

Brought to you by:

ASTRA

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

3° ANNO CLMG - CLASSE 19

Scritta da
Aldo Corigliano

2023-2024 Edition

Find out more at:
astrabocconi.it

This guide has no intention of substituting the material published by the University, that has to be considered the only official source of news on this topic.

Questa guida non è concepita in sostituzione al material rilasciato dall'Università, che è da considerarsi l'unica fonte ufficiale di notizie sull'argomento.

L'ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE

Art. 24 Cost, c. 1 e 2

Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

L'art. 24 Cost. è una **norma programmatica**: lo Stato deve emanare una o più leggi per coprire quanto sancito. Seppur la norma costituzionale abbia una data successiva all'emanazione del codice di procedura civile (1948 vs 1942), siamo di fronte a un corpo legislativo che sopravvive, adeguato e modernizzato. Nonostante abbia quasi ormai 100 anni di vita, il codice è estremamente liberale - erroneamente attribuito a un ruolo forte del giudice - e va interpretato partendo dall'art. 24 Cost.

L'idea che ciascuno possa agire in giudizio dà l'idea di qualcosa che si muove, di un *facere* che ciascuno di noi ha, inviolabile. Come chiedere allo Stato che vi sia una legge che disciplini la possibilità di difendere quello che si ritiene essere un proprio diritto da quella che si ritiene un'offesa, una violazione o una lesione dello stesso da parte di terzi. Siamo nel civile e questa legge è il **codice di procedura civile**, che in 800 norme detta una serie di poteri, facoltà, obblighi, doveri dei vari soggetti processuali (chi agisce, chi si difende, chi giudica e così via). Il codice rappresenta un *corpus* di norme che sono da considerarsi autonome, ma che nell'essere autonome, non sono isolate dal diritto che il titolare intende tutelare; vogliono esprimere l'idea per cui il processo civile sia l'arma concreta per attuare la *iustitia* e sia **strumentale** per l'attuazione concreta del proprio diritto.

Art. 111 Cost, c. 1,2,6 e 7

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge.

Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali in tempo di guerra.

La funzione strumentale dell'ordinamento, per il tramite dello stato-justizia, è garantita da un altro organismo: la **magistratura**. I giudici devono essere **terzi** rispetto ai litiganti e soprattutto **imparziali**: non devono avere interessi concreti nella risoluzione e nella decisione della vicenda.

Il nostro ordinamento, a differenza di molti altri, continentali o anglosassoni, riconosce come obbligo costituzionale il fatto che quando il giudice *decide* una controversia, questi debba motivare e spiegare il perché della sua decisione. Teorie minoritarie credono sia una delle cause nel tempo della lentezza del processo italiano, eppure non si è mai discusso in alcuna misura di toccare questa norma, che dà al nostro ordinamento la più grande giustizia: fornire le motivazioni a chi perde la causa per le quali questi ha perso. Il veicolo più importante per assicurare il bilanciamento dei principi costituzionali è l'adeguata e convincente motivazione per la parte che perde, perché solo in questo modo questo provvedimento diventerà *definitivo* il prima possibile.

L'ultima garanzia costituzionale segue, perché qualunque provvedimento, in qualsiasi forma, che incide sull'attuazione dei diritti soggettivi nostri, può essere impugnato *per violazione di legge*. Sostanzialmente questo vuol dire che l'accesso alla Corte di Cassazione è sempre garantito, per ogni provvedimento decisorio che incide sui nostri diritti soggettivi. Con l'unità di Italia si è arrivati dalla corte di Cassazione, unica per tutti. Diventa garanzia costituzionale e sancendo la costituzionalità del principio, la corte costituzionale è andata man mano a correggere tutti quei settori del codice del '42 che mancano di ciò.

Strumentalità e **sostitutività** vanno di pari passo, per cui ad esempio il diritto di proprietà, sancito all'art. 832 del codice civile, è tutelato dalla possibilità di adire un giudice per un provvedimento che ordini ad una determinata persona di riconsegnare quanto indebitamente sottratto. Supponiamo che questo provvedimento passi in giudicato: sentenza e norma sono sullo stesso piano dal punto di



vista dell'attuazione. Nonostante ciò, c'è un problema che nasce nel momento in cui è definitiva. Se chi è obbligato alla restituzione non ottempera, a cosa servirebbe tutto questo?

Nella dimensione costituzionale della giustizia civile e del processo civile come legge attuativa, innanzitutto deve ravvisarsi il momento esecutivo del provvedimento del giudice non lasciato meramente alla spontanea volontà ad ottemperare alla sentenza, ma proprio perché è una tutela sostitutiva, la sostitutività deve avere qualcosa in più della norma violata. Ciò avviene mediante la predisposizione di un settore del codice destinato all'**esecuzione coatta delle sentenze**. Questo momento è stato riconosciuto dalla Corte Costituzionale come un momento dell'effettività della stessa garanzia dell'articolo 245 c.p.c. e di tutto il codice di procedura civile. Il problema non è predisporre un codice, ma essere anche coattivi nella realizzazione del dispositivo. Se non lo faccio spontaneamente, arriverà un ausiliario del giudice a prendermi la bottiglia e restituirla. Senza questa predisposizione, il codice sarebbe inutile e incostituzionale, perché non garantirebbe l'effettività del codice.

In ultimo, è bene notare che la ragionevole durata è un concetto acquisito dal processo penale, in quanto si ritenne necessaria nel periodo dei processi di mafia. Diventato *mantra*, la costituzione dice che il processo non deve essere troppo lungo. Nella realtà dei fatti e come vedremo, all'inizio degli anni 2000, la cassazione nell'interpretazione utilizzava quale motivazione della risoluzione di svariati casi in maniera preponderante la ragionevole durata.



RIPARTIZIONI DELLE AZIONI CIVILI

Nell'ottica di garantire la strumentalità e la sostitutività della tutela del diritto che - come abbiamo visto già dalla norma costituzionale - nasce e si origina dalla asserita violazione o lesione di un diritto soggettivo, dobbiamo cominciare a focalizzarci su un fatto che è della realtà materiale, ma che trova poi subito una corrispondenza nella legge. Ci può essere qualcuno che contesta il nostro potere dispositivo su un bene. Ogni diritto soggettivo può subire n tipologie di violazioni, ma questo n tipologie di lesioni si atteggia diversamente, non solo in quanto sono diverse le lesioni, ma perché si deve relazionare con la diversità dogmatica o concettuale dei diritti soggettivi. Sono per lo più diritti relativi, e qualche volta non sono né diritti reali né di credito, bensì diritti di ottenere dal giudice una sentenza che tenda a tutelare. Per ogni lesione, al fine di arrivare alla tanto ambita strumentalità bisogna scegliere fra queste azioni.

Azione di condanna

1) Diritto reale → **godimento** e lesione da privazione del godimento.

La strumentalità dell'azione civile per far sì che questa scompaia e si ripristini lo *status quo*. Senza sapere nulla, già è noto che per attuare il diritto è necessaria un'azione che dia luogo a un provvedimento. E per essere strumentale e sostitutivo, questa debba far sì che quella bottiglia, semplicemente, torni indietro. È la c.d. restituzione dell'*eadem res*. Dalla lesione di un diritto reale *sub specie* facoltà di godimento nasce l'**azione di condanna**. Non c'è alternativa, l'azione di rivendica esercitata in questo caso specifico è un'azione di condanna, volta per l'appunto a *condannare il possessore ad un facere specifico o equivalente*.

2) Diritto relativo (o di credito) → Il diritto relativo, strutturalmente, nasce fra due soggetti predeterminati. Ad esempio, il contratto strutturato fra due soggetti è un vero e proprio contenitore di diritti relativi. Il diritto reale, visto prima, ha invece una preminenza *erga omnes*. Qui, l'autore di una lesione di un diritto relativo non può che essere l'altro contraente. L'**inadempimento** è la lesione tipica più importante del diritto relativo. Di fronte alla lesione per inadempimento la legge configura un'azione tipica. L'articolo *in primis* offre due opzioni. L'esatto adempimento del contratto o la risoluzione se l'inadempimento è grave. Per ottenere il provvedimento strumentale sostitutivo voglio che il giudice condanni l'altro contraente a eseguire il contratto (sono fatti salvi chiaramente gli eventuali danni da ritardo).

Abbiamo anche qui l'**azione di condanna**. Oltre ad essere lo strumento processuale principale, l'azione di condanna è un'azione che non solo tende al ripristino dello *status quo* anteriore, non solo si sostituisce alle norme violate, ma in sé, essendo un provvedimento di condanna, conferisce il potere che nasce in capo al vincitore di ottenere anche in via coatta l'oggetto della sentenza. Si chiama di condanna perché *non solo si limita ad accertare la lesione*, ma per poter essere strumentale deve per forza dare il potere di ottenere il *dictum*.

Il *quid* consiste nel fatto che il soggetto chieda un qualcosa che consenta di attuare - anche forzatamente - il diritto di credito o il diritto reale violato. Questo *quid*, tipico ed esclusivo, si chiama **titolo esecutivo**, per cui la sentenza che condanna a pagare, non solo renda i titoli strumentali e sostitutivi delle rispettive norme violate, ma proprio per attuare in concreto il diritto violato, danno al vincitore la possibilità di utilizzare quel servizio giustizia come un pezzo di carta che con un timbro della cancelleria diventa il titolo per poter procedere all'esecuzione forzata di quel provvedimento. Diversamente, tutto sarebbe falso. Titolo esecutivo perché la sentenza ti dà il titolo per agire esecutivamente. L'azione di condanna è tipica dei diritti reali, pressoché quasi esclusivamente tipica dei diritti relativi (ma non l'unica) ed è esclusiva per ogni forma di tutela risarcitoria diretta, indiretta, aquiliana ecc.

L'azione di condanna è lo strumento che va a sostituire la norma violata ma anche lo strumento che tutela in via sostitutiva le violazioni di diritti reali e diritti relativi o di credito.

Si può aggiungere all'inadempimento del contratto il **fatto illecito**, anche esso crea una tutela risarcitoria: lo schema rimane l'azione di condanna.

