume il processo con la costituzione in giudizio, il processo proseguirà. Altrimenti, si avrà estinzione del processo.
2. *Solo una delle parti si costituisce in giudizio* → co. 2: se una delle parti si è costituita tempestivamente, l'altra può costituirsi fino alla prima udienza, ma restano ferme per il convenuto le decadenze dell'art. 166. Se l'attore non si costituisce ed il convenuto si, l'attore può ancora costituirsi fino all'udienza, depositando l'atto di citazione notificato all'udienza ← l'attore non incorre in nessuna reale decadenza. Il co. 2 va letto insieme al co. 3: se la parte che non si è costituita tempestivamente in giudizio, non lo fa nemmeno all'udienza → viene dichiarato contumace alla prima udienza con provvedimento del giudice istruttore

La dichiarazione di contumacia è il primo possibile tipo di provvedimento che il giudice istruttore adotta in sede di verifica di regolarità del contraddittorio.

La contumacia non può essere una posizione processuale di entrambe le parti contemporaneamente (termine trimestrale + estinzione). La contumacia è la condizione che caratterizza l'attore o il convenuto.

Contumacia dell'attore → ipotesi meno frequente, perché l'attore è colui che, proponendo la domanda, ha generalmente ragione. Conseguentemente, è la parte che ha maggiore interesse alla prosecuzione del

processo. *Ci sono delle situazioni in cui è tecnicamente impossibile la contumacia dell'attore → casi in cui la legge processuale esige che la domanda giudiziale abbia una forma diversa dalla citazione.* Il processo ordinario di cognizione (titolo 1° libro II) prevede che la domanda abbia la forma dell'atto di citazione. Ci sono diversi riti speciali, però, in cui è previsto che la forma della domanda non sia la citazione, bensì il ricorso → es. rito sommario di cognizione, es. rito di cognizione lavoristico.

La caratteristica di queste domande aventi forma di **ricorso** è una inversione delle modalità di costituzione → la domanda si propone da parte dell'attore con il deposito nella cancelleria della domanda. Solo successivamente il ricorso deve essere notificato alla parte convenuta.

Quando la domanda ha la forma del ricorso, quindi, si propone con il deposito nella cancelleria → la contumacia dell'attore è IMPOSSIBILE, perché solo costituendosi in giudizio l'attore propone la domanda.

Se non si costituisce in giudizio non c'è nemmeno la pendenza della lite.

Per la contumacia dell'attore, sottolineiamo l'art. **290 cpc**: **quando il giudice istruttore rileva alla prima udienza la regola costituzione in giudizio del convenuto e la mancata costituzione dell'attore, non è legittimato a dichiarare automaticamente la contumacia dell'attore, ma può farlo solo dopo che il convenuto abbia fatto richiesta di prosecuzione del giudizio.** Non basta l'accertamento della costituzione regolare del convenuto e la mancata costituzione dell'attore. serve anche che il giudice istruttore chieda al convenuto se intende chiedere la prosecuzione del processo nonostante la mancata costituzione dell'attore. questo si giustifica dicendo che il convenuto è colui che ha subito il processo ed essendosi costituito in giudizio può aver perso ogni interesse a difendersi dalla domanda dell'attore che invece non ha interesse alla prosecuzione del processo. Ovviamente, può anche procedere con la prosecuzione del processo. Se il convenuto fa richiesta di continuazione del processo, il giudice dichiara la contumacia dell'attore. Se il convenuto non fa richiesta di continuazione del processo, il giudice dispone la cancellazione della causa dal ruolo con estinzione del processo → estinzione immediata.

Contumacia del convenuto → il diritto di difesa del convenuto viene rimodulato per effetto della scelta di non costituirsi in giudizio. Se c'è la mancata costituzione in giudizio del convenuto e c'è invece la regolare costituzione dell'attore, **il giudice istruttore non può dichiarare immediatamente la contumacia del convenuto, ma deve compiere una verifica di controllo della regolarità della citazione e della sua notificazione.** Perché? Perché solo se la domanda giudiziale e la notificazione è valida, la mancata costituzione del convenuto può dirsi una scelta consapevole. Se l'irregolarità riguarda l'atto di citazione... Se l'irregolarità riguarda la notificazione della citazione, l'art. 60 cpc prevede che si ha nullità della notificazione se non sono rispettate le regole processuali per il compimento di un sub procedimento di notificazione. Se c'è un vizio di nullità della notifica della citazione, il rimedio è quello della tempestiva sanatoria del vizio attraverso una nuova notificazione della citazione.

In entrambi i casi, quindi, non c'è la contumacia del convenuto, ma ci sono meccanismi con cui il cpc permette all'attore di rimediare.

Se il giudice verifica la regolarità dell'atto di citazione e della sua notifica, può dichiarare la contumacia del convenuto. Altrimenti, deve disporre la procedura di sanatoria del vizio di citazione o della notificazione.

Tutela dei diritti del contumace → anche se il contumace non prende parte al contraddittorio, è comunque parte del processo. Non ogni singolo atto processuale sarà dichiarato al contumace, perché comunque devono esserci delle conseguenze negative della contumacia. Ma anche se sceglie non costituirsi, la sua posizione va garantita, prevedendo che la parte costituitasi in giudizio provveda a notificare alla parte contumace alcuni atti → **art. 292 cpc** → sono da notificare:

- **Le sentenze.** Le sentenze pronunciabili nel processo non è solo quella che chiude il processo, ma ci possono essere *anche sentenze non definitive* che il giudice può emanare. Non definitive sono le sentenze con cui il giudice rigetta subito un'eccezione di rito del convenuto (es. eccezione di incompetenza). Perché? Perché a fronte della pronuncia di certi atti conseguono alcuni poteri processuali in capo alle parti destinatarie. Il principale potere processuale che il contumace può esercitare è quello di impugnazione. Ma siccome il potere di impugnazione è sottoposto ad un termine preclusivo, la mancata conoscenza della sentenza può implicare delle conseguenze gravi per il contumace → vanno notificate

- **Ordinanze che ammettono l'interrogatorio o il giuramento.** Sono provvedimenti del giudice che non hanno la forma della sentenza, ma dell'ordinanza. Ha la forma dell'ordinanza il provvedimento con cui il giudice organizza lo svolgimento del procedimento. La sentenza è il provvedimento con cui il giudice decide in merito ad una questione. Il giuramento è una vera e propria prova costituenda. è una prova in cui il giudice interroga la parte chiedendo di giurare se il fatto costitutivo della domanda si è verificato oppure no. o la parte dice la verità e perde la causa, o giura il falso e commette un reato. L'interrogatorio, invece, è lo strumento attraverso cui si può ottenere ogni tipo di prova costituenda che si forma attraverso la dichiarazione di una persona. Perché sono da far conoscere al contumace? Perché è possibile che il contumace si difenda deducendo delle controprove. L'ipotesi che il 292 prende in considerazione è che il giuramento o l'interrogatorio siano delle prove contro il contumace. Qualcuno ha criticato questo obbligo di notifica al contumace.
- **Verbale con cui si dà atto della produzione della scrittura privata non indicata in atti notificati in precedenza.** La Corte, con una sentenza del 1989, prevede che un ulteriore atto avente efficacia istruttoria deve essere sempre notificato al contumace. Es. la parte processuale produce un documento che è la scrittura privata, la cui valenza probatoria è rimessa al libero apprezzamento del giudice → ha una valenza probatoria che ammette la prova contraria (es. consente al destinatario della scrittura privata, di disconoscere la sottoscrizione della scrittura privata). come fa la parte contumace ad avvalersi del potere di disconoscimento tempestivamente, dato che quel potere è sottoposto ad un ordine di decadenza? Deve essere notificato al contumace
- **Atti contenenti domande nuove o riconvenzionali.** La logica è la stessa di quella di cui sopra. Queste domande servono per ampliare l'oggetto del processo e la parte, se è contumace, non sa di questo cambiamento di oggetto. Per questo vanno notificati questi atti.

Le ultime due tutele del contumace fanno riferimento al fatto che la contumacia può non essere una scelta definitiva → **la costituzione del contumace, che è tardiva, è comunque possibile fino al termine ultimo dell'udienza di precisazione delle conclusioni.**

È ammessa la **rimessione in termini del contumace** → può avvalersi dei poteri difensivi del contumace quando lui dimostra che la nullità della citazione o della notifica gli ha impedito di costituirsi, o comunque che la sua mancata costituzione è stata definita da una causa non imputabile → la sua dichiarazione di contumacia era sbagliata. Se, infatti, il contumace dimostra che c'era un vizio di nullità di citazione o di notifica che non è stato rilevato dal giudice e che ciò ha determinato la sua mancata costituzione in giudizio, egli non poteva essere dichiarato contumace. La mancata costituzione non è stata consapevole ma dovuta all'errore. Questa vale solo per il convenuto.

Se invece consideriamo la causa non imputabile alla parte che sta all'origine della sua mancata costituzione, questa vale per entrambe le parti.

Le due ipotesi sono da considerare come due ipotesi alternative.

La parte dichiarata contumace che si costituisce tardivamente chiedendo la rimessione in termini deve dimostrare la causa non imputabile.

Dopo la costituzione in giudizio c'è la **comparizione in udienza delle parti** → attività processuale consequenziale alla costituzione in giudizio. La parte non può comparire in udienza se non si è costituita in giudizio. Tra le due attività c'è un vincolo di stretta dipendenza: è ammessa la comparizione in udienza delle sole parti che si siano costituite in giudizio. Pertanto, la parte contumace rimane estranea al processo e, pur avendo una serie di diritti, non può comparire in udienza.

Si parla di comparizione delle parti, ma non bisogna pensare che nel nostro processo civile la comparizione delle parti sia personale → **la comparizione è uno degli strumenti attraverso cui si rende possibile l'immediatezza della trattazione.** Per lungo tempo era previsto dal 180 e dal 183 che alla prima udienza le parti dovessero comparire personalmente insieme al proprio difensore. È stato così per molto, fino al 2005 → obbligo di comparizione delle parti in udienza è stato abolito → le parti compaiono in udienza attraverso i propri legali. Le parti, comparendo in udienza, assicurano l'immediatezza, cioè il contatto diretto tra le parti ed il giudice → questo è finalizzato alla cognizione della causa attraverso il contatto diretto con le parti.

La verifica della comparizione in udienza delle parti, laddove non sussistano dubbi sulla costituzione in giudizio delle stesse, rappresenta la **prima verifica che compie il giudice**. Se non si presenta nessuna parte, rileva la mancata comparizione delle parti; se si presenta solo una delle parti, rileva la comparizione di solo una parte.

Perché fino al 2005 era prevista la comparizione personale delle parti? Perché fino al 2005 era previsto che insieme alle attività di verifica della regolarità del contraddittorio, il giudice istruttore alla prima udienza dovesse tentare la conciliazione tra le parti. con la riforma del 2005 è stata abolita la previsione che imponeva alle parti di presentarsi personalmente alla prima udienza.

La ragione di questa scelta legislativa è che nel corso degli anni si è facilmente verificata una sorta di sterile ritualizzazione di questo tentativo → *il giudice ha reso via via nel tempo questo un semplice adempimento burocratico*.

La **conciliazione** è un metodo di risoluzione alternativa del processo. Il soggetto responsabile della conciliazione deve trovare e formulare la soluzione. La soluzione conciliativa rinuncia a stabilire chi ha ragione e chi ha torto → è una reciproca concessione. Anche il giudice può essere artefice della conciliazione. Ci sono alcuni riti speciali di cognizione (come quello del lavoro) in cui permane l'obbligo personale di comparizione delle parti alla prima udienza → peculiarità del rito e maggiore snellezza del rito speciale.

Nel caso della giurisdizione, la risoluzione è data dal giudice, soggetto terzo ed imparziale sulla base del diritto → decide chi ha ragione o torto sulla base del diritto.

Tuttavia, rimangono dei casi in cui il giudice può trovarsi nelle condizioni per esperire un tentativo di conciliazione → ritorna l'obbligo delle parti di comparire personalmente all'udienza. **Oggi il giudice istruttore tenta una conciliazione tra le parti, che dovranno essere presenti, SOLO se le parti ne fanno richiesta congiunta**, cioè se manifestano fin dall'inizio un intendimento di veder conciliata la loro posizione dal giudice. Questa previsione dell'art. 185 cpc è estremamente rara. Per la comparizione delle parti che avviene solo attraverso i legali delle parti.

Art. 117 cpc → richiesta del giudice di comparizione personale delle parti per interrogarle liberamente. Il primo caso in cui rimane l'obbligo di comparizione personale delle parti in udienza, proprio anche dalla prima udienza è quella **dell'art. 185 → consente alle parti di formulare un'istanza congiunta per essere autorizzato dal giudice a comparire personalmente e ad essere liberamente interrogato**. L'interrogatorio di cui parla il 185 è un interrogatorio "libero", in contrapposizione a quello "formale". L'interrogatorio è libero quando è disposto e condotto liberamente dal giudice. L'interrogatorio è formale quando, pur essendo condotto dal giudice, è disposto in accoglimento di un'istanza istruttoria di parte. È sempre il giudice che fa le domande, ma in quello formale le domande sono rivolte dal giudice solo se vi è stata un'istanza istruttoria specifica di almeno una delle parti e chiedendo comunque dichiarazioni sui fatti indicati nell'istanza istruttoria e non su altri.

Qualche anno fa, nel 2013, il L. ha introdotto un'altra disposizione → **art. 185 bis**. In questo è stata recuperata parte della disciplina pre-2005 sul tentativo di conciliazione, nel senso che con il 185 bis è stato attribuito al giudice istruttore il potere di formulare nel corso di tutta la trattazione della causa (e non solo alla prima udienza, ma fino al momento della rimessione della causa in decisione) una **proposta transattiva o conciliativa**. Siamo davanti alla scelta del giudice istruttore condotta sulla base di una valutazione di opportunità di sottoporre alle parti una proposta della lite di carattere transattivo o conciliativo.

Nell'attuale sistema, se anche le parti non fanno istanza congiunta ex art. 185, il giudice istruttore può avvalersi di un potere discrezionale autonomo, quello del 185 bis.

L'eventuale immotivato rifiuto della proposta può influire sulla condanna alle spese processuali → la legge consente al giudice, che solitamente è quello istruttore, cioè il tribunale monocratico, di condannare a prescindere dell'esito nel merito della causa la parte che ha immotivatamente la proposta al pagamento di tutte le spese processuali.

La condanna alle spese funziona da misura sanzionatoria. Questa è di grande utilità perché responsabilizza le parti.

Infine, **il potere di interrogare liberamente le parti è un potere generale**. Le due disposizioni viste (185 e 185 bis) sono norme speciali rispetto a quella dove è previsto il potere del giudice di interrogare liberamente le parti quando lo ritiene opportuno → art. 117.

Ci può essere quindi un'ultima ipotesi di comparizione personale delle parti, questa volta svincolata da un tentativo di conciliazione, ma legata alle esigenze del giudice di conoscere più approfonditamente la causa → la legge consente al giudice di disporre la comparizione personale delle parti non per conciliare la lite ma per conoscere meglio la lite, attraverso il loro interrogatorio libero.

Art. 181:

Cosa succede se a fronte della regolare costituzione in giudizio delle parti, il giudice constata che una delle parti non è comparsa in udienza?

- a) **Entrambe le parti omettono di comparire in udienza** → il giudice fissa un'udienza successiva, stabilendo che se le parti non compaiono nemmeno alla successiva udienza si ha cancellazione della causa dal ruolo ed estinzione immediata del processo. Perché questa è l'ipotesi più frequente? Perché è la tecnica processuale più usata dagli avvocati se raggiungono un accordo conciliativo fuori dal processo, cioè extra giudiziale. La soluzione preferita è quella che si chiama "**abbandono della lite**": le parti **NON si presentano a due udienze consecutive**. Per effetto dell'art. 181, si ha l'estinzione del processo. Dobbiamo ricordarci anche il 309, che richiama il 181, dicendo che **questo meccanismo vale lungo tutto il corso del processo**. C'è estinzione del processo non solo se le parti non compaiono alle prime due udienze, ma se non compaiono a due udienze consecutive nel corso del processo (es. quarta e quinta), ovviamente se non c'è stata la rimessione della causa in decisione.

Ci sarebbe un altro modo per chiudere il processo se si raggiunge un accordo conciliativo extra giudiziale senza passare dell'art. 181 che, però, lo rende meno preferibile. Si può ottenere il risultato della estinzione del processo anche con la rinuncia agli atti del giudizio → art. 306. La proposizione della domanda la rende irrinunciabile senza il consenso del convenuto costituito e difeso nel merito. Se faccio accordo conciliativo, prevedo una clausola in cui la controparte convenuta si impegna, oltre che ad eseguire una certa prestazione, anche ad accettare la rinuncia alla domanda giudiziale (e presumibilmente all'azione). Quale è l'elemento di vantaggio che ha l'abbandono della lite ex art 181 e che non rinveniamo nella rinuncia agli atti del 306? È legata al fatto che la rinuncia agli atti, accettata dal convenuto costituito, chiede al giudice la pronuncia dell'estinzione del processo con sentenza e previsione di condanna alle spese, che saranno poste a carico del rinunciante. **L'estinzione del processo ai sensi del 181, invece, viene disposta con ordinanza, lasciando alle parti la regolazione delle spese processuali** (le parti si accorderanno affinché ciascuna sostenga le proprie). Il 181 è quindi più vantaggioso economicamente per le parti che raggiungono una conciliazione in via extra giudiziale.

- b) Una sola delle parti non si presenta in udienza. Cosa succede se **l'attore non compare**? Il giudice istruttore deve rivolgersi al convenuto per verificare se intende che il processo prosegua in assenza dell'attore oppure no. Se il convenuto non ha interesse alla prosecuzione del processo in assenza dell'attore, cioè se il convenuto manifesta un interesse coerente con quello dell'attore che ha scelto di non comparire in udienza, allora il giudice fisserà una nuova udienza successiva assicurando una seconda chance all'attore. se anche alla successiva udienza l'attore non compare, si ha la cancellazione della causa dal ruolo e l'estinzione del processo. Il L. considera severamente la scelta di colui che ha proposto la domanda di non continuare la trattazione della causa, in quanto omette di comparire. Se questo comportamento omissivo si verifica due volte nell'interesse del convenuto alla prosecuzione della causa si ha l'estinzione del processo.

Se il convenuto chiede di procedere in assenza dell'attore, si procede in assenza dell'attore ← questa regola vale anche all'opposto: se non compare il convenuto. In realtà, il 181 non si occupa della mancata comparizione del convenuto. Il giudice tiene comunque immediatamente l'udienza e la trattazione con presente il solo attore. il meccanismo che si attua con due udienze nel caso dell'attore, si applica subito nei confronti del convenuto → ratio: il convenuto NON è la parte che ha promosso il giudizio, ma è la parte che è stata destinataria della domanda.

Verso la trattazione della causa...



10

Cosa succede dunque? Ci sono diverse opzioni:

1. Il giudice fa le verifiche e ritiene tutto regolare → la trattazione viene svolta nella prima udienza.
2. Il giudice verifica la regolarità del contraddittorio e ai sensi del 185 o del 185 bis tenta la conciliazione tra le parti. Se riesce, ci sarà accordo conciliativo e l'udienza segna la fine del processo. se la conciliazione non riesce, il giudice dà atto dell'esito negativo e fissa una nuova udienza dedicata alla trattazione della causa.
3. Il giudice riscontra una irregolarità nel contraddittorio → viene posta in essere la regolarizzazione del contraddittorio e il giudice fissa una nuova data d'udienza dedicata alla trattazione della causa.

Art. 183:

comma 1 → impone al giudice di verificare la regolarità del contraddittorio. Se non è regolare, il giudice deve adottare i provvedimenti necessari per regolare il contraddittorio. Quali sono questi provvedimenti? Alcuni sono indicati dallo stesso co. 1 del 183, che però non è un elenco esaustivo:

- ◆ Provvedimento ex art 102 co. 2 cpc → **rilevazione della mancanza di un litis consorte necessario con assegnazione di un termine perentorio alle parti per integrare il contraddittorio** e quindi chiamare in causa il litis consorte pretermesso. Questa attività il giudice istruttore la deve fare subito, in apertura di udienza, a patto che abbia gli elementi conoscitivi necessari per capire che ci dovrebbe essere un litis consorte necessario che però non c'è. Questo vizio è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo → se anche non lo fa alla prima udienza perché non ha gli elementi conoscitivi per farlo, potrà comunque rinnovare anche d'ufficio l'attività di regolarizzazione del contraddittorio in primo grado e nei gradi successivi.
- ◆ Art. 164 e 167 → **nullità della citazione e nullità della domanda riconvenzionale**. L'attività di regolarizzazione del contraddittorio consisterà, a seconda del vizio, nell'assegnazione di un termine per la rinnovazione o l'integrazione della domanda. Il 164 sulla nullità della citazione si applica anche alla domanda riconvenzionale. si intende estendere questa disciplina, cioè gli art. 164 e 167, anche alla disciplina della nullità della notificazione. Il giudice, quando verifica la regolarità della domanda giudiziale, è chiamato a verificare anche la regolarità della notifica della domanda. Questo è molto importante, perché incide sulla possibilità di dichiarare o meno la contumacia del convenuto. Es. se la notificazione è nulla ed il convenuto non si è costituito, il giudice non può dichiarare il convenuto contumace, perché non è una scelta libera e spontanea dello stesso.
- ◆ Art. 290 e ss → **difetto di costituzione e dichiarazione di contumacia** → la costituzione in giudizio delle parti consente di stabilire se c'è stato o no contraddittorio regolare. Se ci sono i presupposti, sarà in udienza che il giudice dichiarerà la contumacia
- ◆ Art. 182 → **difetto di rappresentanza o autorizzazione** → la parte costituita in giudizio, o anche solo chiamata in giudizio, non ha la capacità di stare in giudizio. L'art. 182 chiama il giudice a fissare un termine perentorio per integrare la capacità della parte di stare in giudizio mediante la nomina di un rappresentante (processuale) o mediante la nomina di un rappresentante organico (per le persone giuridiche). Per le persone giuridiche c'è l'ipotesi in cui l'organo che, nella persona giuridica, ha per statuto il ruolo di rappresentante organico, sia anche il convenuto. Es. azione di

responsabilità verso il presidente del CdA che è anche legale rappresentante della società. come è possibile che lo stesso soggetto compaia come attore ed anche come convenuto? In questi casi o la società si attiva per la sostituzione del legale rappresentante prima di promuovere la domanda oppure spetterà al giudice nominare un curatore speciale (che è temporaneo).

- ◆ **Improcedibilità della domanda per mancato esperimento di un tentativo obbligatorio di mediazione o negoziazione assistita** → “mediazione o negoziazione assistita” sono due strumenti conciliativi previsti per consentire soluzione alternativa delle controversie. La mediazione si trova nel d.lgs. 28/2010, la negoziazione assistita dal dl 132/2014. *In certi casi la legge prevede che o la mediazione o la negoziazione assistita siano obbligatorie* → le parti, se non vogliono vedersi dichiarata improcedibile la domanda, devono prima di proporre la domanda esperire un tentativo di mediazione o negoziazione. Il primo si esperisce con una domanda di mediazione ad un organismo di mediazione e per legge deputato alla gestione di queste domande. Il secondo si esperisce incaricando di un avvocato di iniziare una procedura per negoziare con la controparte. Se l’accordo conciliativo riesce, la controversia è risolta e la domanda non si propone più se l’accordo non riesce, si può proporre la domanda giudiziale → mediazione o negoziazione obbligatoria non nel senso che è impedito proporre la domanda, ma nel senso **che le parti devono tentare la conciliazione prima di poter proporre la domanda**.