Il *proprium* della sentenza di condanna è dato dal fatto che non solo questa azione accerta l'esistenza, ma dà al potenziale vincitore qualcosa in più del ripristino, cioè il potere di agire in esecuzione forzata laddove vi sia necessità di comportarsi in tale maniera (ad esempio, l'altra parte non ottempera alla sentenza).



Azione costitutiva

Passiamo a uno *step* successivo. Come accennato, si può chiedere **in alternativa** la risoluzione del contratto. In alcuni casi quindi l'azione di condanna non sarà utile, magari perché non è possibile eseguire coattivamente un *facere* perché infungibile, o anche nei casi in cui sia fungibile ma non esigibile (denaro da un nullatenente).

Se l'attore sa che avrà difficoltà nell'ottenere l'esatto adempimento di quella prestazione, che magari nelle more si è resa impossibile, ragionando in un'ottica imprenditoriale al 90% chiederebbe la risoluzione, domandando al giudice anche un *risarcimento da risoluzione* (e non solo ritardo) per tutte le perdite di *chance* che ha avuto.

L'attore, in questo caso, non deve più scegliere l'azione di condanna! Quello di cui ha bisogno è l'**azione di risoluzione**, che prende atto dell'impossibilità materiale dell'altra parte di ottemperare all'obbligo e sposta il bilancio della tutela verso l'ambito pecuniario.

L'azione di esatto adempimento a fronte dell'inadempimento è una *chance* che ha il contraente, che può esercitare o non può esercitare, in quanto la legge consente in caso di grave inadempimento (non così facile da provare in concreto) di esercitare l'azione di risoluzione. Pur essendo l'alternativa prevista dalla stessa norma, tuttavia siamo di fronte a due rimedi da leggere nel momento applicativo ovverosia nel momento in cui si tutela il diritto e quindi nel processo.

L'azione di risoluzione presuppone una lesione di inadempimento grave, che non presuppone l'azione di esatto adempimento. L'azione di risoluzione e la sentenza poi eventualmente in accoglimento non sono azioni di condanna, perché una sentenza che risolve un contratto non condanna a nulla, ma semmai in via secondaria condannerà ad un provato risarcimento del danno, ma pregiudizialmente quel danno si poggia sulla preventiva sentenza che risolve un contratto. Dalla definitività di questo provvedimento, decorrano tutti gli effetti previsti dal codice civile (*ex tunc* ecc.). Non è una sentenza di condanna, ma si chiama **sentenza costitutiva**. È un modo di dire, non ha una ragione dogmatica profonda, ma un termine italiano che ci viene a dire che laddove la lesione di un inadempimento non sfocia nell'azione di condanna essa può dare luogo ad una diversa tipologia di azioni con un effetto completamente diverso: invalidare il contratto. È un'azione "estintiva", che trasforma il diritto leso della parte non inadempiente in un diritto diverso, perché se la sentenza risolve il contratto non sta tutelando il diritto di credito in quanto tale, ma la legge consente al contraente non inadempiente una valutazione economica: deve domandarsi se gli conviene tenere in piedi il contratto, sperando in una esecuzione tardiva più eventuali danni, o se risolvere questo contratto ed entrare in un altro contratto con altre parti che gli garantirebbero meno problemi. Una tutela indiretta del contratto è la concessione di ottenere dallo stato un provvedimento che risolve il contratto, perché ritenuto non più utile: la legge dà la possibilità di operare diversamente dal punto di vista della sua tutela, perché risolvere il contratto diventa la soluzione preferita. È una scelta più economica che giuridica.

Ciò detto, si può definire **azione costitutiva** in senso lato il diritto di agire per ottenere dal giudice una sentenza idonea *ex se* a **costituire, modificare o estinguere** rapporti giuridici fra privati **ex art. 2908 c.c.**

L'esercizio di questo diritto di ottenere dallo stato un provvedimento idoneo a interferire con i rapporti giuridici fra privati non è *ad libitum*, ma è previsto esclusivamente dalla legge - che configura parecchi diritti di ottenere dallo Stato questo provvedimento. Questo è comunemente chiamato **diritto potestativo**, il riconoscimento da parte della legge di esercitare un potere per il tramite del servizio giustizia perché la legge sconta che un soggetto privato abbia, in quella situazione, una posizione di preminenza rispetto un altro. La parte non inadempiente è in una situazione di preminenza proprio a causa dell'inadempimento dell'altra parte. L'art 2908 fa intendere che esiste un catalogo di azioni costitutive che i privati possono azionare a tutela della lesione di un diritto di credito mediante l'utilizzo di un altro diritto che la legge gli conferisce per tutelare in maniera ancora più forte il proprio diritto di credito quando pensa che vi siano i presupposti.

È possibile che il **contratto preliminare** (che non trasferisce diritti, ma crea obblighi) non venga **adempito**. Nel caso dell'articolo 2932, la parte non inadempiente può chiedere che il contratto venga reso produttivo di effetti dalla sentenza del giudice. Il 2932 è un'ipotesi di legge che concede al contraente non inadempiente di ottenere dallo Stato un provvedimento costitutivo del diritto di proprietà che non è riuscito a ottenere seguendo lo schema del principio consensualistico. Il concetto è esattamente questo: la legge concede al contraente non inadempiente il diritto potestativo di



chiedere allo Stato un provvedimento che sia sostitutivo dell'inefficienza del principio consensualistico.

La grande differenza tra il 1453 (risoluzione del contratto) ed il 2932 consiste che nel secondo caso l'azione costitutiva **non è elemento necessario**: io andrò dal giudice quando l'altra parte non presta il consenso, ma la via principale rimane il consenso.

L'azione di risoluzione ex 1453 invece è **necessaria**: per ottenere quell'effetto non si ha alcuna altra via. Non esiste la risoluzione consensuale del contratto e anche se esistesse non produrrebbe gli effetti di legge della risoluzione. In altri casi, come il 2932, l'azione costitutiva è un'opzione per ottenere quell'effetto: non è obbligatoria.

Altro esempio di sentenza costitutiva **necessaria** è la sentenza di divorzio o di fallito. L'esercizio da parte dell'attore di un diritto potestativo è una situazione di preminenza.

Azione di mero accertamento

L'**azione atipica** non prevista da una norma di legge ma costruita *case by case* da parte dell'attore. Il più delle volte l'azione non è costruita dalla legge: per lo più sarà diversa, quella così chiamata **azione di (mero) accertamento**, perché non ha bisogno né di un *dictum* condannatorio né di interferire con altri rapporti giuridici. Di queste azioni di mero accertamento, ve ne sono di eclatanti almeno un paio previste dal legislatore: **azione di nullità** ed **azione di simulazione di un contratto**. Stipulato un contratto fra Tizio e Caio, che prevede una serie di prestazioni, tuttavia o uno dei due contraenti o un terzo o il giudice rileva che ci siano gravi motivi di invalidità e nullità dello stesso contratto. Il contratto non è mai nullo fino a che un giudice non lo dichiari tale: quindi chi dice che un contratto è nullo? Il giudice. Un contratto produce effetti a meno che un giudice lo annulli, lo dichiari nullo, lo rescinda, lo risolva: anche qui non esiste la possibilità che due privati si accordino per dichiarare nullo un contratto. E si badi che un contratto nullo che circola nel mondo degli affari crea un affidamento nei terzi ed una situazione di apparenza che non è fine a sé stessa, ma che potenzialmente può pregiudicare lo stesso mercato in cui quel contratto è inserito.

Per queste motivazioni, parliamo di un'azione - quella di nullità - imprescrittibile, a tutela fortissima, legittimata anche dai non contraenti e consentendo a qualunque giudice venga a conoscenza di quel contratto, di rilevarlo d'ufficio e di dichiararla a prescindere da altre domande. È una lesione da apparenza di una situazione giuridica potenzialmente pregiudicante, pertanto questa situazione è preventivamente scontata nel 1418 e 1421: il rimedio che serve non è l'azione costitutiva o l'azione di condanna, ma è necessaria un'azione che, accertato il vizio, dichiari che quel contratto è nullo, non per ragioni processuali ma sostanziali. Identico è il discorso sulla **simulazione assoluta**. Azioni nelle quali il bisogno di tutela si esaurisce con l'eliminazione della fonte dell'apparenza giuridica. Non hanno bisogno di un momento esecutivo forzato, di estinguere o di creare alcunché.

Tuttavia, una situazione di incertezza o apparenza con sfumature diverse si può ipotizzare perfettamente anche per i diritti reali. Può essere violato in altro modo, ad esempio l'**art. 100 c.p.c.** è considerata una pre-norma perché dice che per iniziare un processo bisogna **avervi interesse**, comunemente chiamato interesse ad agire, da provare esplicitamente in questo tipo di azioni (quelle atipiche, che sono la stragrande maggioranza). Non in quelle tipiche perché lì la legge lo ha già provato.

Troviamo nuovamente una tripartizione in partenza, andando ad affrontare il processo della cognizione (struttura declaratoria della giurisdizione), come momento strutturale della giurisdizione civile; poi, la seconda forma strutturale della giurisdizione, attraverso l'azione esecutiva; il terzo momento, la tutela cautelare.

Queste forme fanno parte e si assommano per definire più ampiamente la struttura della giurisdizione che è il modo in cui il legislatore adempie a dotare l'ordinamento di una legge ordinaria che consenta di tutelare i nostri diritti in maniera effettiva e, oggi, efficiente.



TIPOLOGIE DI PROCESSO

Processo di cognizione

Affronteremo una parte molto concettuale breve, ma anche da subito un istituto importante quale la cosa giudicata, cioè la definitività del provvedimento.

Per **processo di cognizione** (termine latino, *cognitio*: conoscere) si intende quell'insieme di regole (407 per l'esattezza, contro le 130 per tutto il processo americano) destinate a conferire ai soggetti del processo, i cittadini e il giudice, una serie di poteri, diritti, oneri e sanzioni deputate tutte a far sì che una volta concretizzato il bisogno di tutela giuridica - almeno nella prospettiva di chi inizia il processo - l'astratta volontà di legge (la norma) sia concreta e cioè che effettivamente ci sia il bisogno concreto di attuarla. Quando viene violato un diritto soggettivo, per poterlo attuare in concreto, questo enorme complesso di regole servono a far sì che il giudice sostanzialmente **conosca** nel modo processuale i fatti rilevanti che hanno dato luogo al bisogno di tutela giuridica (l'inadempimento): cioè li ritenga esistenti, dimostrati, veri in buona sostanza, al punto che possa, con un suo provvedimento autoritativo *ex se* dopo averli conosciuti ed accertati come veri, dichiarare che esiste o non esiste il diritto vantato da chi agisce.

Ad esempio: prendiamo il caso classico del contratto inadempito. Può dare luogo sia ad un rimedio condannatorio, sia ad un rimedio di natura costitutiva o estintiva come la risoluzione. Su questo schema generale nell'ottica della responsabilità contrattuale, è sufficiente, per integrare come fatti costitutivi per ottenere la risoluzione, dimostrare di essere un contraente di un contratto valido e che sussiste l'inadempimento. Se il contraente non inadempiente produce il contratto e produce in giudizio i fatti dimostrativi che è scaduto il termine, il nostro attore ha permesso che entrassero i fatti per integrare, costituire o ottenere l'esatta esecuzione del contratto. Semmai sarà il contraente a dover difendersi, introducendo al giudice che l'inadempimento è stato dovuto per causa a lui non imputabile (bene deperito, fatti straordinari ecc.). Se la domanda fosse di risoluzione, spetterà ad entrambe le parti: l'una provare la gravità dell'inadempimento, l'altra di provare che questa inadempienza non è così grave. Bisogna iniziare l'analisi da una domanda:

Che cosa è un diritto soggettivo? È faticoso dare una risposta: in realtà è un qualcosa di predefinito da una norma che assegna un valore di protezione ai soggetti che sono titolari di una serie di fatti concreti. La definizione di diritto soggettivo si apprezza nel momento in cui viene lesa: e allora la vediamo nel processo come un qualcosa che dichiarerà un giudice nel momento in cui questo presunto diritto è violato.

Quindi, in realtà, il processo civile di cognizione è l'accertamento da parte del giudice, destinato alla declaratoria mediante sentenza, dell'esistenza o dell'inesistenza del diritto soggettivo nel momento in cui questo diritto viene contestato o violato. E si badi che questa *cognitio* non avviene sul diritto, ma sui **fatti meri, materiali, storici**.

La cognizione sono 400 norme destinate all'accertamento da parte del giudice dell'esistenza dei fatti che costituiscono il diritto soggettivo violato, ovvero l'inesistenza. Quindi, se è opinione giusta, comune e da scrivere in stampatello che l'oggetto del processo di cognizione civile italiano sono i diritti soggettivi, non confondiamoci che a fronte di questa icastica definizione, tutelare un diritto significa agire con un processo di 400 norme in cui l'attività del giudice è funzionale alla declaratoria di esistenza o meno di questo diritto, ma per il tramite della conoscenza o meno dei fatti materiali delle parti che costituiscono o meno il diritto.

Vi è una teoria secondo cui una delle grandi differenze fra i due sistemi sia data dal fatto che mentre i sistemi continentali europei mirano come detto al diritto soggettivo, i sistemi anglosassoni non conoscono i diritti in capo ai cittadini ma in realtà mirano attraverso il processo non solo a conoscere i fatti che sono accaduti ma semmai a dare il rimedio necessario per far sì che la situazione di fatto torni come prima o sia compensata dai danni (Fatti vs Rimedi). Questa dicotomia è assolutamente marginale dal punto di vista della concreta attuazione della giustizia.

Tuttavia, abbiamo un problema che è globale: dato un primo responso del giudice terzo sulla conoscenza e accertamento dei fatti costitutivi o meno del preteso diritto fatto valere da chi agisce, può l'ordinamento nelle sue varie fonti accontentarsi di un unico responso del giudice?

Parliamo di un qualcosa che tiene luogo e tiene conto della norma violata, come se da quel momento le parti debbano trarre i loro comportamenti non più dalla norma, ma dalla sentenza del giudice. In altre parole, la domanda è oziosa perché la risposta è no: nessun ordinamento che conosciamo al



mondo conosce una certa definitività della prima risposta di tutela data dal giudice, ma se da un lato la sostitutività implica la definitività di questo provvedimento (come la norma, non è discutibile), anche la sentenza del giudice non dovrebbe essere discutibile.

Quando una sentenza del giudice diventa definitiva tanto quanto lo è quando va in sostituzione? Qui una risposta potrebbe essere: quando non è più possibile il sindacato di legge in Cassazione. Questa sarebbe errata dal punto di vista normativo stretto, perché la Costituzione dà una indicazione molto precisa: non ci si può accontentare di un primo responso, ci si può accontentare di un unico responso se risulterà conforme a legge, e come? Se l'organo deputato a questo, la Cassazione, lo confermerà, o non verrà nemmeno attivato dalla parte c.d. *soccombente*. La costituzione ci disegna e ci da un principio che è globale, ma che nel contempo la Costituzione stessa ci disegna in modo precettivo. Ai fini della effettività della tutela giurisdizionale, la sostitutività necessita alla sua definitività: incontestabile da nessuno, *res iudicata*. Il problema è quando e perché gli ordinamenti ordinari disciplina in concreto le modalità di raggiungimento di questa definitività. Se il nostro ordinamento italiano non conoscesse gli articoli da 282 a 359 (norme storiche romanistiche in parte del **processo d'appello**) il nostro codice sarebbe costituzionale, legittimo, perché la Costituzione non impone un doppio grado di giudizio prima del controllo di legalità: ma volendo, anche in astratto, dopo l'unico responso.

Processo d'appello che c'è nell'ordinamento giuridico italiano (anche Roma Antica) da sempre, come in Francia, Germania (dove è potentissimo), Stati Uniti, Inghilterra. C'è ovunque, perché qui andiamo a capire come l'esigenza connaturata immanente di aspirare, il più velocemente possibile, ad una certezza del provvedimento, alla *res iudicata*, è l'aspirazione primaria di qualunque ordinamento civile. Prima della *res iudicata*, la parte che vince ha una tutela rimediata quindi non effettiva. Nel contempo, qualunque ordinamento ha subordinato l'aspirazione all'esigenza che la parte che perde possa avere garantita la possibilità di ottenere un riesame, un controllo e in ogni caso, una eventuale e finale valutazione di legalità da parte dell'organo gerarchicamente più importante. Dunque, nel bilanciare "aspirazione alla *res iudicata*" e "necessità di controllo della parte che perde" si gioca l'effettività del processo con specifico interesse sulla ragionevole durata.

Art. 324 c.p.c. – Cosa giudicata formale

Si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395.

L'articolo subordina la *res iudicata* al controllo di questi due mezzi, l'appello e il ricorso per cassazione, c.d. **mezzi impugnatori ordinari**. Poi aggiunge, né a revocazione: senza entrare nel merito, nonostante il raggiungimento della *res iudicata* perché la sentenza non è stata impugnata o se impugnata tramite i mezzi impugnatori ordinari questi non hanno dato esito diverso, la sentenza non è mai completamente definitiva: in limitatissimi casi, dal 395 è previsto che se anche a distanza di anni emerge, anche in altra sede, che un documento o una testimonianza, decisive ai fini della decisione della sentenza, sono false (penalmente), allora in quel caso l'ordinamento non consente che il prodotto del giudice, basatosi sulla sua cognizione dei casi, sia stato artefattamente modificato da una delle parti mediante la produzione del falso da una delle stesse. E non lo accetta al punto da sacrificare l'essenza della giustizia, la *res iudicata*, che viene travolta e rimessa in discussione.

Res iudicata

Art. 2909 c.c. – Cosa giudicata

L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato [324 c.p.c.] fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.

Esaminando la norma parola per parola, la sentenza passata in giudicato:

1. *Fa stato*
2. *Ad ogni effetto*
3. *Tra le parti (i loro eredi o)*
4. *Aventi causa*



Una volta che abbiamo capito come si arriva alla *res iudicata*, vanno valutati l'**oggetto** o i limiti oggettivi, i **soggetti** o limiti soggettivi e soprattutto i limiti **temporali**.

Dell'articolo 2909, quali sono le espressioni sulle quali bisogna fare riferimento per delineare quali sono i limiti oggettivi?

Ad esempio, io faccio un'azione di rivendica verso un soggetto che mi ha rubato il codice. Devo provare il mio titolo di proprietà. Provo con la fattura Egea. Il giudice la rigetta perché ritiene la fattura un documento fiscale che di per sé non è idoneo a provare il diritto di proprietà. Perdo la sentenza e passa in giudicato. Dopo un anno, ripropongo la stessa domanda e fondo la mia proprietà su una presunta usucapione, intercorsa e maturata prima dello spossessamento. Assunte le vesti dell'avvocato del convenuto, proviamo a difenderlo.

Ne bis in idem: l'accertamento **fa stato** vuol dire che impedisce che il provvedimento del giudice venga rimesso in giudicato da un altro processo. Io non appellando il primo processo, ho perso la possibilità di riproporre la stessa domanda sulle stesse parti. Fare stato, che è una terminologia antica, vuol dire sostanzialmente che non è più riattaccabile da un secondo processo: una volta che è chiusa una sentenza non va bene. Nella sua ovvietà, ecco la regola del *ne bis in idem*.

Prendiamo ora l'esempio di un contratto di durata: non mi forniscono più rame. Io instauro una controversia e ritengo addirittura che, per il mio *business*, non aver avuto la fornitura è pregiudicante al punto che in termini economici perdo tantissimo. Chiedo pertanto al giudice di risolvere il contratto, ma questi non lo risolve perché non ritiene grave l'inadempimento.

Le cose si aggiustano un po', vengono fornite le merci, ma dopo un anno succede la stessa cosa. Rifaccio causa e richiedo la risoluzione, aggiungendo peraltro che il fornitore è un recidivo!