Cosa succede se il tentativo non è esperito ed il giudice lo rileva? Deve dichiarare l’improcedibilità della domanda → sospensione del processo → le parti sono rimesse in mediazione o in negoziazione. Se il tentativo riesce, il processo si estingue con una declaratoria di estinzione. Se il tentativo non riesce, il processo viene riassunto.

TRATTAZIONE DELLA CAUSA:

Attività che le parti ed il giudice istruttore possono compiere una volta che è stata verificata la regolarità del contraddittorio o questa è stata regolarizzata. Sia che questa attività venga svolta nella prima o seconda udienza, ha il medesimo contenuto. Questo contenuto si sintetizza parlando di “approfondimento del thema decidendum”: oggetto del giudizio inteso come oggetto della decisione del giudice. Il thema decidendum è composto dall’insieme delle istanze di tutela svolte dalle parti.

nell’ipotesi più semplice → domanda dell’attore + una o più eccezioni del convenuto.

Può essere anche molto complesso, perché l’attore può cumulare più domande e il convenuto può cumulare più mezzi di difesa + può essere litis consortile

Le attività di trattazione della causa sono riconducibili a tre tipi:

- 1) **Attività di trattazione della causa consequenziali al rilievo officioso del giudice** → esercizio del giudice del suo potere di rilevare d’ufficio questioni che per legge, pur non essendo state sollevate dalle parti, sono da lui rilevabili d’ufficio. Meno frequente.
- 2) **Attività di trattazione della causa a seguito delle attività processuali svolte dalla controparte** → attività di replica alle difese del convenuto da parte dell’attore + attività di controreplica del convenuto alle repliche dell’attore. più frequente
- 3) **Attività di trattazione della causa mediante precisazione o modificazione delle istanze di tutela svolte negli atti introduttivi** → attività di modificazione e precisazione delle istanze svolte negli atti introduttivi → la trattazione è indipendente dall’attività processuale della controparte. È un vero e proprio ius penitendi: diritto di pentirsi precisando o modificando le proprie istanze originali. mi pento di ciò che ho fatto e correggo. Le attività di precisazione e modificazione delle istanze sono un’attività che l’ordinamento consente entro limiti rigorosi. La ragione è legata alle implicazioni di un diverso impegno da parte del giudice nel conoscere e poi istruire le nuove istanze. Con lo ius penitendi l’oggetto del processo cambia per una scelta discrezionale ed unilaterale della parte. Questo è reso possibile solo entro limiti che non dovrebbero essere in grado di arrecare danno, né al contraddittorio, né al giudice.

Attività di trattazione della causa consequenziali al rilievo officioso del giudice:

Il rilievo officioso si realizza con due tipi di poteri (183 co. 4), il primo più generale ed il secondo più specifico. Il potere generale consiste nella *prerogativa del giudice istruttore di chiedere nel corso di tutta la*

trattazione della causa i chiarimenti necessari alle parti. “Chiarimenti necessari” significa avere delle delucidazioni in merito ai fatti allegati ed in merito agli argomenti giuridici impiegati. L’attività del giudice istruttore, nel suo rapporto immediato con le parti, riguarda i fatti. I chiarimenti necessari sono di regola chiesti dal giudice agli avvocati delle parti, color che compaiono in udienza. Tuttavia, l’art. 117 consente al giudice di rivolgere questa richiesta direttamente alle parti mediante la loro convocazione personale in udienza per l’interrogatorio libero.

Più specificamente, il potere di rilievo officioso nel corso della trattazione della causa è esercitato dal giudice anche mediante l’indicazione alle parti di questioni che la legge qualifica come rilevabili d’ufficio in quanto ne ritiene opportuna la trattazione. Le questioni rilevabili d’ufficio hanno sempre ad oggetto profili giuridici della controversia → di solito hanno ad oggetto fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere che per legge sono rilevabili anche d’ufficio dal giudice.

Entrambi questi poteri (chiarimenti necessari e questioni rilevabili d’ufficio) sono esercitabili dal giudice entro limiti molto precisi: le allegazioni di parte. Il giudice può chiedere chiarimenti sui fatti allegati dalle parti e NON altri fatti non allegati dalle parti. Il giudice può rilevare questioni rilevabili d’ufficio solo se riguardano fatti che sono stati allegati in giudizio dalle parti.

Con riferimento alle questioni rilevabili d’ufficio ricordiamo tre regole:

- Non sono solo di merito, ma possono essere anche di rito e riguardare un presupposto processuale. Sono eccezioni di rito in senso lato perché rilevabili anche d’ufficio.
- Il potere di rilevare questioni rilevabili d’ufficio è finalizzato a favorire la trattazione della causa → il giudice, dopo aver rilevato d’ufficio la questione, deve consentire alle parti di svolgere in udienza le allegazioni di fatti e la proposizione di istanze che sono consequenziali alla questione rilevata dal giudice. Es. se il giudice rileva la nullità del contratto, le parti devono poter contraddire allegando fatti che ne supportano la validità o svolgendo istanze volte a chiedere l’accertamento della validità.
- Riguarda le questioni rilevabili d’ufficio nell’ipotesi in cui le stesse siano rilevate dal giudice dopo che ha rimesso la causa in decisione. L’art. 101 co. 2 prevede una regola speciale volta a ribadire la necessità del contraddittorio → garantisce il contraddittorio in questa ipotesi stabilendo che il giudice, quando ha rilevato d’ufficio una questione in un momento in cui la causa è rimessa in decisione e le parti non hanno più la possibilità di contraddire, il giudice è tenuto a fissare un termine perentorio tra 20 e 40 gg entro cui le parti devono depositare memorie scritte contenenti allegazioni ed istanze relative alla questione. L’art. 101 si applica SOLO in questo caso. Quando la trattazione è ancora pendente, la trattazione non va fatta per iscritto ma in udienza oralmente! La fissazione del termine per le memorie scritte è richiesta a pena di nullità della sentenza. Se il giudice non dà il termine, la sentenza è nulla.

Attività di trattazione della causa a seguito delle attività processuali svolte dalla controparte:

il co. 5 del 183 riconosce all’attore il potere di proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni sollevate dal convenuto nella comparsa di costituzione e risposta. L’attore in udienza oralmente deve replicare alle difese del convenuto attraverso gli stessi strumenti che spettano al convenuto rispetto alle istanze dell’attore → eccezioni o domande riconvenzionali o domande di accertamento incidentale. In conseguenza delle difese del convenuto, l’attore può avere interesse a chiamare in causa in terzo → il 183 co. 5 prima parte consente all’attore di chiedere l’autorizzazione alla chiamata del terzo ed il conseguente differimento dell’udienza.

Ci vuole anche un potere di contro replica del convenuto, che però è limitato → co. 5 prima parte 183: il convenuto può contro replicare, ma nei limiti della proposizione di eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni proposte in udienza dall’attore → eccezioni che sono conseguenza dell’attività di replica dell’attore. La controreplica del convenuto può anche essere la conseguenza dello ius penitendi** esercitato in udienza dell’attore: l’attore ha precisato o modificato le sue domande originali.

Perché il convenuto può contro replicare con eccezioni e non anche con domande? per dare un limite al processo. se potesse replicare mediante delle domande, bisognerebbe dare all’attore un’ulteriore possibilità di replicare → processo infinito.

Esempi:

Esempi

- **Convenuto:** propone l'eccezione di prescrizione
- **All'udienza ex art. 183 c.p.c.**
 - **Attore:** può replicare eccependo l'interruzione della prescrizione
 - **Convenuto:** può controreplicare eccependo l'inefficacia dell'atto interruttivo
- **Convenuto:** contesta lo *status* di padre naturale attribuitogli dall'attore
- **All'udienza ex art. 183 c.p.c.**
 - **Attore:** può replicare chiedendo l'accertamento in via incidentale del suo *status* di figlio naturale
 - **Convenuto:** può controreplicare eccependo l'incompatibilità genetica

14

1° esempio → tutto questo deve avvenire in udienza, stando al 183 co. 5 prima parte.

Attività di trattazione della causa mediante precisazione o modificazione delle istanze di tutela svolte negli atti introduttivi:

seconda parte co. 5 183 → le parti possono precisare o modificare le domande, le eccezioni o le conclusioni proposte negli atti introduttivi. Non condizionando questo potere a niente lascia intendere che questo è del tutto indipendente dall'attività svolta dalla controparte. È un potere autonomo ed indipendente. Non è un potere di replica o contro replica. Il discorso seguente vale anche per eccezioni e conclusioni.

Abbiamo due modi di interpretare il cpc.

C'è un'impostazione tradizionale → per precisazione della domanda si intende una sua specificazione, cioè l'allegazione di fatti secondari, ulteriori, nuovi, rispetto ai fatti già allegati. Sono secondari i fatti che NON hanno efficacia costitutiva del diritto, ma sono funzionali a chiarire lo svolgimento del fatto. Questa attività (cd emendatio libelli) è sempre ammissibile, perché non incide né sull'attività cognitoria del giudice né sull'attività del convenuto.

Diverso è l'atteggiamento che l'impostazione tradizionale ha verso la vera e propria modificazione della domanda (cd mutatio libelli) → la trattazione della causa consiste nell'allegazione di nuovi fatti primari, cioè costitutivi del diritto fatto valere. Non si precisa lo stesso titolo, ma si introduce un titolo nuovo, sostituendolo al precedente → si dice tradizionalmente che la modificazione della domanda auto determinata (cioè che ha ad oggetto un diritto auto determinato) è sempre ammissibile, perché il titolo non identifica il diritto fatto valere, ma il diritto fatto valere è sempre lo stesso. La modificazione della domanda, al contrario, è SEMPRE INAMMISSIBILE se la domanda è etero determinata, cioè se ha ad oggetto un diritto che essendo etero determinato si identifica sulla base del titolo. La domanda etero determinata diventa una domanda diversa al mutare del titolo, perché cambia anche il diritto fatto valere. Diritti etero determinati sono diritti di credito. Per le domande e i diritti auto determinati non è così (quali sono? Vedi primo parziale).

Questa interpretazione è stata sgretolata dalla giurisprudenza della Cassazione → la nuova rilettura dei concetti di modificazione e precisazione si è condensata nella pronuncia delle sezioni unite del 2015 (12310/2015). La Cassazione dice che non bisogna interpretare rigidamente la lettura tradizionale del 183 co. 5 nella seconda parte, ma bisogna verificare come in concreto queste attività sono compiute. Ci possono essere casi in cui si cambia titolo alla domanda etero determinata, ma questo non dà origine ad una modificazione inammissibile. Dà origine ad una modificazione, ma ammissibile. L'errore sta nel fare questa equivalenza: modificazione = inammissibilità. Non è sempre così. La stessa impostazione tradizionale già smentiva sé stessa con riguardo alle domande auto determinate.

La Cassazione dice che anche nelle domande etero determinate possono esserci casi in cui la modifica è ammissibile → sono SEMPRE AMMISSIBILI le modificazioni della domanda che, pur implicando un titolo o un oggetto diverso, lasciano immutata la vicenda sostanziale. Sono con l'identità della vicenda sostanziale non c'è reale compromissione delle attività difensive della controparte e dell'attività cognitoria del giudice.

Quali sono queste modificazioni ammissibili? Sicuramente le precisazioni lo sono → innovo la domanda introducendo nuovi fatti primari e la modifica del titolo o dell'oggetto nel caso concreto non fa cambiare la vicenda sostanziale dedotta.

Es. caso delle sezioni unite: si partiva da un'azione di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre che derivava da un contratto preliminare. Il contratto preliminare è stato giudicato inadempito dalla parte acquirente: alla data fissata non si è presentato dal notaio. forma di tutela per la parte inadempiente è l'esecuzione in forma specifica che è un'azione di cognizione, in particolare è costitutiva → consente che la sentenza chiesta al giudice tiene conto del consenso. È la sentenza quindi che innova l'ordinamento, facendo ciò che le parti non hanno fatto. La legge prevede che la parte non inadempiente possa ottenere lo stesso effetto per azione del giudice. In sede di trattazione della causa, l'attore cambia domanda. Non è più azione di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, ma è un'azione di mero accertamento dell'effetto traslativo della proprietà. La mia domanda non ha più a fondamento un contratto preliminare, ma un contratto definitivo → contratto preliminare improprio: contratto definitivo in cui le parti si impegnano a formalizzare il contratto definitivo secondo una certa forma, che è in genere l'atto pubblico. In questo caso, non c'è dubbio che secondo la visione tradizionale siamo davanti ad una domanda nuova → mutamento del titolo: da azione esecutiva ad azione di mero accertamento. La Cassazione dice che non c'è una modificazione inammissibile: se cambia il titolo, la vicenda sostanziale è sempre lo stesso. la modifica del titolo, ancorché ci sia una domanda etero determinata come in questo caso, non è risolutivo del problema → bisogna chiedersi se malgrado la modifica del titolo, la vicenda sostanziale è la stessa o no. Se resta la stessa, la modifica è ammissibile.

Il discrimine tra modificazione inammissibile o ammissibile risiede nel mutamento o meno della vicenda sostanziale dedotta in processo.

La giurisprudenza poi si è pronunciata nel senso di una modificazione inammissibile della domanda: la domanda originaria era una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento e di condanna alla restituzione della prestazione eseguita ← due domande cumulate. Nel corso della trattazione, l'attore muta la domanda chiedendo ai sensi del 2041 la ripetizione dell'indebito, cioè la restituzione da parte del convenuto della prestazione ricevuta indebitamente dall'attore, cioè in assenza di qualsiasi causa solvendi. In questo caso, la Cassazione dice che in questo passaggio si assiste ad una modificazione della domanda che innova totalmente la vicenda sostanziale dedotta. Il mutamento del titolo, che passa dall'essere il binomio contratto-inadempimento ad essere pagamento non dovuto per la nuova domanda, determina un radicale mutamento della vicenda sostanziale. Il convenuto ed il giudice sono chiamati a difendersi e a conoscere una situazione che, sulla base della nuova domanda, non ha niente a che vedere con la situazione che era alla base della domanda originaria → inammissibile.

La trattazione della causa descritta in base alle previsioni del 183 co. 4 e co. 5 è una trattazione che si svolge in udienza e quindi oralmente → il L. del 2005 ha riformato anche il co. 6 del 183.

[Il co. 6 consente che una parte della trattazione della causa si svolga non oralmente ma per iscritto.](#) Non c'è equivalenza di contenuto tra le attività dei commi 4/5 da una parte e del co. 6 dall'altra parte → il contenuto del 6 è più ristretto perché riguarda solo una parte.

Come si attua la trattazione scritta?

Si svolge attraverso il deposito da parte di ciascuna delle parti di [tre memorie scritte entro tre termini perentori](#):

- 1) Deposito della memoria di cui al co. 6 n. 1 → [limitata alle sole precisazioni e modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni proposte negli atti introduttivi → esercizio dello ius poenitendi.](#)
- 2) Deposito della memoria al n. 2 → ha una finalità complessa: è contraddistinta da due contenuti. Con la memoria n. 2, [ciascuna delle parti delle parti può replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dall'altra parte con la memoria n. 1, oltre che per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande o eccezioni nuove modificate con la memoria n. 1. → replicare o proporre eccezioni conseguenti alle istanze nuove presentate o modificate nella prima memoria.](#) Proporre eccezioni significa far valere un effetto modificativo, impeditivo o estintivo. La replica è un'attività di mera allegazione di fatti, aventi un effetto che può ANCHE essere modificativo,

impeditivo o estintivo, ma che non per forza deve avere questo effetto. Oltre che sul piano dell'approfondimento del thema decidendum, questa memoria si concentra anche già sull'istruzione probatoria → ciascuna delle parti può anche indicare i mezzi di prova e le produzioni documentali che non ha indicato negli atti introduttivi del processo.

- 3) Deposito della memoria al n.3 → limitata alle **sole indicazioni di prova contrarie** → ha un contenuto puramente istruttorio e alle prove contrarie, cioè finalizzate a smentire le conclusioni ricavabili dai mezzi istruttori avversari. Il cpc non consente alla parte di introdurre nuovi mezzi di prova a sostegno delle proprie istanze, ma solo prove che smentiscono i mezzi istruttori avversari.

2 e 3 segnano le preclusioni istruttorie.

Se confrontiamo queste memorie con i commi 4 e 5, vediamo che residua una parte consistente della trattazione della causa, che dunque si può svolgere oralmente. Quando anche una delle parti richieda una concessione del comma 6 per svolgere le memorie per iscritto, le parti devono sapere che solo una parte di esse può essere fatta valere al di fuori della trattazione orale ← solo 1 e 2.

Cosa resta, dunque, riservato alla trattazione orale della causa?

Le attività di trattazione della causa che conducono al contraddittorio → tutte le attività condensate nella prima parte del co. 5 → anche in caso di trattazione scritta, l'attore può proporre SOLO IN UDIENZA le eccezioni o le domande riconvenzionali con cui replica + SOLO IN UDIENZA il convenuto può contro replicare alle repliche dell'attore, proponendo le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni che l'attore ha sollevato per replicare al convenuto e alle sue difese.

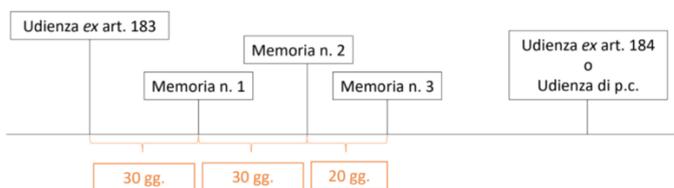
L'attività di contro replica che il convenuto deve esercitare per iscritto (nel caso di concessione delle memorie) è l'attività di contro replica allo ius poenitendi dell'avversario: le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni di cui l'attore si è avvalso nella memoria n. 1.

A ciò va aggiunta l'attività di trattazione della causa di cui al co. 4 → attività di trattazione che sono conseguenti al potere officioso del giudice: se il giudice rileva qualcosa che può essere rilevato anche d'ufficio da giudice, la trattazione di ciò deve svolgersi in udienza oralmente.

Solo se la questione stata rilevata quando la causa era stata rimessa in decisione, allora serve l'obbligo del termine per le memorie scritte, pena di nullità della domanda.

Quali sono i termini?

I termini delle tre memorie



Memoria n.1 → 30 gg

Memoria n. 2 → 30 gg dalla scadenza del termine per il deposito della memoria n. 1

Memoria n.3 → 20 gg dalla scadenza del termine per il deposito della memoria n. 2

La prassi in molti processi disconosce questo limite, nel senso che molti avvocati ignorano il limite esatto dell'ambito applicativo del comma 6 dell'art. 183 cpc, per una prassi che porta le parti a condensare nelle prime due memorie tutta la trattazione della causa, anche quella parte che consiste nelle repliche e nelle contropliche alle attività avversarie (prima parte del co. 5). Questa è una prassi che tende ad essere molto tollerata dai giudici in primo grado. E perché viene tollerata? Perché è molto difficile per il giudice consentire in udienza e soprattutto dirigere in udienza la trattazione orale della causa, secondo le attività soprattutto della prima parte del co. 5. Allora si consente una sorta di forzatura dei limiti del co. 6, facendo scrivere alle parti tutto quello che vogliono in sede di approfondimento delle loro istanze originarie, anche se non è esercizio dello ius poenitendi, ma è semplicemente sviluppo del contraddittorio. Ciò che invece si dovrebbe stare stando alla chiara disposizione del comma 5, solo e soltanto in udienza.

È chiaro poi che se l'avvocato di controparte è attento e vi è interesse, si può far valere il vizio della sentenza che si pronuncia su una istanza ai sensi del comma 5, che l'attore o il convenuto ha proposto per iscritto nella memoria 1 o 2, tracciando quell'istanza come inammissibile, perché proposta non in udienza, ma per iscritto. Molti precedenti della cassazione dichiarano l'inammissibilità di questa attività di trattazione fatta fuori udienza per iscritto. Teniamo quindi conto di questa prassi molto diffusa.

Dobbiamo poi porci un'ultima domanda:

VICENDE SUCCESSORIE:

Ci sono le cd *vicende successorie* che si realizzano nel processo. ci sono due tipi di vicende successorie che il cpc ci dice:

- Successione nel processo
- Successione nel diritto controverso

Sono tra loro vicende profondamente diverse.

Successione nel processo: fenomeno processuale che si realizza a seguito della morte o comunque del venir meno di una delle parti. Può capitare che la parte, dopo la proposizione della domanda, muoia o, trattandosi di una persona giuridica, si estingua (es. fusione di una società). chi prosegue il processo o nei confronti di chi si prosegue il processo?

Il 110 è chiaro → il processo è proseguito dal/nei confronti del successore universale del de cuius. Poiché il successore universale diviene titolare di tutti i diritti e obblighi che facevano capo al de cuius, è il successore universale che diviene parte processuale in rapporto a quel diritto che ha fatto valere o che è stato fatto valere nei confronti del de cuius. Se anziché un unico successore universale, ce ne sono due o più, questi saranno tutti destinatari del 110 → saranno tutti congiuntamente chiamati a proseguire il processo e quindi verranno a costituire tra loro un vero e proprio litisconsorzio necessario, in quanto divengono ad esempio contitolare del diritto del de cuius.

La legge prevede poi che vi sia un *onere a carico del successore universale di rendere noto il fenomeno della successione nel processo*. la successione nel processo è un effetto automatico. non bisogna fare nulla. È per legge che il soggetto sussegue nel processo, anche se ignora che è pendente un processo in capo al de cuius. Tuttavia, affinché possa essere messo nelle condizioni di svolgere l'attività processuale che spettava al de cuius, e per poter consentire alla contro parte e al giudice di adeguare le loro attività al fatto che è cambiata la parte, è previsto un onere per la parte che è divenuta tale a seguito della successione, cioè un onere del successore universale, di dichiarare in udienza o di notificare alla contro parte l'apertura della successione. Questo onere può essere assolto personalmente o attraverso il legale del de cuius.

Da quel momento si ha l'interruzione del processo con un onere di riassunzione della causa da parte del successore universale, così che possa essere parte processuale e non soggetto "passivo". Il termine per la riassunzione è 3 mesi dalla dichiarazione in udienza o dalla notificazione.

Abbiamo l'evento dell'apertura della successione con cui scaturisca il subentro del successore universale nella posizione processuale del de cuius. Segue un onere di dichiarazione o notificazione. Non c'è termine per questo onere e quindi il processo può comunque proseguire anche senza la dichiarazione o la notificazione. La vicenda riguarderà comunque il successore. L'onere riguarda quindi il successore universale, affinché possa svolgere attività nel processo.

Con la dichiarazione o la notificazione si ha l'interruzione del processo, e da quel momento decorrono tre mesi per la riassunzione della causa ← questo è invece un termine perentorio.

Successione nel diritto controverso: art. 111. La vicenda non riguarda integralmente la posizione giuridica di una delle parti, ma ESCLUSIVAMENTE il diritto fatto valere nel processo. come può accadere? Per due tipi di ragioni: A) atto inter vivos, come un atto di compravendita con cui l'attore che ha agito in rivendica, nella pendenza del processo vende il bene oggetto del giudizio ad un terzo. L'attore è vivo e vegeto ma vende quel diritto di proprietà che è oggetto della controversia. L'avente causa, quindi, diventerà titolare del diritto fatto avere in giudizio. B) atto mortis causa: si tratta di un legato. Il legato fa riferimento ai casi in cui l'erede, nel testamento con cui dispone delle proprie sostanze, introduce un legato: disposizione specifica volta a destinare il trasferimento di un suo diritto in favore non dell'erede universale ma di un terzo. Se

quel diritto era oggetto di un processo pendente → acquisto a titolo particolare del diritto controverso, che dal de cuius passa al legatario e non al successore universale → applicazione congiunta del 110 e 111: il de cuius vedrà subentrare nella sua posizione sostanziale il successore universale, mentre quest'ultimo non potrà subentrare anche nella posizione processuale, perché il diritto controverso è stato specificamente attribuito al legatario.