Qui non ci si può appellare al *ne bis in idem*, perché i fatti sono diversi: la differenza risiede nel fatto che questo è un **contratto di durata** e non è stato risolto. Dopo un anno che le cose si stavano risistemando, vi è stata un'altra grave inadempimento. Attenzione su questo passaggio però: il fatto lesivo che mi provoca questa seconda lesione non ricade nel 2909 perché nasce in un momento temporalmente successivo! Dunque è pur vero che sono le stesse parti, che l'oggetto è identico, ma il momento lesivo è diverso. Se io faccio una causa di risoluzione per inadempimento e la perdo, successivamente NON mi sarà vietata per il *ne bis in idem* una causa di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta!

Il *ne bis in idem* si applica ogni qual volta non è in oggetto una prestazione fornita da un contratto di durata. L'oggetto, con le limitazioni temporali che ci siamo detti, tratta la stessa domanda già giudicata che non può essere fondata su un processo già passato in giudicato.

Il 2909, però, dice anche che fa stato ad ogni effetto. "*Ad ogni effetto*" è più importante del "fare stato". Il giudice riconosce la causa di risoluzione per inadempimento. Il nostro attore, che ha vinto la causa di risoluzione la cui sentenza è *res iudicata*, instaura successivamente una causa di danno. Assunte le vesti dell'avvocato dell'inadempiente, questi viene da noi e ci dice che quel giudice non ha capito niente circa la gravità e, lamentandosi del fatto che adesso gli chiedono anche i danni, decide di ritentare a provare che quell'inadempimento non era grave. Detto ciò, non si può sfruttare un *diritto dipendente per rimettere in discussione il pregiudiziale*. L'accertamento contenuto fa stato ad ogni effetto, cioè quel diritto non è più controvertibile. Il convenuto in danni non potrà più difendersi sull'inadempimento, ma soltanto sulla sussistenza o meno dei danni stessi.

Questo oggetto del giudicato, vale a dire la definitività dell'esistenza o meno del diritto, che vincola a quanto visto prima, costituisce sicuramente l'essenza minimale - o contenuto minimo essenziale - dell'oggetto della *res iudicata* (o come diremmo nel mondo anglosassone, *claim preclusion*). Tuttavia, il tema dell'oggetto, cioè su cosa incide questo provvedimento finale sostitutivo, ha come riflesso dello stesso oggetto un problema soggettivo, in quanto il giudicato è riferito a dei soggetti ben precisi, che vanno delineati. La norma racchiude tutto in un'unica disposizione, quasi a voler palesare sia il momento soggettivo che il momento oggettivo.

Lo spirito, il proposito del 2909 è di dire che l'accertamento fa stato ad ogni effetto **tra le parti, gli eredi e gli aventi causa**. La lettura mnemonica della norma è semplice, perché le parti a cui fa riferimento sono le parti del processo, Tizio e Caio (spesso non sono mai due, ma comunque sono le parti del processo), che a loro volta erano i soggetti titolari del diritto oggetto dell'accertamento, dal lato attivo e dal lato passivo. Il fatto che quell'accertamento viene fatto tra le parti e l'effetto sui diritti dipendenti vincola le parti del processo. Da un lato ciò può sembrare ovvio, ma da un lato



tecnico vi è una ragione costituzionale. Questo perché io, parte del processo, sono vincolato all'oggetto di quella *res iudicata* in quanto io ho potuto interloquire come attore o come convenuto **in quel processo**. Se l'oggetto del giudicato è nucleo effettivo e forse primario del diritto di azione, il **principio del contraddittorio** dell'art. 24 c.2 Cost. svolge un ruolo parimenti primario. E quindi, io sono vincolato alla *res iudicata* se perdo solo in quanto parte di quel processo o, quantomeno, messo nelle condizioni di esserne parte. La limitazione soggettiva delle parti riposa su un nucleo costituzionale ben preciso: è l'essenza del giusto processo.

Il 2909 parla di **eredi**, qui è semplice. Gli eredi succedono nella posizione delle parti, non in questo caso durante il processo. Il tema complicato verte sul perché vi sono dei casi nei quali la legge permette che la *res iudicata* manifesti il suo vincolo su soggetti che non sono stati parte di quel processo.

Un **avente causa** è un'acquirente di un diritto non meglio specificato da un alienante, il dante causa. Come riusciamo a scolpire l'efficacia soggettiva diretta della *ius iudicata* a un soggetto che non è stato parte del soggetto, ma che è definito dalla legge un avente causa? Immaginiamo un processo tra due parti, in cui io cerco di rivendicare all'altra un immobile. Lui, nella pendenza di questo processo, possiede l'immobile e credendo di essere proprietario, lo vende ad un terzo. Lo può fare! Il contratto è valido. Si pensi che chi vende non ha neanche l'obbligo di denunciare la vendita, sarà il notaio a controllare la trascrizione nel caso in cui sia stato fatto. Nel caso in cui l'attore vinca il processo e la sentenza passi in giudicato, chi ha comprato è un avente causa e quindi il 2909 si estende a chi ha comprato? NO!

Il 2909 presuppone che l'avente causa sia tale **dopo** la *res iudicata* e non prima. Gli aventi causa del 2909 sono tutti coloro i quali acquistano un diritto dopo la *res iudicata*. Per quanto riguarda la fattispecie degli aventi causa diventati tali durante in processo, questo caso è regolato dall'articolo 111 c.p.c., che arriverà a risultati simili, ma si fonda sui presupposti completamente diversi.

Ci sono dei **casi** previsti dalla legge, almeno due importanti, che prevedono per legge che l'accertamento fa stato non solo sulle parti e sugli aventi causa, ma **anche su terzi**. Un'estensione *ex lege* che fonda la sua *ratio* in un adeguamento delle regole processuali, o meglio del processo nella forma dell'accertamento, alla disciplina sostanziale di quella categoria di diritti.

Il primo caso è il **contratto di locazione**. Ipotizziamone uno fra due soggetti. Io sono il proprietario, redigiamo un contratto in cui è prevista la possibilità per clausola di sublocazione *in toto* o parziale dell'immobile. Lo schema voleva favorire la circolazione dei beni. Se l'altra parte non mi paga più, io ricorrono ad un processo contro il locatore e vincerò. L'accertamento intervenuto, però, farà stato anche contro i sublocatori. È vero che io non ho un rapporto diretto con questi, ma per legge, l'articolo 1585 prevede che le vicende che riguardano la locazione madre si riflettano automaticamente sulle sublocazioni. Potendo fare il processo solo nei confronti del primo, ottenendo la vittoria, la legge tutela la proprietà, consentendo di ottenere l'immobile totalmente libero, svincolato, anche dai sublocatori, che non hanno mai avuto un rapporto diretto con me, proprietario.

Lo stesso vale per le **obbligazioni solidali dal lato passivo**. Prendiamo due soggetti debitori solitari, uno ricchissimo e uno meno abbiente. Se non pagano, io, creditore, abdrò dal debitore più capiente. Ipotizziamo io perda la causa perché questi non è riconosciuto mio debitore. L'altro, essendo meno abbiente, non avrà il mega studio legale del primo e quindi decido di agire in giudizio contro di lui. Anche qui, vi è il *ne bis in idem*, nonostante sia terzo nel processo, perché è un giudicato a lui favorevole. Se il giudicato è favorevole nei confronti di un condebitore solidare, il *ne bis in idem* si estende anche all'altro condebitore. Ergo, nel caso in cui fosse sfavorevole, non si estenderebbe. Se non ci fosse l'art. 1306 che lo estende, il giudice della causa avrebbe dovuto rifare il processo. La legge, per tutelare i condebitori solidali ed evitare due giudicati diversi (uno in cui non si riconosce il soggetto x condebitore e uno in cui si riconosce il soggetto y condebitore) estende il *ne bis in idem*. E questo perché è più importante tutelare l'armonia delle decisioni e dare certezze al diritto.

La previsione del 2909, nella parte in cui si riferisce agli aventi causa, è superflua. Anche se non ci fosse, non vi è dubbio che sia ridondante (*nemo plus iuris*). Come detto, la previsione del 2909 non ha nulla a che vedere con gli aventi causa che diventano tali prima del raggiungimento della *res iudicata*.

La terza fenomenologia di portata applicativa del 2909 consiste nei **limiti temporali**. Il discorso è più complicato, perché non è assolutamente regolato da una norma, né del c.c. né del c.p.c., ma



rappresenta a livello di schematizzazione e creazione o interpretazione giudiziale uno degli aspetti di giustizia civile più importanti e significativi. Per parlare di ***durata del giudicato sostanziale nel tempo*** bisogna essere molto chiari nell'utilizzo delle parole: qui, parlare di *res iudicata* nel tempo, è implicito per definizione che si tratti di un epilogo plasmato rispetto a quello che le parti chiedono. In realtà, questa differenza strutturale del giudicato rispetto alla norma porta con sé un problema di durata nel tempo, che diversamente la norma non porta. Vale anche qui fare un duplice caso molto diverso l'uno dall'altro, ma il cui risultato fornisce la spiegazione logico-concettuale e la risoluzione del problema dell'efficacia nel tempo della *res iudicata*.

Nel primo esempio, supponiamo una classica azione di condanna al pagamento di una somma. Il convenuto si difende su varie linee e il processo arriva ad una fase in cui si chiude ogni possibilità di istruttoria e il giudice chiama a sé per deciderlo. Vi è *gap* temporale fra queste due fasi (*gap* che rimarrà nonostante i tentativi della riforma). Il nostro convenuto, che ha tentato di difendersi a più riprese, logorato dall'attesa, si arrangia per pagare questo debito e sfrutta questo *gap* per proporre un pagamento all'altra parte, facendosi rilasciare una sorta di transazione del pagamento, onde evitare una sentenza che lo condanni a quanto già fatto. In questo caso, dunque, le parti si accordano per una composizione bonaria *extra iudicium*. Tuttavia, quel processo pende e ad un certo punto il giudice, che non è notiziato del pagamento, arriva ad una decisione. Nonostante quello che è avvenuto fuori dal processo, il giudice condanna il convenuto a pagare la somma. Questa sentenza, quasi inosservata dal convenuto, passa in giudicato perché non viene impugnata e fornisce al creditore un titolo esecutivo per una somma. Il creditore aziona il titolo, in barba di quanto ha fatto e stabilito *extra iudicium*. Quel giudicato, nato legalmente, "nasce morto" nel senso che non potrà avere una sua efficacia nel tempo, perché quel prodotto volitivo del giudice si è basato legalmente su tutti i fatti costitutivi del diritto di credito azionato dall'attore che erano stati dedotti o temporaneamente deducibili da parte di tutti. Non avrebbe mai potuto prendere in considerazione dei fatti che non erano producibili nel giudizio. Quei fatti, storicamente intervenuti dopo la chiusura dell'istruttoria del processo, non potevano più essere introdotti. È consentito quindi al debitore, che deve evitare il doppio pagamento, di far valere il limite temporale. E lo elimina aspettando eventualmente che il creditore faccia valere il titolo esecutivo: in tal caso, il debitore si opporrà con uno strumento *ad hoc* del processo esecutivo. Porrà nel nulla gli effetti imperativi del giudicato, impedendo la doppia azionabilità.