Cosa quindi? → **fenomeno di sostituzione processuale**, art. 81 cpc. Nonostante il trasferimento del diritto controverso, il processo prosegue da parte o nei confronti del dante causa, ossia di colui che non è più titolare del diritto sostanziale → titolare del diritto sul piano sostanziale è l'avente causa (acquirente o legatario), ma parte processuale resta il dante causa venditore o il dante causa successore universale. **Il 111 prevede un fenomeno di sostituzione processuale** → chi resta in causa NON lo fa per far valere un proprio interesse, perché il titolare del diritto è un altro soggetto. È un fenomeno di sostituzione processuale che si verifica nel corso del processo e che presenta, proprio per questo, delle anomalie. Questo è dovuto prima di tutto al fatto che non si realizza ab origine, ma nel corso del processo. Poi, è dovuto al fatto che il dante causa prosegue il processo senza che ci sia un reale interesse a volgere questa attività processuale. Il dante causa si sostituisce ex lege alla posizione dell'avente causa senza che questo gli consenta di tutelare un proprio interesse, perché il diritto l'ha volontariamente ceduto.

Questa situazione, però, non è destinata a durare all'infinito → il processo può facilmente passare da sostituzione processuale a **ordinaria legittimazione ad agire**. Affinché questo avvenga deve esserci un intervento (coatto o spontaneo) dell'avente causa + serve l'estromissione dal processo del dante causa e per fare questo serve un'istanza congiunta di tutte le parti (dante causa + avente causa + controparte). Succede, quindi, che l'avente causa diventa parte esclusiva del processo → non c'è più sostituzione processuale.

Aspetto importantissimo è che il 111 stabilisce il principio secondo cui indipendentemente dalla estromissione o meno del dante causa, **la sentenza sul diritto controverso produce sempre ex lege i suoi effetti anche nei confronti dell'avente causa** → caso eccezionale → la sentenza produce i suoi effetti tra le parti solitamente, non anche nei confronti di coloro che sono terzi quando il processo è pendente.

Il co. 4 fa salvi gli effetti della trascrizione (per acquisto di un bene immobile o bene mobile registrato) e del possesso di buona fede (su un diritto di proprietà di bene mobile non registrato) in caso di successione nel diritto controverso.

Immaginiamo che il diritto controverso sia un diritto reale su bene immobile. Es. cessione di un diritto di proprietà immobiliare. La cessione è opponibile a terzi (e quindi anche alla controparte) solo con la trascrizione. La trascrizione è una formalità che attiene anche alla domanda giudiziale in tutti i casi in cui dall'accoglimento della domanda dipende il trasferimento di un diritto. Può darsi che il diritto controverso sia stato oggetto di una domanda volta ad ottenere un effetto traslativo di quel diritto. Affinché l'effetto traslativo derivante dalla sentenza che accoglie la domanda possa retroagire al momento della proposizione della domanda, è necessario che anche la domanda sia stata trascritta → il co. 4 del 111 ci dice che, **se l'acquirente del diritto controverso vuole che il suo acquisto prevalga all'eventuale trasferimento di quel diritto derivante dall'accoglimento della domanda, deve trascrivere il suo acquisto prima della trascrizione della domanda**. Se nella pendenza del processo l'attore o il convenuto cede il diritto ad un terzo e, trattandosi di un diritto su bene immobile, deve essere trascritto per poter essere opponibile a terzi; bisogna vedere, però, se è intervenuta prima la trascrizione della domanda o dell'atto inter vivos. Se si trascrive prima l'atto inter vivos, l'acquisto dell'atto inter vivos prevale. L'anteriorità prevale sul contrastante effetto traslativo voluto dalla sentenza.

1 proposizione della domanda → 2 atto inter vivos con cui la parte cede il diritto controverso ad un terzo, l'avente causa → 3 sentenza, se accoglie la domanda, consente che gli effetti traslativi retroagiscono al momento della domanda, ma solo se la domanda è stata trascritta prima della sentenza. Ipotizziamo che la domanda è stata trascritta tra 2 e 3. Il 111 co. 4, facendo salvi gli effetti della trascrizione, ci dice che non importa se la sentenza dà ragione all'attore, perché la domanda è stata trascritta successivamente a quando il diritto è stato ceduto → prevale l'acquisto dell'avente causa.

Se c'è coerenza tra sentenza ed esito dell'atto traslativo, nessun problema. Se l'esito della sentenza è contrastante con l'esito della trattazione, bisogna capire se prevale sentenza o atto inter vivos e questo dipende da chi ha trascritto prima!

Lo stesso discorso vale rispetto all'acquisto del possesso in buona fede se l'oggetto è un bene mobile non registrato ← ciò che serve per rendere opponibile l'acquisto di un bene mobile non registrato è il conseguimento del possesso del bene in buona fede (possesso vale titolo).

Quindi, la fase di trattazione della causa si compone di due momenti:

1. Trattazione del thema decidendum
2. Trattazione probatoria

Con l'istruzione probatoria siamo sempre nell'ambito della seconda fase, ma nella sua fase conclusiva. La durata dell'istruzione probatoria può essere breve o lunga, cioè molto più breve o molto più lunga del momento precedente dedicato all'approfondimento del thema decidendum. Questo dipende anche dal tipo di mezzi istruttori di cui le parti hanno bisogno per dimostrare l'esistenza dei fatti che pongono a fondamento delle loro istanze. Se questi fatti hanno un contenuto tale da essere dimostrati solo con prove documentali, l'istruzione probatoria sarà molto probabilmente ridotta al minimo, anzi tecnicamente nemmeno si terrà.

Se invece per provare i fatti le parti chiedono l'acquisizione nel corso del processo di mezzi istruttori, la fase istruttoria può avere una durata anche molto considerevole.

Come si realizza tecnicamente il passaggio dalla chiusura della trattazione della causa al momento dell'apertura dell'istruzione probatoria?

Questo passaggio non è indispensabile, ma meramente eventuale. Ce lo dice l'art. 187 del cpc → sono previste, accanto all'ipotesi tradizionale in cui il giudice istruttore dopo aver chiuso la trattazione rimette le parti in istruttoria, altre due situazioni in cui invece, dopo la chiusura della trattazione, non si rende necessaria l'istruzione probatoria → alla chiusura della trattazione segue la rimessione della causa in decisione → ultima fase del processo.

Se è ritenuta necessaria l'istruzione probatoria, la rimessione avviene successivamente.

Quali sono queste due situazioni?

1. **L'istruzione probatoria non serve** → quando la causa è matura per la decisione di merito senza bisogno di assumere mezzi istruttori. La maturità della causa per la decisione di merito è l'espressione con cui il L. definisce il criterio che il giudice istruttore deve seguire per rimettere la causa in decisione. Se questo parametro si verifica già prima dell'istruzione probatoria, facendo capire che questa è inutile, il 187 legittima il giudice a rimettere subito la causa in decisione. Questa prima situazione non è rara, ma non è che si verifica nel senso che esistono cause in cui non servono affatto i mezzi di prova. Si verifica nei casi in cui la controversia è interamente documentale ← i mezzi di prova ci sono già nel processo, ma sono costituiti esclusivamente da documenti che le parti hanno prodotto in giudizio. Perché questo non è infrequente? Perché la maggior parte delle questioni che caratterizzano le controversie civili sono questioni che riguardano vicende di natura contrattuale → la legge istituisce un meccanismo secondo cui il contratto, anche quando non richiede la forma scritta per essere valido, è opportuno che sia redatto in forma scritta. Tendiamo sempre a redigere il contratto in forma scritta, perché questo assicura una garanzia sul piano probatorio, e quindi processuale, nei confronti della controparte. È molto più facile, per esempio, contestare i termini contrattuali se questo è stato redatto in forma scritta.
2. **Nel processo è rilevata dal convenuto o d'ufficio una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, che il giudice istruttore ritiene idonea a definire la causa** → non sarà una sentenza sul merito, cioè sull'oggetto della domanda dell'attore, ma sarà una sentenza di rito quando accoglie un'eccezione di una domanda di rito del convenuto con conseguente dichiarazione di inammissibilità della domanda; lo stesso discorso vale se l'eccezione del convenuto attiene ad una questione preliminare di merito ← espressione con cui il codice individua i fatti che attengono al merito (oggetto della domanda) ma che non sono i fatti costitutivi del diritto, bensì sono i fatti estintivi, modificativi o impeditivi fatti valere dal convenuto. Es. questione pregiudiziale di rito può essere quella attinente all'interesse ad agire dell'attore sollevata in via d'eccezione dal convenuto, o d'ufficio dal giudice. Non attiene al merito, attiene al rito. È idonea a definire la causa? Sì, perché

se quella questione è fondata, cioè se l'eccezione è accolta, la domanda dell'attore è dichiarata inammissibile. Una questione preliminare di merito attiene, ad es., all'estinzione per prescrizione del diritto fatto valere dall'attore → fatto estintivo il cui eventuale accoglimento comporta l'infondatezza della domanda dell'attore. In entrambi i casi NON si entra nell'oggetto della domanda, se non indirettamente. L'aspetto importante di questa seconda eventualità è che il giudice istruttore, quando decide di rimettere la causa in decisione su una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, non sa con certezza se la questione è fondata o infondata. Si è già fatto un'idea sommaria, ma non lo sa con precisione. L'esito della decisione sulla questione, poi, può essere delle più disparate. Quello che accade è che il giudice non esercita quasi mai questo potere → rimette tutte le questioni alla decisione sul merito, cioè quando deciderà tutta la causa.

Cosa succede nell'ipotesi tradizionale in cui il giudice si rende conto che serve l'istruzione probatoria?

Dobbiamo ricordarci la parte conclusiva dell'art. 183 cpc → il giudice (co. 7 e co. 9), laddove ritiene necessaria l'acquisizione di mezzi istruttori, in udienza o con un provvedimento pronunciato dopo l'udienza, può fissare la data dell'udienza di assunzione dei mezzi istruttori che ritiene ammissibili e rilevanti, oltre che l'interrogatorio libero delle parti → o subito dopo la trattazione orale della causa nella stessa udienza (che potrebbe essere sempre la prima udienza in teoria) o più spesso con una ordinanza pronunciata fuori udienza, cioè entro alcuni giorni dopo che si è celebrata l'udienza, il giudice esamina le istanze istruttorie di parte, per giudicare se sono ammissibili e rilevanti. Ammissibili: sono coerenti con quello che stabilisce il cpc; rilevanti: sono utili ai fini della decisione della causa.

Se questi due giudizi sono superati → il giudice istruttore fissa la data della successiva udienza destinata all'assunzione dei mezzi di prova (udienza prevista dal 184).

Il co. 8 del 183 consente al giudice istruttore, con lo stesso provvedimento con cui fissa la data dell'udienza per l'acquisizione dei mezzi istruttori, di disporre l'acquisizione d'ufficio di mezzi istruttori, nei casi in cui questo sia consentito dalla legge. Quando il giudice istruttore si avvale di questo potere, deve fare attenzione ad assegnare alle parti termini per ridurre le controprove, cioè per dedurre prove che siano idonee a smentire le prove assunte officiosamente dal giudice.

MODALITÀ DI SVOLGIMENTO DELL'ISTRUZIONE PROBATORIA:

Come si svolge l'istruzione probatoria?

Questa è retta da due principi:

- I. **Il principio dispositivo** → principio della domanda declinato in senso processuale. Così come la tutela giurisdizionale può essere concessa solo su domanda di parte (2907 cc + 99 cpc), così solo la parte che ha proposto la domanda di tutela giurisdizionale può essere legittimata a proporre le prove da mettere a fondamento della sentenza sulla domanda. In entrambi i casi (sia rispetto alla proposizione della domanda che alla presentazione delle istanze istruttorie), "solo la parte" significa solo la parte in luogo dei poteri pubblici, cioè del PM e del giudice. Solo nei casi limitati in cui il PM e l'organo giudiziale possono agire in giudizio, allora possono avvalersi di mezzi istruttori. Es. domanda di fallimento, che prima della riforma del 2006 poteva essere bypassata dall'iniziativa officiosa del tribunale, il quale, ricevuta notizia, veniva a conoscenza di una probabile insolvenza di un imprenditore commerciale, poteva attivare l'azione fallimentare e pronunciare la sentenza di fallimento. Solo nel 2006 questa possibilità è stata abrogata.

Art 115 cpc → il giudice può porre a fondamento le prove fornite dalla parte o dal PM. Questo art. consente al giudice di porre a fondamento anche i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita.

Un terzo elemento sono i fatti "notori" → nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza. Sono tutte quelle circostanze di fatto che astrattamente richiederebbero delle prove, ma che, essendo bagaglio comune in un certo contesto di tutti coloro che fanno parte della collettività, non hanno bisogno di prove. Non si tratta solo di accadimenti storici, ma anche di eventi che sono caratterizzati da una sostanziale ripetitività in un certo contesto, tale per cui il giudice non può ignorarlo.

I fatti non specificamente contestati ed i fatti notori sono delle deroghe al principio dispositivo → sono fatti che si possono porre a fondamento anche se non provati. Basta contestare

specificamente il fatto non notorio per rendere necessaria la prova di quel fatto ai fini della decisione

- II. **Onere della prova** → 2697 → chi fa valere un diritto in giudizio deve provarne i fatti costitutivi, che ne costituiscono il fondamento. Chi contesta l'inefficacia del diritto o contesta che il diritto si è estinto o modificato, cioè chi fa valere un fatto estintivo, modificativo o impeditivo, deve provare tale fatto. Il 2697 non dice attore e convenuto, ma dice chi fa valere un diritto → chi fa valere un diritto rispetto alla domanda giudiziale è l'attore, chi fa valere un diritto rispetto alla domanda riconvenzionale è il convenuto. Questa regola serve per far decidere al giudice nel merito, anche nel caso in cui le parti non siano state in grado di fornire prove sufficienti → consente al giudice, anche a fronte della loro incapacità di dimostrare i fatti, chi ha ragione e chi ha torto. Lo deciderà in funzione di chi avesse l'onere di dimostrare il fatto estintivo, modificativo o impeditivo. Nel caso del 2043, l'onere della prova è implicito.

Il 2698 prevede la possibilità per le parti di derogare pattiziamente alla distribuzione dell'onere della prova stabilita dalla legge. questo potere è eccezionale → può essere esercitato solo entro certi limiti:

- La controversia deve avere ad oggetto diritti disponibili → es. diritto al nome è un diritto indisponibile perché sottratto al potere di cessione a terzi
- La deroga non deve rendere eccessivamente gravoso l'esercizio di quel diritto → anche quando l'oggetto della lite è disponibile, la deroga è preclusa se finisce per rendere eccessivamente gravoso il suo diritto imponendo a questa parte la dimostrazione di circostanze impossibili da dimostrare.

In tutti gli altri casi diversi da queste due condizioni, qualunque modifica pattizia dell'onere della prova è nulla.

Se ci chiediamo quale è l'oggetto dell'istruzione probatoria, l'oggetto sono i mezzi di prova o la prova. Cosa si intende per prova? La prova ha una doppia valenza, poiché indica al contempo:

- il mezzo di prova, lo strumento attraverso cui è possibile acquisire la prova
- il risultato conoscitivo che il giudice può trarre dall'impiego del mezzo di prova

→ con il termine prova ci possiamo riferire sia il mezzo che alla risultanza che si ricava dal mezzo.

Mezzo di prova → il cpc vuole distinguere i mezzi dagli argomenti di prova. Il mezzo di prova è lo strumento conoscitivo dei fatti che attengono al merito della controversia. L'argomento di prova è un mezzo conoscitivo di fatti processuali non attinenti al merito della controversia.

Mentre solo i mezzi di prova possono fondare la decisione, gli argomenti di prova servono per altro, ma non possono MAI servire per decidere il mezzo della controversia.

Gli argomenti di prova sono ad esempio quelli desumibili da un comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo. es. mancata comparizione personale della parte al tentativo di conciliazione. Es.

impreparazione della parte sui fatti in causa in sede di interrogatorio (libero o formale). A quale fine può tener conto il giudice per questi fatti? Per la decisione sulla condanna alle spese.

L'aspetto importante è il risvolto negativo degli argomenti di prova → il codice del 1940 aveva in sé la categoria degli argomenti prova, che in sé per sé è priva di significato come concetto giuridico, che si è voluto introdurre per indicare tutto ciò che il giudice non può usare per decidere la controversia. Se ne può tenere conto non come se fossero prove, ma come qualcosa di meno, di minor valore → no a fondamento della decisione.

Un'altra distinzione che si sovrappone alla prima è la distinzione tra PROVE LIBERE e PROVE LEGALI.

- Le **prove libere** sono quelle **liberamente valutate dal giudice**. La loro efficacia probatoria è rimessa al **prudente apprezzamento del giudice**. Il principale corollario di questa regola è quello che **la parte contro cui è fatta valere la prova libera può smentire quella risultanza probatoria con un'altra prova libera di segno opposto**, o con una prova legale di segno opposto
- La **prova legale** è quella la cui **efficacia probatoria è predeterminata dalla legge**. È stabilita ex ante dalla legge e non dal giudice → la parte contro cui è fatta valere una prova legale non può fornire una prova contraria.

Quali sono i passaggi fondamentali dell'istruzione probatoria?

Qualunque mezzo di prova è soggetto ad un giudizio di ammissibilità e rilevanza. Ammissibilità: verificare che il mezzo di prova così come richiesto dalla parte è rispettoso dei limiti imposti dalla legge per la sua inquisizione.

Il giudizio di rilevanza, consequenziale a quello di ammissibilità, attiene al rapporto tra il mezzo di prova e l'oggetto della lite, cioè il thema decidendum. Rilevanza significa infatti utilità ai fini della decisione del caso concreto. Può anche essere rilevante la prova di un fatto che da solo non è idoneo ad influire in modo decisivo sulla decisione della causa, ma quello che rileva è la rilevanza, cioè l'utilità ai fini della decisione del caso concreto.

Una volta che il giudice ha svolto i due giudizi, deve poi attivarsi per programmare e redigere l'acquisizione dei mezzi di prova costituendi → mentre i mezzi di prova pre-costituiti non hanno bisogno di acquisizione e quindi vanno solo offerti in comunicazione, le prove costituende esigono un sub-procedimento di acquisizione.

Il modo in cui le prove si acquisiscono si riconduce alle forme dell'interrogatorio formale → quello governato dalle forme del cc, cioè regolato dalla legge soprattutto per quello che attiene alla proposizione delle domande dal giudice istruttore all'interrogato. L'interrogatorio libero, invece, non può dare origine a vere e proprie prove, ma solo ad argomenti di prove. Non può originare vere e proprie prove.

Le prove costituende che si originano con l'interrogatorio formale sono:

- Testimonianza → risulta dall'interrogatorio formale di un terzo
- Confessione → risulta dall'interrogatorio formale di una delle parti

La consulenza tecnica d'ufficio, invece, non è un mezzo probatorio, ma è un'attività conoscitiva dei fatti di causa che il giudice istruttore può disporre d'ufficio nel corso dell'istruzione probatoria → parallelamente alle attività di vera e propria acquisizione dei mezzi di prova costituendi.

A cosa serve? Chi è il consulente tecnico d'ufficio? Il codice qualifica questa figura come un ausiliario del giudice, al pari dell'ufficiale giudiziale. Qual è l'attività che il giudice demanda al consulente tecnico? È un'attività principalmente di interpretazione di fatti tecnico-scientifici emersi nel corso del processo e provati dalle parti. La consulenza tecnica non può, quindi, sostituirsi all'attività istruttoria di parte.

L'attività del consulente tecnico è un'attività interpretativa → per quale motivo il giudice ha bisogno di un soggetto terzo per conoscere i fatti provati dalle parti? L'esigenza c'è quando i fatti hanno una valenza tecnico-scientifica → sono formati da caratteristiche tali che, per essere conosciuti e compresi, servono competenze diverse rispetto a quelle del giudice.

Il consulente tecnico viene nominato affinché risponda ad un quesito tecnico scientifico che permette al giudice di comprendere la reale portata probatoria dei mezzi istruttori forniti dalle parti su determinati aspetti della controversia.

In alcuni casi può anche disporre una consulenza tecnica con una finalità acquisitiva ← possibilità problematica, perché consente al giudice di acquisire officiosamente dei mezzi istruttori, seppure indirettamente mediante l'opera del consulente tecnico.

Es. il giudice potrebbe chiedere al consulente di svolgere attività che potrebbero essere in grado di acquisire nuovi fatti diversi da quelli portati dalle parti e rilevanti per la decisione della controversia. Si tende ad ammettere che al consulente sia permesso, purché:

- L'attività sia frutto di un incarico del consulente che ha come obiettivo quello di comprendere prove fornite dalle parti.
- L'attività deve accompagnarsi alla possibilità delle parti di contraddire su queste nuove risultanti prove, attraverso la nomina di consulenti di parte. il contraddittorio si può iniziare a realizzare prima che il consulente tecnico depositi la sua consulenza contenente i risultati, può realizzarsi già nel momento in cui la consulenza si sta svolgendo, affiancando al consulente tecnico nominato dal giudice, quelli nominati dalle parti, i quali hanno l'obiettivo di assistere alle operazioni del consulente tecnico e di interloquire con lui sulle modalità di svolgimento delle operazioni e sulle risultanze.

PROVE PRECOSTITUITE O DOCUMENTALI:

Sono le prove che le parti si trovano ad affrontare per primi. La prova documentale è la [rappresentazione di un fatto contenuta in un testo scritto o digitale composta liberamente o secondo determinate forme richieste dalla legge](#).

La forma più semplice della prova documentale è la **scrittura privata**.

La scrittura privata è un documento che contiene insieme ad una rappresentazione di fatti anche l'assunzione di alcuni impegni o la previsione di alcune regole volte a disciplinare i rapporti tra due o più parti. La scrittura privata contiene spesso un contratto tra due o più parti.

La caratteristica essenziale è una sua fondamentale libertà di fondo → dal pov probatorio, la scrittura privata vale come prova libera. È soggetta al prudente apprezzamento del giudice.

Vi sono situazioni in cui l'ordinamento consente alla scrittura privata di acquisire il valore di prova legale ← in queste situazioni, l'efficacia di prova legale riguarda tutto ciò che è contenuto o rappresentato nella scrittura privata, ma solo un aspetto: la provenienza della scrittura dalla parte o dalle parti che l'hanno sottoscritta. Anche quando si verifica una delle situazioni che assegna efficacia di prova legale alla scrittura privata, tutta la scrittura privata conserva il valore di prova libera, eccetto per ciò che riguarda la sua provenienza dalla parte/dalle parti che l'hanno sottoscritta ← unico aspetto che non può essere messo in discussione e che il giudice deve acquisire come certa!