Vi è un principio giurisprudenziale (che è quasi imperativo per quanto è seguito) per cui dal punto di vista temporale, l'efficacia del giudicato è subordinata al ***dedotto e deducibile***.

Da un lato il giudice deve emanare la *res iudicata* sulla base del materiale cognitorio alla sua attenzione ***dedotto*** nel processo e dall'altro sulla base di ***tutto quello che si sarebbe potuto dedurre*** (il c.d. deducibile), ma che per x ragioni, non è stato dedotto.

La *res iudicata* non dura nel tempo se nelle more del *gap* sono intervenuti fatti che contrastano con i fatti precedentemente dedotti ma che non erano deducibili. Se intervengono questi fatti sopravvenuti, in grado di fermare il convenuto precettivo, questo giudicato non dura nel tempo. Se questi fatti sono in contrasto con l'efficacia imperativa, questo giudicato tuttavia non ha forza imperativa nel tempo.

Passiamo al secondo esempio del c.d. *malaccorto attore*. Ipotizziamo che vent'anni fa ho dato a mutuo una somma a Tizio, che adesso gli chiedo in restituzione. Introduco una causa per avere la restituzione più interessi. "Malaccorto attore" perché, nel dire "20 anni fa", si presume che il debito sia prescritto. Ciò non impedisce di iniziare una causa. Il convenuto, consigliato dall'avvocato, nasconde tutto nel cassetto e non si presenta a processo, forte appunto della prescrizione. Dopo un anno, visto che vi è assenza del convenuto nel processo, questi viene condannato, perché il giudice, non avendo le difese, assegna la causa all'attore. In assenza della difesa, infatti, il giudice non può eccepire d'ufficio la prescrizione, disponibile solo dal convenuto.

In questo caso la sentenza è giusta e non si può appellare dicendo di essersi dimenticati di eccepire la prescrizione! Quel giudicato, che pur stride con la realtà materiale e condanna al pagamento di un debito, manterrà una sua efficacia imperativa nel tempo perché la prescrizione non è stata dedotta pure se era deducibile. Il giudicato viene privato di efficacia temporale solo dal non deducibile.

Per quanto riguarda i casi in cui cambi la legge applicabile, il giudice deve applicare le novità normative fino al momento in cui si pronuncia la sentenza. E nel caso in cui tale mutamento



normativo dia rilevanza a fatti diversi rispetto a quelli necessari per l'applicazione delle norme previgenti, è necessario che la causa **turni in istruttoria**. Per contro, se così non fosse, è sufficiente che il giudice solleciti, in fase decisoria, il contraddittorio tra le parti.

Processo esecutivo

Dopo la fase più importante del processo di cognizione (parte strutturale più importante e basilare), vi sono altre due forme strutturali di cui è opportuno fare un buon lineamento, fermo restando che per quanto riguarda la tutela cautelare più in là si approfondirà. Trattiamo ora l'**azione esecutiva**. Questo momento occupa 150 norme abbondanti del codice. Spesso queste norme sono sfruttate dei debitori, in qualità di azzecagarbugli, per dilazionare il più possibile il pagamento.

L'azione esecutiva ha come presupposto il fatto che la *res iudicata* sicuramente costituisce, se di condanna, il c.d. **titolo esecutivo**, il quale è materialmente rappresentato dalla sentenza. Il titolo esecutivo è quindi la certificazione ufficiale che conferisce il potere di intimare a Tizio il pagamento, in difetto del quale si continuerà per vie legali. Se questo tempo per pagare non è ottimizzato spontaneamente, il creditore può utilizzare l'azione esecutiva per recuperare quanto gli spetta. Si aprono due tipi di processo:

- a) **Espropriazione forzata**, che ha come riferimento la stragrande maggioranza delle sentenze, volta all'attuazione coattiva della sentenza di condanna al pagamento di una somma di denaro. È una tutela per equivalente: non realizza l'obbligazione primaria ma appresta a far conseguire un risultato dello stesso tenore dell'obbligazione primaria.
- b) **Esecuzione forzata in forma specifica**, che non ha per oggetto somme di denaro, ma in realtà domande di condanna su facere o dare di cose determinante e specifiche: *dictum* condannatori che non hanno ad oggetto beni fungibili come il denaro, ma prestazioni specifiche. Tende quindi a realizzare un obbligo primario.

Art. 2740 c.c. – Responsabilità patrimoniale

Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge.

Supponiamo che se non viene pagata una somma liquida sia anche e soprattutto perché non c'è denaro. Si agisce sul patrimonio, spesso diverso dal denaro e per lo più immobiliare. Su questo lineamento vediamo questi principi che governano l'azione di procedura civile. La trascrizione giocherà il suo peculiare ruolo di opponibilità a terzi, ma anche un ruolo prenotativo.

La legge attribuisce al c.d. **precetto** una particolare funzione: da notificarsi all'esecutando, rappresenta un'intimazione rivolta allo stesso di adempiere all'obbligo risultante dal titolo entro un termine non minore di *dieci giorni*.

Evasi questi giorni di intimazione a pagare, il creditore notificherà al debitore un atto di **pignoramento** (che può riguardare *cose mobili, immobili o crediti*). Questo non è solo un pezzo di carta, ma un atto giuridico che produce effetti importantissimi, perché vincola il bene pignorato o i beni pignorati al soddisfacimento del creditore pignorante, che dispone di una sentenza che lo riconosce come tale.

Una volta che il nostro debitore riceve il pignoramento sull'immobile decide di vendere l'immobile e si noti, può farlo. L'acquirente fiuta l'affare e quando vanno dal notaio si badi che questi non può non certificare che si vende un bene pignorato. Nonostante ciò, il bene viene venduto e il terzo acquirente diventa proprietario del bene.

La legge dice che l'atto di pignoramento, creando un vincolo del bene pignorato alla tutela del credito, pregiudica gli atti di disposizione del bene compiuti dopo il pignoramento, che sono validi *inter partes* ma inefficaci verso il creditore pignorante ed eventualmente anche agli altri creditori che si sono accodati.

Il creditore può comunque vendere l'immobile nei confronti del terzo proprietario, come se fosse ipotecato a suo favore. La legge non si preoccupa di bloccare la vendita del bene, la garanzia patrimoniale del 2740 c.c. si trasferisce verso l'acquirente. E si badi, tutto ciò a meno che la trascrizione del pignoramento non sia avvenuta o sia successiva all'atto di vendita a terzi: solo in questi due casi il creditore pignorante non potrà avvalersi sul bene di proprietà del terzo!

La forza dell'atto di pignoramento è datata dall'inefficacia relativa nei confronti dei creditori degli atti successivi al pignoramento, fatti salvi quelli precedenti alla trascrizione del pignoramento.



Quel bene verrà venduto all'asta, a meno che qualcuno non verrà a comprare spontaneamente l'immobile. Il ricavato va a coprire il debito e le spese processuali.

I pignoramenti riguardano per lo più i beni immobili, sebbene non sia sdegnato il pignoramento del conto corrente. Avevamo messo come esempio l'immobile perché rende bene l'idea dell'inefficacia relativa. Questo perché, se successivamente al pignoramento il debitore vende il bene, sappiamo che questo atto di disposizione è valido, perfettamente efficace: il terzo acquirente acquista il bene *a domino*. Tuttavia, quell'atto non è efficace nei confronti del creditore pignorante, che potrà aggredire forzatamente l'immobile eseguendo il pignoramento nei confronti dell'acquirente. La particolarità dell'oggetto sta nel c.d. *gioco delle trascrizioni*, quel regime di opponibilità a terzi. Possono darsi varie situazioni, dipenderà dal rapporto temporale tra la trascrizione del pignoramento e la trascrizione dell'atto di vendita a terzi. Questa tutela nei confronti del creditore vittorioso avverrà nel momento in cui sarà prioritaria nel tempo la trascrizione del pignoramento.

Se invece il regime temporale fosse invertito, è chiaro che vale la soluzione opposta e quindi quell'atto non è opponibile al creditore pignorante. Questa è la conclusione sostanziale del discorso precedente.

Passiamo al caso in cui un atto di disposizione di un bene immobile, oggetto della garanzia patrimoniale di ogni debitore, viene compiuto prima del pignoramento ma "in odore" dello stesso. C'è la sentenza di condanna in primo grado nei confronti di Tizio e Tizio sa che se non paga la cifra oggetto della sentenza, il creditore pignorerà. Da quando decoreranno tutte le tempistiche burocratiche per le notifiche passerà tanto tempo e il nostro debitore allora venderà sicuramente tutti i beni, prima dell'inizio dell'azione esecutiva. Da un lato c'è la trascrizione che lo salva, ma se così fosse ci sarebbe un buco nel sistema. Il legislatore ha previsto una tutela per così dire *a latere*: un'azione *ad hoc* per far dichiarare nullo l'atto di vendita di un bene posto a garanzia del patrimonio fatto presumibilmente in frode ai creditori.