Questi meccanismi per attribuire efficacia legale alla scrittura privata sono 3:

- 1) **Riconoscimento della sottoscrizione**: attribuisce efficacia di prova legale alla scrittura quando il riconoscimento proviene dalla parte contro cui la scrittura privata è prodotta. Deve trattarsi del riconoscimento della sottoscrizione della controparte. Il riconoscimento attiene al contraddittorio tra le parti. Questo riconoscimento può essere espresso o tacito. Il riconoscimento *espreso* è la forma più semplice: *può risultare dalla dichiarazione in udienza o da una dichiarazione in un atto del processo*. es. il convenuto può riconoscere che la sottoscrizione dell'atto prodotto dall'attore è la propria nella comparsa.
Talvolta, però, ciò è *tacito* → 215 cpc → come deve comportarsi la parte che vuole contestare (non riconoscere) la scrittura privata prodotta contro di lei dalla controparte? *Deve disconoscere la scrittura privata*. es. l'attore produce una scrittura privata contro il convenuto che stavolta vuole disconoscerla. Come fa? Deve dichiarare che disconosce la sottoscrizione entro un termine perentorio che è la prima udienza o il primo atto successivo alla produzione della scrittura privata che si vuole disconoscere. Cosa succede se il termine decorre senza che abbia disconosciuto? Il cpc ci dice che la scrittura si considera implicitamente o tacitamente disconosciuta. Omettere la dichiarazione di disconoscimento nel termine perentorio implica il tacito riconoscimento.
- 2) **Autenticazione della sottoscrizione**: 2703 cc, riconoscimento legale della sottoscrizione. Autenticazione vuol dire riconoscimento della sottoscrizione non da parte di chi ha apposto la sottoscrizione, ma da parte di un pubblico ufficiale a cui la legge attribuisce questo potere e dinnanzi al quale la sottoscrizione si stata apposta. Se le parti, dopo aver redatto privatamente la scrittura privata, appongono la sottoscrizione in calce all'atto dinnanzi al notaio, si ha l'autenticazione della sottoscrizione, in quanto per legge il notaio ha il potere di certificare ciò che accade in loro presenza.
- 3) **Istanza di verifica della sottoscrizione della scrittura privata disconosciuta**: il convenuto dichiara di disconoscere la sottoscrizione → il 216 cpc consente all'attore di presentare al giudice un'istanza di verifica della sottoscrizione → giudizio di mero fatto volto ad accertare l'autenticità della sottoscrizione, cioè che la firma è proprio quella del convenuto. Se l'istanza è accolta del giudice, abbiamo nuovamente un'efficacia di prova legale per la scrittura privata. L'istanza di verifica è un caso in cui la domanda giudiziale (domanda di accertamento) è ammissibile anche se non ha ad oggetto un diritto soggettivo, ma un mero fatto → uno dei pochi casi in cui l'ordinamento ammette una domanda giudiziale avente ad oggetto un mero fatto. Questa istanza può essere proposta in via principale, cioè autonoma, davanti al giudice civile; oppure, in via incidentale, cioè nell'ambito dello stesso processo in cui la scrittura privata è stata prodotta e disconosciuta. L'istanza sarà avanzata davanti allo stesso giudice davanti al quale pende l'istanza di tutela giurisdizionale.

Accanto alla scrittura privata, l'ordinamento riconosce come secondo tipo di prova precostituita **l'atto pubblico**. L'atto pubblico, secondo il 2699 cc, è un mezzo istruttorio che ha sempre e solo efficacia di prova legale. La caratteristica saliente è di essere un documento proveniente da un pubblico ufficiale. Il pubblico ufficiale non solo ha autenticato le sottoscrizioni, ma ha redatto l'atto.

L'atto deve essere redatto in forma scritta. L'atto pubblico assicura certi benefici: efficacia di prova legale. Non basta che l'atto provenga da un pubblico ufficiale, ma serve che sia redatto secondo le specifiche forme previste da leggi speciali.

Cosa succede se manca uno di questi due requisiti? Es. si presenta un documento come atto pubblico che però non viene da un pubblico ufficiale o non è stato redatto secondo le modalità previste. 2701 cc → **l'atto si converte automaticamente in scrittura privata**. conserva la sua efficacia, ma ridimensionata a seguito della conversione automatica.

Su cosa cade l'efficacia di prova legale dell'atto pubblico? Su qualcosa in più rispetto alla scrittura privata → l'ESTRINSECO. L'efficacia di prova legale riguarda solo l'estrinseco, ossia tutto ciò che non è il contenuto sostanziale, giuridico dell'atto pubblico. È estrinseca la provenienza dell'atto pubblico dal pubblico ufficiale. L'estrinseco riguarda tutte le dichiarazioni rese dalle parti davanti al pubblico ufficiale e riportate, come la dichiarazione con cui il compratore si impegna a corrispondere un certo importo entro una certa scadenza e l'impegno del venditore a consegnare il bene x entro una certa data.

Il fatto che la parte si sia preso l'impegno di fare qualcosa è beneficiato dall'effetto della prova legale. Il contenuto sostanziale, invece, è l'intrinseco e non è oggetto di prova legale. Solo l'aspetto esteriore della dichiarazione ha effetto di prova legale. Il presupposto giuridico sostanziale non fluisce dell'effetto di prova legale (es. il fatto che chi deve consegnare il bene ne sia proprietario), l'estrinseco riguarda anche tutto gli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti alla sua presenza (es. consegna di una parte dell'importo) ← efficacia di piena prova.

Qual è l'unico strumento di resistenza dell'atto pubblico? È la **querela di falso** → azione civile simile all'istanza di verifica del 216 cpc → azione che ha ad oggetto l'accertamento di un mero fatto. Il 221 cpc lo prevede. L'oggetto è l'accertamento dell'autenticità dell'atto pubblico, più precisamente la querela ha ad oggetto l'accertamento della falsità dell'atto pubblico. Siccome, però, la prova legale riguarda l'estrinseco, il tipo di falsità che può essere contestata è solo la **falsità materiale** (contraffare o alterare successivamente l'atto pubblico).

È molto difficile che si possa contestare con la querela di falso la cd falsità ideologica, cioè quella relativa al contenuto sostanziale, all'intrinseco. È possibile solo se ciò si traduce in una falsità materiale.

Anche la querela di falso può essere proposta sia in via principale che autonoma.

Il giudice che riceve la querela di falso, soprattutto quando la riceve in via incidentale, prima di esaminare la domanda e di deciderla, chiede alla parte contro cui la querela è stata proposta se vuole continuare ad avvalersi dell'atto pubblico anche dopo la proposizione della querela di falso. Quando la querela di falso riguarda un processo pendente, deve interpellare il convenuto ponendogli questa domanda. Se è dichiarato in sede civile falso un atto pubblico, la querela può presentare una notizia di reato → il giudice vuole evitare che il reato si aggravi.

PROVE COSTITUENDE:

Sono 3 ed hanno alcuni aspetti che le rendono più simili. Le prove costituenti, a differenza delle prove documentali, non sono già formate prima ed indipendentemente dal processo, ma esistono e si formano all'interno del processo all'interno del procedimento di mezzi di prove nel processo. Il sub-acquisimento di mezzi di prove che abbiamo visto è funzionale a questi 3 mezzi di prova.

- ❖ **TESTIMONIANZA** → dichiarazione resa da un terzo in sede di interrogatorio da parte del giudice istruttore sui capitoli di prova indicati dalla parte istante e ammessi dal giudice istruttore. L'iter di acquisizione segue la stessa scansione logica: prima il giudice valuta se la possibile testimonianza è non solo richiesta in coerenza con la legge (ammissibile), ma anche se attiene ai fatti di causa (rilevante). Poi il giudice, fissata l'udienza, procederà all'acquisizione mediante interrogatorio in udienza della testimonianza. Questa è una dichiarazione di scienza → il teste è chiamato a

dichiarare se e come si sono verificati certi fatti ritenuti rilevanti ai fini della decisione della causa. Non può essere chiamato il teste a porre testimonianza mediante giudizi personali, ma può essere chiamato solo a rendere dichiarazioni di scienza attinenti a circostanze di fatto. I capitoli di prova sono le circostanze di fatto su cui il teste deve essere interrogato dal giudice ← espressione che allude alla specificità con cui le circostanze di fatto devono essere formulate nella richiesta istruttoria. Il teste non può essere chiamato a rendere testimonianza su circostanze di fatto formulate in maniera imprecisa o generica. La specificità del capitolo di prova è essenziale per la formazione di una prova testimoniale che consenta al giudice di acquisire info utili ai fini della decisione. Capitoli di prova che sono generiche e non specifici sono lesivi delle norme del cpc sulla testimonianza ← sono inammissibile → l'istanza è del tutto o in parte inammissibile.

La testimonianza è una prova libera. Essa è soggetta al principio del 116 cpc → il valore probatorio della testimonianza è rimesso al prudente apprezzamento del giudice. La testimonianza non è dotata di un valore di prova legale.

Un aspetto molto importante sono i limiti di ammissibilità: vigono limiti di ammissibilità della prova testimoniale del contratto → la prassi secondo cui ci troviamo anche in assenza di un obbligo di legge spronati a redigere un contratto è dettato da una sicurezza probatoria; la radice di questa sensibilità diffusa è legata ai principi degli art. 2721 cc e seguenti → i limiti di ammissibilità della testimonianza in materia contrattuale attengono al valore del contratto. Per i contratti il cui valore eccede 2,58 euro non possono essere provati tramite testimonianza. Il L. non ha mai incrementato il valore perché ha voluto mantenere una regola di inammissibilità di prova testimoniale del contratto. Il 2721 equivale a dire che bisogna sempre considerare preclusa la prova testimoniale del contratto. questa regola è controbilanciata dalla 2° parte del 2721 → salvo il potere del giudice di derogare → consentire che contratti il cui valore ecceda la soglia dei 2.58 euro siano comunque provabili eccezionalmente per testi. La regola è molto generica. Lascia ampio spazio discrezionale al giudice. Deve tenere conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza utile. Il giudice può ritenere opportuno ammettere eccezionalmente la prova testimoniale del contratto se ci sono questi requisiti. Un caso in cui viene esercitato è quello in cui emerge che per decenni le relazioni commerciali di due imprenditori si sono regolate verbalmente. Nonostante il valore del contratto possa facilmente eccedere i 2.58 euro, il giudice può giustificare il riconoscimento eccezionale della prova testimoniale del contratto. nell'ambito dei limiti di ammissibilità alla testimonianza del contratto bisogna guardare al 2722 e al 2723 → precludono la prova per testi dei patti aggiunti o contrari ad un accordo scritto → si considerano non provabili per testi i patti aggiunti o contrari che siano anteriori o contemporanei alla stipulazione di un contratto. La ratio → tutela dell'accordo raggiunto. Se le parti hanno deciso di stipulare per iscritto un accordo, è ragionevole presumere che se hanno voluto prevedere una clausola aggiuntiva o contraria al contenuto dell'accordo scritto, lo abbiano fatto per iscritto, inserendo la clausola nell'accordo o modificando una clausola già presente. Il L. tempera la rigidità di questa regola nel 2723 → i fatti posteriori possono essere provati per testi se appaiono al giudice verosimili. Infine, il 2724 contempera la rigidità dei limiti di ammissibilità della prova testimoniale → malgrado i limiti, la prova per testi è sempre ammessa nel caso in cui ricorrano certe circostanze: 1) c'è un principio di prova per iscritto che faccia apparire vero un fatto allegato; se questo deriva dal convenuto, consente di provare per testi anche ciò che ai sensi del 2721 non sarebbe provabile (contratto oltre i 2.58 euro). Un principio di prova è un documento che faccia apparire verosimile il fatto allegato e che provenga dalla persona con cui è diretta la domanda. 2) il contraente non si è procurato una prova scritta o l'ha persa senza sua colpa. Se c'era, l'ha persa senza colpa, se poteva esserci, non è stato possibile procurarla. Il cc parla di impossibilità materiale o impossibilità morale. Quella morale si ha nel caso in cui ci sia un particolare legame affettivo con la particolare che ha la prova scritta e procurarsela potrebbe implicare la compromissione di quella relazione.

Il 2725 ci dice che tra le due ipotesi, solo la perdita senza colpa della prova scritta consente la prova per testi quando la forma scritta è richiesta dalla legge ad substantiam o ad probationem. la prova per testi non è comunque ammessa anche se c'è il principio di prova per iscritto e anche se c'è stata l'impossibilità di procurarsi la prova; è ammissibile SOLO SE è dimostrabile la perdita della prova.