Questa è l'**azione revocatoria** ordinaria (artt. 2901 e ss. c.c.), che sostanzialmente prevede la possibilità di agire giudizialmente per ottenere l'**inefficacia relativa** di quella vendita, superando il gioco delle trascrizioni e creando un sistema di pari passo valido. La difficoltà di questa tutela risiede nel fatto che, da un lato, è un'azione giudiziaria e quindi i tempi saranno lunghi, dall'altro è un po' un *onus probandi* molto difficile, in quanto spetta al creditore di dimostrare:

- 1) Il **consilium fraudis** del proprio debitore, che potrebbe essere anche presunto;
- 2) La **participatio fraudis del terzo**, cioè soprattutto dimostrare che il terzo acquirente non solo era a conoscenza della frode, ma addirittura vi ha volontariamente partecipato.

Visto l'infruttuoso esercizio, nell'ultimo periodo il legislatore civile ha cercato di agevolare questo esercizio, stabilendo con che gli atti di disposizione del bene compiuti nell'anno precedente al pignoramento, se a titolo gratuito, si intendono automaticamente revocati. È limitata all'atto donativo perché molte azioni revocatorie erano effettuate per donazioni. La giurisprudenza ha valutato applicabile la norma anche quando il valore della vendita sia nettamente e oggettivamente inferiore al valore del bene (*loft* sul corso di Reggio Calabria venduto a 5.000€).

L'azione esecutiva, in qualunque forma intrapresa, può essere **contestata** dal debitore. Queste danno origine alle c.d. **parentesi di cognizione nel processo esecutivo**, che originano autonomi processi di cognizione. E queste si possono suddividere in tre categorie:

- a) **Opposizione all'esecuzione**, volta a denunciare il diritto a procedere ad esecuzione forzata in sé, contesta l'*an* (il "se") dell'esecuzione stessa. Se azionata prima dell'inizio dell'esecuzione si definisce *opposizione a precetto* ed è rivolta ad un giudice per competenza. Invece, una volta iniziata l'esecuzione, l'opposizione si propone al giudice dell'esecuzione stessa;
- b) **Opposizione agli atti esecutivi**, con cui si denuncia il *quomodo* dell'esecuzione, ossia la regolarità formale dei singoli atti dell'esecuzione. Se anteriore all'inizio dell'esecuzione mira ad ogni irregolarità del titolo esecutivo e del precetto, se posteriore invece può essere proposta sia contro il titolo esecutivo ed il precetto sia contro la notificazione degli stessi, sia ancora contro i singoli atti di esecuzione;
- c) **Opposizione di terzo all'esecuzione**, volta a far valere i diritti del terzo sulle cose oggetto di esecuzione, qualora questi, non essendo parte del processo, pretende di avere la proprietà o altro



diritto reale sui beni pignorati. Si chiama tempestiva se è proposta prima che sia disposta l'assegnazione dei beni o tardiva se è proposta successivamente a tale data.

Processo cautelare

L'ultima tipologia strutturale di azione civile è la cosiddetta **azione cautelare**. Vi è un collegamento tra l'azione esecutiva e l'azione cautelare: tutto il discorso sull'azione esecutiva presuppone che nel momento della *res iudicata* (o anche solo nella sentenza di primo grado di condanna), il patrimonio del debitore, vuoi spontaneamente vuoi coattivamente, abbia almeno la cifra posta come debito. Abbiamo dato per scontato che il creditore possa affidarsi al patrimonio del proprio debitore senza riserve, con la certezza che questi risulti capiente nel momento in cui è chiamato a rispondere ai debiti. Attenzione però: quando notifico la domanda giudiziale, se già il debitore è nullatenente, rimarrà nullatenente! Qual è il vero problema che dà una vera dimensione di effettività della tutela?

Non basta l'azione esecutiva, bisogna far sì che la tutela sia idonea a far sì che l'azione sia fruttuosa, capiente e possibile in concreto. Da qui l'esigenza costituzionale per il creditore di cautelarsi da questa situazione: cautelarsi della capienza ora per allora del patrimonio del proprio debitore. Il fatto che il legislatore ordinario da sempre abbia nel proprio codice un apparato (anche corposo) di norme dedicate all'azione cautelare rende nota la dimensione del problema.

La vera grande **differenza** che sussiste è che qualunque creditore, a fronte dell'inadempimento del proprio debitore a pagare spontaneamente, può azionare l'azione esecutiva, senza altri veli, presupposti o profili. Non è così per l'azione cautelare: un creditore, che vuole iniziare un giudizio di condanna per eseguire quella sentenza, non può accompagnare quella sua azione da un'iniziativa cautelare volta a preservare l'integrità di quel patrimonio come crede: l'azione cautelare è **subordinata** a stretti **presupposti** di azionabilità che la rendono assai complessa da richiedere e soprattutto da veicolare con gli strumenti adeguati.

Prendiamo un primo esempio: in Consiglio di Amministrazione viene deliberata un'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore delegato, con tanto di revoca. La delibera dell'organo sociale porta l'amministratore delegato a fare una riflessione sul proprio patrimonio. Un mese dopo, quando l'azione non è ancora iniziata, un altro consigliere vede su *immobiliare.it* la vendita della villa semicentrale di Milano in cui era noto abitasse l'amministratore delegato. Si riuniscono i soci e chiedono cosa possono fare per evitare che il cespite patrimoniale più importante, che avrebbe garantito qualsiasi causa, venisse perso. Siamo come di fronte a nulla. L'esigenza dei soci consiste nell'avere un patrimonio in capo all'amministratore delegato, al fine di evitare che l'azione diventasse, una volta conclusa (seppur come già detto non era ancora stata attivata), infruttuosa. In altre parole, si vuole quindi conservare il bene, fin da quel momento.

Una decina di anni fa circa, il Tribunale di Milano autorizzò una misura cautelare a favore dei soci idonea a cristallizzare il patrimonio complessivo della villa da subito, prima ancora che iniziasse l'azione di responsabilità. Questa misura cautelare si chiama **sequestro conservativo**. Quello che interessa è che da questo caso, vero e ricorrente, emerge come in base a taluni presupposti, valutati da un Tribunale anche prima dell'inizio di un'iniziativa giudiziaria, si può (non è obbligatorio) concedere una misura **fortemente invasiva** nel patrimonio altrui, idonea a conservare lo *status quo* patrimoniale. In questo caso, peraltro, prima ancora che l'azione sia iniziata.

Questa tipologia di tutela non è usuale, proprio perché al fine di essere autorizzata dal Tribunale, deve rispondere a dei profili di accesso molto forti, che ne giustificano l'autorizzazione stessa. Il giudice valuterà due essenziali profili, la cui dimostrazione è rimessa a carico del creditore:

1) Il **fumus boni iuris**, primo su tutti, richiede che l'azione di responsabilità, ancora da promuoversi ma già delineata, sia molto plausibilmente fondata. È quindi la ricorrenza in concreto (prova dei creditori + ricorrenza del giudice) della plausibile fondatezza della domanda. Ciò non vuol dire che poi, chi l'ha proposta, vincerà, ma quanto meno che per come è stata prospettata, in quel momento, l'azione paia fondata.

2) Il **periculum in mora**, ossia il pericolo di danno giuridico che potrebbe derivare dal ritardo di un provvedimento giurisdizionale. Quanto detto infatti non basta: non è sufficiente che i soci, promuoventi l'azione di responsabilità, abbiano con ogni probabilità ragione, ma è parimenti necessario che la inevitabile - ragionevole o meno che sia - durata del processo, almeno fino alla sentenza di primo grado, sia tale per cui le garanzie patrimoniali del debitore, in virtù di quel comportamento, si depauperano sempre di più, al punto che l'inevitabile durata dell'azione, insieme



alla fondatezza plausibile della domanda, dia l'esito ad una scelta duale in funzione della quale o si blocca ora il patrimonio, o quel patrimonio non esisterà più.

Statisticamente, su dieci richieste di sequestro conservativo ne vengono accettate 2 o 3, a dimostrazione di quanto sia fortemente invasiva: i due profili devono **entrambi ricorrere** ed essere così positivamente dimostrati, al punto che il giudice possa autorizzare la cautela e sequestrare. Mettiamo che il debitore, invece di togliere l'annuncio, abbassi di un milione il prezzo, da 5 a 4. Nel momento del sequestro, non c'era la sentenza e questa inefficacia relativa verso il sequestrante, identica del pignoramento, si realizzerà in concreto quando i soci vinceranno la causa. Il sequestro si trasforma automaticamente in pignoramento e così il creditore sequestrante diventa pignorante e, come creditore sequestrante, se ha trascritto prima la domanda, potrà agire contro il terzo acquirente. Questa conversione **estingue il sequestro, che si trasforma in pignoramento**.

Secondo esempio: Un'azienda manifatturiera italiana mette in circolazione dei prodotti icona del marchio *Hermes*. Borse, foulard, sostanzialmente identici, di qualità sicuramente inferiore. Li vende a un ventesimo della cifra e invade il mercato, facendo pubblicità sui pannelloni della città, utilizzando un *brand* che non era *Hermes*, ma *Ermes* (senza H). Commercialmente non era un *dumping* serio, ma *Hermes* aveva bisogno che questo tabellonificio italiano di colpo venisse cancellato e non ci fosse più dall'oggi al domani. Lamentano un danno enorme. Serve un provvedimento del giudice che **inibisca** la produzione di beni e quant'altro. Ci vuole un provvedimento imminente, massimo il giorno dopo. L'esigenza di tutela non è di sequestro. È un cosiddetto non-provvedimento, per definizione atipico, contenitore neutro riempito caso per caso, volto a far terminare la situazione antiggiuridica che poi verrà accertata. Viene chiamato **provvedimento anticipatorio d'urgenza**, che si basa non solo su *fumus*, ma su una particolare gravità del *periculum* che la legge definisce **imminente** e soprattutto **irreparabile** (in senso giuridico data normalmente dalla protrazione nel tempo del fatto). Il provvedimento fu emanato: inibiva la commercializzazione e produzione dei prodotti, entro cinque giorni andavano tolte tutte le esternalizzazioni del *brand* a carico del convenuto (pubblicità *online*, tabelloni). E se l'azienda non avesse ottemperato, nel provvedimento si scriveva che per ogni giorno di ritardo, quel giudice assegnava una pena pecuniaria di 100.000€ al giorno, azionabile dal creditore fin dal giorno dopo. Dopo 4 mesi e mezzo, non era stato fatto niente. La legge prevede forme secondarie, come le multe.



PRINCIPIO DELLA DOMANDA

Art. 99 c.p.c. – Principio della domanda

Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente.

Ci concentriamo bene sul principio basilico fondamentale di ogni sistema giurisdizionale civile, il **principio della domanda**. L'articolo 99 del c.p.c. statuisce che *chi vuole fare valere un proprio diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente*. L'**iniziativa** giurisdizionale è quindi esclusivamente **demandata alla parte**, titolare del diritto che ritiene essere stato violato da un altro soggetto. Questa esclusiva in capo al privato di attivare la tutela significa che non è concesso dalla legge un'iniziativa giurisdizionale officiosa, cioè da parte dello stesso giudice. Può apparire scontata e quasi anche incomprensibile, ma fino a 10 anni fa era perfettamente lecito nei casi previsti dalla legge grazie ad un provvedimento introdotto con legge ordinaria e poi abrogato. Per capirci, il Tribunale di Milano poteva dichiarare fallito l'imprenditore x a prescindere dalla volontà dei creditori. Questo principio della domanda, doveroso per stimolare e attivare la tutela civile, è il riflesso di due grandi principi generali.

Il primo, in funzione del quale **tutti possono agire in giudizio** ai sensi dell'art. 24 Cost.: il potere, o meglio la facoltà di convenire Tizio in giudizio è una connotazione della disponibilità in capo a me del diritto che mi appartiene. A ciò va affiancato l'**art. 75 c.p.c.** che prevede che si abbia la capacità di compiere atti nel processo quando si ha il libero esercizio dei diritti che sono oggetto del processo stesso. È un chiaro richiamo alla **capacità d'agire**. Tutti hanno dunque il potere di proporre la domanda, eccetto gli incapaci di agire, in sostituzione dei quali tale potere spetta ai loro rappresentanti. Se un soggetto mi sottrae il codice, io posso decidere di non tutelare la mia proprietà, come posso decidere di farlo. Il diritto è mio, la disposizione del mio diritto la scelgo io. Il principio della domanda risponde ad un'esigenza costituzionale di imparzialità del giudice: null'altro è che l'esplicazione di un diritto che rende terzo e imparziale il giudice.

Prendiamo però per esempio il diritto di un socio di minoranza sotto il 5% di una società quotata. Previa valutazione di super individualità del diritto o indisponibilità di questo diritto, qui la legge italiana consente che venga attribuito, ad un soggetto diverso dal titolare del diritto, il potere di instaurare un'azione civile: il **pubblico ministero**. Viene utilizzata dunque l'istituzione del pubblico ministero, che promuove il 2409 in luogo del socio di minoranza non abilitato. E se anche il socio di minoranza fosse abilitato, ma decidesse di non attivare il 2409, la legge consente al pubblico ministero di sostituirsi. Così facendo il p.m. si affianca al privato nella proposizione della domanda, ma affiancandosi o sostituendo il privato, trasforma l'azione civile in azione officiosa e quindi deroga al principio della domanda oppure no? L'azione esercitata dal pubblico ministero è un esercizio officioso? È una deroga al principio della domanda o in realtà un'attuazione del principio laddove non può liberamente operare? Il principio è tendenzialmente attivato da chi è titolare ed è rinunciabile. Ci porterà a valutare una cosa in negativo rispetto al concetto dell'esercizio dei propri diritti. Piccoli casi importantissimi oggi esplosi dal conio dell'**azione di classe** o *class action*.

Condizioni dell'azione

Il rapporto processuale è costituito dalla sussistenza in concreto dei presupposti processuali: in assenza di uno di questi, il processo viene ugualmente introdotto, sebbene *irregolarmente*, con la conseguenza che il giudice non deve pronunciarsi sul merito della domanda, ma soltanto sul **rito**.

I presupposti processuali si contraddistinguono dalle **condizioni dell'azione**, riguardanti l'esistenza dell'azione in sé. Non riguardano solo quel processo, ma tutti i processi finché non muteranno le condizioni. Le condizioni sono due: **interesse ad agire** e **legittimazione ad agire**.

Interesse ad agire

Art. 100 c.p.c. – Interesse ad agire

Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse.

Si tratta di un interesse processuale, strumentale rispetto all'interesse sostanziale che è sotteso ai diritti soggettivi ed ha per oggetto un diverso bene, ossia la tutela giurisdizionale che può conseguirsi attraverso l'attività giurisdizionale. L'interesse ad agire risiede dunque nell'**affermazione** (o allegazione) dei fatti lesivi di un diritto, in relazione ai fatti costitutivi dello stesso.



Legittimazione ad agire

Per **legittimazione ad agire** (*legitimatio ad causam*) s'intende la titolarità del diritto fatto valere nel processo prospettata come mera affermazione di esso. Proponendo una domanda si ritiene, nel momento in cui la si propone, che il soggetto sia il titolare del diritto che sta facendo valere in giudizio. Agendo, l'importante è affermarsi titolare del diritto. La legittimazione ad agire, condizione per proporla, è sempre in chiave di mera affermazione. L'effettiva titolarità del diritto sarà riconosciuta nell'eventuale sentenza di vittoria. Sembra un sofisma (e direi che lo è), ma in realtà quanto detto sulla prospettazione ipotetica della titolarità del diritto, da un lato ci dice che io posso far valere in giudizio i diritti che affermo come miei e non di altri, dall'altro assegna al concetto di legittimazione un significato tipico dei sistemi di *civil law*. L'oggetto del processo è dato da un diritto che si intende contestato da un soggetto che lo ritiene di avere in capo. Nel sistema di *common* non ci sono diritti pre assegnati: lì il principio della domanda non richiede la legittimazione, ma la plausibilità del fatto antiggiuridico; non si chiede al giudice l'accertamento del diritto, ma un rimedio che tuteli da un determinato fatto antiggiuridico e che, in questo modo, configuri il diritto di proprietà (inversione del sistema, perché gli unici diritti sono i *fundamental rights* dati dalla loro costituzione).

Art. 81 c.p.c. – Sostituzione processuale

Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui.

Nei casi in cui invece questo succede, si tratta di **sostituzione processuale**. L'unico caso certo di sostituzione è l'**azione surrogatoria**.

C ha un credito verso B di 1000, B ha un credito verso A di 1000. B non riscuote, è inerte. La legge, per tutelare il credito di C, derogando al principio della legittimazione, consente di agire a C direttamente in capo ad A, per evitare manovre fraudolente tra B e A. C fa valere a nome proprio i diritti che B vanta verso A. Estingue il debito di B e contemporaneamente paga il credito verso C. È un processo con 3 parti, che riprenderemo più avanti. C agisce a nome suo facendo valere dichiaratamente i diritti di un altro. C'è un altro caso di sostituzione processuale ed è il caso dell'avente causa non *post rem iudicatam*.

In più, il professore consiglia di vedere il film "*Erin Brockovich - Forte come la verità*" per capire come funziona bene una *class action* (su IMDb ha un rating di 7.4/10, sintomo che è un buon film, ma onestamente al momento in cui scrivo non l'ho ancora visto).

Il concetto di sostituzione non è da confondere con la legittimazione all'azione di nullità, per definizione **allargata ai terzi!** Questo non è un sistema di sostituzione processuale, in quanto chi eccepisce la nullità di un contratto deve chiarare il proprio interesse nel farla valere e non agisce in nome (o facendo valere il diritto) di uno dei contraenti. Questa legittimazione straordinaria rispetta pur sempre il principio della domanda, ma concettualmente è più vicina alla legittimazione del pubblico ministero rispetto alla legittimazione delle parti. La legittimazione ad agire in chiave definitoria è l'affermazione della titolarità del diritto sul quale disputa, la cui titolarità definitiva sarà stabilita al termine del processo. Alla legittimazione straordinaria concessa ai terzi si assimila quella del pubblico ministero.

Rappresentanza nel processo

Non bisogna confondere il concetto di legittimazione ad agire con i fenomeni diversi di **rappresentanza** nel processo. Quando un soggetto fa valere in nome proprio ma per conto di un altro soggetto un diritto di quest'ultimo in questo caso il problema della titolarità sarà in capo al soggetto in nome del quale si agisce, non del soggetto agente. Vi sono tre casi di rappresentanza processuale:

Rappresentanza volontaria

La **rappresentanza volontaria** altro non è che agire processualmente in nome proprio ma per conto di un altro soggetto *in forza di una procura* fornita dal rappresentato al rappresentante.



Rappresentanza legale

La **rappresentanza legale**, per contro, non è volontaria, ma è *fornita dalla legge* in determinati casi, dal momento che alcuni soggetti non possono agire per conto proprio (i minori, gli interdetti, gli inabilitati); per questo motivo, la legge affida a determinati soggetti il compito di rappresentarli, anche processualmente. È una rappresentanza obbligatoria e la legge prevede tassativamente quando un soggetto deve farsi rappresentare da un altro soggetto, solitamente nominato dall'autorità giudiziaria.

Rappresentanza organica

Infine, la **rappresentanza organica** attiene alle *persone giuridiche*. Se la società A deve agire in giudizio, la sua profilazione di attore nel processo viene individuata in un soggetto che la rappresenta in giudizio. Questo soggetto è il rappresentante organico, perché la definizione del soggetto fisico che rappresenterà in giudizio la società deriverà da una deliberazione degli organi sociali, o può essere prevista nell'atto costitutivo o nello statuto.

Quando la società deve agire presenta il nome del proprio rappresentante, quando la società è convenuta si indicava l'amministratore delegato. Quest'ultima è una figura individuativa del soggetto persona fisica, che rappresenterà la società nel processo.



IL DOVERE DECISORIO DEL GIUDICE E I SUOI LIMITI

La proposizione della domanda impone l'espletazione di un dovere decisorio, cioè l'obbligo del giudice di provvedere sulla domanda. La definizione del potere decisorio è data dal binomio normativo fra art. 99 c.p.c. e art. 112 c.p.c.

Art. 112 c.p.c. – Corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato

Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti.

La **cognizione** è quell'attività del giudice di *verifica* dei fatti costitutivi della domanda, sulla base della quale sarà determinata la sua pronuncia.