❖ CONFESSIONE → dichiarazione di scienza resa da una delle parti. Ha ad oggetto la verità di fatti sfavorevoli al dichiarante e favorevoli alla controparte. Può essere resa spontaneamente in un atto processuale o nel corso di un interrogatorio formale da parte del giudice istruttore sui capitoli di prova indicati dalla parte istante e ammessi dal giudice istruttore. La confessione ha in comune con la testimonianza il fatto di essere una dichiarazione di scienza. NO OPINIONI PERSONALI! Le differenze: il soggetto confidente è diverso, chi fa la confessione è necessariamente una parte del processo. il contenuto della confessione deve essere ben specifico, a differenza del contenuto della testimonianza che non è predeterminato dalla legge per essere apprezzato come mezzo istruttorio. Si ha confessione solo se la parte dichiara confessioni a sé sfavorevoli e favorevoli all'altra parte. es. il convenuto dichiara la verità del fatto costitutivo che l'attore ha posto a fondamento della sua domanda. Sebbene la confessione possa essere resa spontaneamente in un atto processuale, molto più spesso la confessione emerge dall'interrogatorio formale della parte, richiesto dalla controparte, e condotto dal giudice istruttore in udienza. Dal pov dello svolgimento del sub provvedimento di acquisizione della confessione, siamo in un'ottica molto simile a quella della testimonianza: i capitoli di prova devono riferirsi a mere circostanze di fatto e NON anche a valutazioni soggettive e devono essere contraddistinte da specificità. Lo svolgimento dell'interrogatorio formale non implica automaticamente la confessione.

→ mentre la testimonianza scaturisce ogni qualvolta il terzo è testimoniato (salvo se si rifiuti di presentarsi all'udienza), nel caso della confessione questa rappresenta una conseguenza eventuale dell'interrogatorio formale.

È una prova legale. Su cosa ricade questo? Sulla verità di quel fatto sfavorevole al confidente che è oggetto della confessione. Quel il fatto, non potrà più essere smentito da nessuno, nemmeno con un'altra prova legale.

La confessione può anche essere extra giudiziale → si può formare al di fuori del processo: un soggetto può dichiarare la verità di un fatto a sé sfavorevole → l'efficacia probatoria della confessione extra giudiziale è la stessa se è resa nei confronti di quella che sarà la futura controparte. Nel momento in cui la confessione è resa, il destinatario non è ancora controparte perché il processo ancora non c'è, ma è l'altra parte del rapporto giuridico. Se poi quello diventa la controparte nel processo, allora quella dichiarazione potrà essere riportata nel processo sotto forma ad es. di testimonianza se questa è stata resa verbalmente.

La confessione è valida solo se la parte confidente ha la capacità di disporre del diritto a cui i fatti confessati si riferiscono, cioè se ha la capacità di agire in relazione al diritto a cui i fatti confessati si riferiscono. Il cc lo esige perché la confessione è un modo indiretto di disporre di propri diritti. Riconoscendo la verità di fatti favorevoli alla controparte, si incide sulla sorte del diritto a cui quei fatti si riferiscono. Riconoscere l'esistenza del fatto costitutivo del fatto dell'attore, significa incidere sul diritto soggettivo stesso → è necessario che la confessione sia resa da chi può disporre del diritto. minore, interdetto e inabilitato non possono confessare, ma la confessione deve passare attraverso i loro rappresentanti legali o curatori.

Rapporto tra confessione e litisconsorzio necessario → cosa succede se in un processo litisconsortile necessario, solo uno dei litisconsorti presta confessione e gli altri no? quella dichiarazione che ha oggettivamente contenuto confessorio, che efficacia ha? Le alternative sono 3:

- Vale comunque come confessione per tutti i litisconsorzi necessari
- Vale come confessione solo per il litisconsorte necessario che l'ha prestata
- Non vale come confessione

La soluzione accolta dal L. è l'ultima, ossia l'unica coerente con il litisconsorzio necessario → non vale come prova legale, ma solo come prova libera, liberamente apprezzabile dal giudice. Non può valere anche per gli altri → imposizione ingiustificata attinente ad un diritto di cui tutti sono titolari; non vale la seconda perché il diritto è condiviso; quindi, non può valere solo per uno e non per gli altri. Cosa succede in caso di dichiarazioni aggiunte? Cosa succede se la parte dichiarante, oltre a confessare la verità di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli alla controparte, aggiunge anche dichiarazioni che vanno ad infirmare la confessione cioè dichiarazioni che hanno ad oggetto la verità di fatti favorevoli almeno in parte al dichiarante. In questo caso, la soluzione del codice è

complessa ma equilibrata → se la dichiarazione confessoria è sporcata da dichiarazioni aggiunte volte ad infirmare la dichiarazione, il giudice può continuare a considerare la dichiarazione complessiva come valida, sempre che le dichiarazioni aggiunte non siano contestate dalla controparte. Se le dichiarazioni aggiunte sono contestate dalla controparte, la dichiarazione complessiva vale solo come prova libera.

- ❖ **GIURAMENTO** → la prospettiva cambia radicalmente, perché ha una rilevanza pratica molto circoscritta + le rare volte in cui è usato, assume più la funzione di uno strumento con cui si consente al giudice di risolvere la controversia, che non uno strumento con cui acquisire un mezzo di prova. Il giuramento è una dichiarazione resa da una parte, che però non è sottoposta ad un interrogatorio formale secondo la logica della confessione, bensì è invitata a prestare giuramento mediante un atto processuale che prende il nome di “deferimento” ← invito a prestare il giuramento. L’invito può essere rivolto alla parte o dalla sua controparte o dal giudice istruttore. Nell’ultimo caso è una prova acquisibile eccezionalmente difficile. Oggetto: verità di determinati fatti favorevoli accompagnata da un giuramento solenne la parte è invitata a dichiarare che determinati fatti ad essa favorevoli sono veri, sulla base di un giuramento solenne. Questo giuramento solenne, che richiede di ripetere una formula particolare, implica l’assunzione di una gravissima responsabilità nel caso in cui la parte attesti la verità di fatti fraudolentemente (falsamente) → responsabilità civile e penale → si ricorre raramente al giuramento + la parte è fortemente responsabilizzata.

Il giuramento è una prova legale e fa piena prova sul fatto oggetto della dichiarazione resa dalla parte. con il giuramento la parte dichiarante indirettamente dispone del diritto → richiede la capacità del giurante di disporre del diritto a cui i fatti si riferiscono. Sono previsti due tipi di giuramento:

- **Giuramento decisorio** → giuramento con cui una parte deferisce giuramento alla controparte per farne dipendere (2376 cc) la decisione totale o parziale della causa. In questo caso, cioè, il deferimento del giuramento riguarda un fatto primario della causa, un fatto cioè essenziale o decisivo ai fini della soluzione della controversia. Se la parte a cui è deferito il giuramento deve riconoscere la verità del fatto costitutivo della domanda il giudice ottiene una dichiarazione e una prova con cui è possibile subito risolvere la lite. È decisorio perché dal suo esito dipende la decisione della causa. Può essere deferito solo da una delle parti.
- **Giuramento suppletorio** → giuramento che ha la funzione di colmare una mancanza che attiene alla decisione della causa e quindi all’operato del giudice. Può essere deferito solo d’ufficio dal giudice. È suppletorio il giuramento che il giudice d’ufficio richiede ad una delle parti per decidere la causa quando la domanda o le istanze proposte non sono state pienamente provate ma non sono nemmeno del tutto prive di prova, o quando si deve stabilire il valore della cosa domandata e non lo si può accertare in altro modo. Se le parti non sono state in grado di fornire una prova sufficiente delle loro istanze, il giudice può disporre il giuramento suppletorio. Ci sono situazioni in cui la regola dell’onere della prova potrebbe non pienamente funzionare o lasciare margini di incertezza. Può esserci giuramento suppletorio anche per stabilire il valore della cosa domandata. Il giuramento è una prova antica e abbastanza desueta. Tra i due tipi di giuramento, quello più frequente è il giuramento decisorio.

Quale è il rapporto tra giuramento e litisconsorzio necessario? La ratio è la stessa della confessione. Il giuramento reso da uno solo dei litisconsorti necessari non può avere l’efficacia di prova legale che in un contesto diverso (reso uniformemente da tutti) potrebbe avere. Il problema si può porre anche nell’ipotesi in cui la parte a cui il giuramento è stato deferito, anziché prestare giuramento, sceglie di riferirlo alla controparte. È un rischio che chi chiede il giuramento del deferimento deve sapere che può correre. Vale la stessa logica se colui a cui è passata è un litisconsorte necessario.

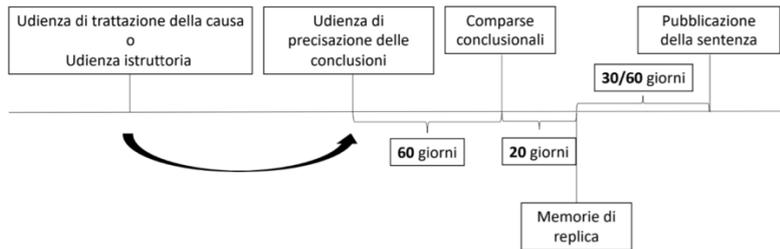
3. Fase decisoria della causa

Questa si può articolare in forme diverse, ma vede dapprima il deposito di alcuni scritti conclusionali ad opera delle parti che costituiscono l'ultima possibile manifestazione del contraddittorio nel processo cognitorio a cui segue la pronuncia della sentenza con la relativa pubblicazione.

Nell'ipotesi ordinaria, la legge prevede che il giudice pronunci la sentenza entro 60 gg dalla scadenza del termine per il deposito dell'ultimo scritto conclusionale. È un *termine ordinatorio* → quando, pur obbligando un soggetto ad agire entro tale termine, non si ha nessuna perdita come conseguenza del non esercizio del relativo potere.

Decisione della causa

A) Rimessione della causa in decisione



Conclusa l'udienza istruttoria o di trattazione della causa, il giudice fissa con un provvedimento l'udienza di precisazione delle conclusioni → art. 189 cp. A cosa serve questa? È l'ultimo incontro tra le parti ed il giudice. In questa, le parti hanno esclusivamente il potere di specificare il *petitum* delle loro istanze. Possono solo precisare (allegare fatti secondari), precisare il quantum della prestazione, non certo modificare le proprie domande o eccezioni.

Dopo l'udienza di precisazione scattano due termini perentori che servono per il deposito degli scritti conclusionali nella cancelleria:

- Comparsa conclusionale entro 60 giorni. Il contenuto è molto importante, perché spesso i giudici formano la loro opinione su questa. Servono a rielaborare tutto il materiale probatorio e giuridico che si è formato nel corso del processo. Domande a cui la parte risponde con questa comparsa sono, ad esempio, come sono cambiate le istanze di tutela giurisdizionale alla luce dell'istruzione probatoria?
- Memoria di replica alla comparsa conclusionale avversaria entro 20 gg dalla scadenza del termine per il deposito delle comparse conclusionali

→ termini consequenziali

Dopo la memoria di replica, scatta il termine di 30 o 60 giorni per la pubblicazione della sentenza. È un termine meramente ordinatorio → il termine può essere molto più lungo.

Per quel che concerne l'iter decisorio, il cpc consente una modalità ordinaria e due "speciali".

Modalità ordinaria → la sentenza è deliberata dal tribunale in composizione monocratica o collegiale entro 30 o 60 giorni dalla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica ex art. 190 cpc. 30 giorni è il termine per la pubblicazione della sentenza nel caso in cui il tribunale sia in composizione monocratica, 60 gg nel caso in cui ci sia composizione collegiale.

Le parti possono chiedere una discussione orale della causa → che tra il deposito degli scritti conclusionali e la pubblicazione della sentenza vi sia un'altra udienza in cui discutono oralmente la causa. Il cpc prevede che all'udienza di precisazione delle conclusioni, le parti possono chiedere al tribunale in composizione collegiale che la causa sia discussa oralmente, ma devono rinnovare questa richiesta al termine della scadenza delle memorie di replica.