Nonostante il nostro sistema sia essenzialmente formato da diritti predeterminati, in realtà nel processo il diritto viene plasmato, nel farlo valere, da una serie di fatti materiali *extra* giudiziali, statici o dinamici. Questi fatti materiali vengono riconosciuti in base al diritto. Per modellare l'obbligo del giudice di decidere, questi dovrà accertare come veri o come falsi questi fatti. L'onere di plasmare la domanda introducendo nel processo questi fatti sta in capo all'attore. Chi sceglie di agire per tutelare un proprio diritto, sceglie anche come agire.

Le **parti**, quindi, hanno l'**onere esclusivo** di determinare i fatti costitutivi della domanda. E queste devono modellare la base fattuale su cui sarà resa la decisione del giudice. Essendo l'onere di allegazione dei fatti esclusivo delle parti, è implicito che se anche il giudice, di suo, si dovesse accorgere che esistano fatti che dovrebbero orientare il suo dovere decisorio in un modo rispetto che in altro, questi non potrà mai di sua iniziativa introdurre questi fatti nel processo.

La base cognitiva del giudice per decidere è determinata solo dalle parti e il giudice non potrà mai modulare il suo potere decisorio su fatti non introdotti dalle parti.

Iura novit curia

Il giudice dovrà operare secondo lo schema del sillogismo. Dovrà sussumere dai fatti determinati dalle parti una decisione. Dalle premesse fattuali, ad una conclusione. Posto l'onere di allegazione esclusiva in capo alle parti dei fatti del processo e posto che il dovere decisorio è il sillogismo tra il fatto e il diritto, occorre farsi due domande. Il giudice è vincolato ai fatti introdotti dalle parti? Sì. E lo stesso giudice è vincolato alle *norme* richiamate dall'attore? NO! È il principio ***iura novit curia*** (brocardo che letteralmente si traduce con "*il giudice conosce le leggi*"), in funzione del quale **il giudice è soggetto soltanto alla legge**. Il giudice non può essere vincolato alle norme sulle quali le parti vogliono sussumere i fatti, perché sarà il giudice alla fine a scegliere le norme per adattare il sillogismo ai fatti. È questo in poche parole il principio *iura novit curia*. E questo dovere decisorio si compone di un sillogismo di accertamento dei fatti allegati solo dalle parti a norma di legge. Il giudice applicherà delle norme a quell'accertamento, e non ci si deve porre il problema se queste norme siano quelle richiamate dalle parti. Sono due principi costituzionali, sia l'onere esclusivo di allegazione dei fatti in capo alle parti, sia il principio *iura novit curia*.

Passiamo ad un esempio pratico: il comodante non riesce a riottenere un bene dato in comodato e agisce in giudizio *ex comodatu*, chiedendo la restituzione del bene al comodatario, allegando le dovute prove. Chiede dunque al giudice di condannare il comodatario alla restituzione del bene, sulla base delle norme del comodato. Ciò detto, il convenuto si difende affermando che il rapporto intervenuto tra le parti non era un comodato, bensì un deposito. Ed in effetti, dai fatti del processo emerge che era un deposito, non un comodato. Il giudice, sulla base dei fatti e delle prove, respinge la richiesta dell'attore, classificando quel contratto proprio come deposito. Questo esempio chiarisce il principio *iura novit curia* e certifica l'importanza del giudice. Il problema che potrebbe porre il principio *iura novit curia* è quello del giusto processo. Prima ci si domandava se il giudice dovesse o meno consentire alle parti un contraddittorio sulle norme che intende applicare. È stato pertanto modificato il 101 c.p.c., ed è stato stabilito l'obbligo in capo al giudice di consentire il contraddittorio su questioni rilevate d'ufficio; e si badi che qualora non lo facesse, questi violerebbe il principio del giusto processo, principio di rango necessariamente costituzionale.



Altro esempio: viene richiesta la risoluzione per inadempimento di un contratto, ma il giudice ritiene che il contratto in realtà non si sia concluso. Ciononostante, la domanda dell'attore viene accolta, perché il giudice ritiene che vi sia stata responsabilità precontrattuale che abbia causato un danno. Il giudice qui ha **riqualificato la fattispecie** e si badi che non potrebbe farlo. Questo scorretto esercizio del principio *iura novit curia* è un vizio del 112 c.p.c., in quanto il giudice non pronuncia su tutta la domanda o oltre i limiti della stessa. Quando il giudice eccede quanto richiesto dalla domanda, sconfinava in un vizio del 112 c.p.c.

Ma quando il giudice erra, vuoi perché non pronuncia su tutta la domanda, vuoi perché pronuncia fuori dai limiti di essa? La portata concettuale applicativa rimane fissata *in negativo*. Tutta la giurisprudenza spiega questa norma proprio da questa prospettiva. Vedremo tre momenti o ipotesi di sentenza del giudice resa in violazione dell'articolo 112 c.p.c.:

1. **Extrapetizione**
2. **Ultrapetizione**
3. **Omessa (parziale) pronuncia**

Extrapetizione

L'**extrapetizione** è la situazione in cui più ci si avvicina al concetto di *iura novit curia*. Per extrapetizione si intende la situazione in cui il giudice erra nell'espletazione ogni qual volta, nel pronunciarsi sulla domanda proposta, attribuisce alla parte che vince un effetto **qualitativamente** diverso da quello domandato e postulato dall'attore. È un'applicazione del principio della domanda sul piano del processo. Il giudice è vincolato a pronunciarsi nei limiti della domanda. Può anche succedere che questi, pur accogliendo la domanda dell'attore e quindi riconoscendo la violazione sottostante, attribuisca all'attore un effetto *qualitativamente diverso* da quello postulato dal medesimo, attribuendogli un'utilità assolutamente diversa da quella che l'attore aveva chiesto con la propria domanda. Questo succede quando il giudice, *iura novit curia*, qualifica alla fattispecie una norma giuridica diversa, che tuttavia comporta con sé il mutamento vero e proprio da parte del giudice dalla domanda stessa. In parole semplici, cambia la domanda e pensa di poterlo fare perché lo qualifica diversamente. Solo che nello stretto esempio di *iura novit curia* precedentemente fatto, lì probabilmente la differenza fra comodato e deposito non è configurata dalla giurisprudenza come mutamento officioso della domanda, perché il rimedio è sempre lo stesso. Dove invece il giudice pensando di applicare il principio di *iura novit curia* erra e così facendo sconfinava nella violazione del 112, allora la sentenza così resa è in violazione di questa norma.

Esempio 1. Il legatario propone la domanda di consegna di un bene e il giudice la accoglie, qualificando il legatario come erede. Questa sentenza è una sentenza che nella sostanza produce lo stesso effetto, ma in realtà è un mutamento officioso della domanda. Si pensi all'erede, che ha un suo *status* per definizione che parimenti per definizione non ha il legatario. Questo è un caso classico di sentenza resa in violazione come *extrapetizione*.

Esempio 2. La domanda di risarcimento del danno proposta *ex contractu*, financo scollegata da un adempimento. Il giudice accoglie la domanda a titolo di responsabilità precontrattuale per malafede nelle trattative. Da un punto di vista quantitativo, l'attore ha comunque ricevuto una somma dalla sentenza, solo che l'ha ricevuta dopo che il giudice ha di sua iniziativa cambiato il titolo della domanda, passando dalla responsabilità contrattuale alla responsabilità precontrattuale.

Il titolo della domanda è molto diverso per due ragioni evidenti: gli oneri probatori di un'azione aquilana e gli oneri probatori di un'azione *ex contractu* sono gli opposti (nella prima l'onere sta in capo all'attore, mentre nella responsabilità di contratto grava per lo più sull'altra parte, che si deve sottrarre per causa a lui non imputabile). In realtà pensandoci bene cambiano anche i criteri di liquidazione del danno, salvo la via equitativa in cui è lui stesso che fornisce una somma ritenuta ragionevole. Un conto è liquidare un danno con un contratto, un conto è liquidare un danno senza alcun contratto, basandosi solo sul futuro. Qui è violato esso stesso il principio della domanda perché è come se il giudice avesse riformulato la domanda dell'attore e vi abbia deciso da solo su (ha violato quindi anche l'art. 99 c.p.c. di terzietà del giudice). In questo caso, per non sanzionare il giudice con responsabilità civile, si conia questo vizio del 112 con *extrapetizione*.



Ultrapetizione

Nell'**ultrapetizione** non si è rispettato il limite **quantitativo** della domanda.

L'esempio è di per sé chiarificatore: si ipotizzi un TFR erogato erroneamente ad un soggetto che in realtà aveva maturato 4 volte la somma erogata. Fin qui tutto naturale, se non fosse che il soggetto che fa causa all'INPS ha chiesto di ricevere 4 volte la somma ma non ha chiesto gli interessi. Però, la sentenza di Appello riconosce la somma e aggiunge gli interessi. La controparte è un Ente Pubblico, *ergo* non può negoziare. Quella sentenza che riconosce 100 di somma + 10 di interessi è una classica sentenza che eccede il limite quantitativo. Non chiedendo gli interessi è come se chi propone la domanda vi abbia rinunciato. In questo caso, realmente accaduto, la Cassazione ci ha messo pochissimo a cassare la sentenza per ultrapetizione.

Omessa pronuncia

Potevamo usare lo stesso caso per capire l'**omessa (parziale) pronuncia**. Si tende a sottolineare la locuzione "parziale" perché l'omessa totale pronuncia non può logicamente esistere.

Esempio 1. Un dirigente ha chiesto capitale e interessi e la sentenza non ha pronunciato sugli interessi. Questa sentenza per quanto giusta è una sentenza invalida perché è resa in violazione del 112 nel limite quantitativo della domanda, ma *rovesciato* rispetto all'ultrapetizione. Non è però solo un problema di *quantum*.

Esempio 2. L'attore chiede l'annullamento del contratto per dolo e alternativamente chiede la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta e un accertamento di un eventuale vizio di nullità del contratto medesimo. Problema di pluralità di domande: è possibile che il giudice si pronunci su una sola. Si deve capire se, a fronte di questa pronuncia del giudice, si è di fronte ad una omessa parziale pronuncia o ad una pronuncia lecita e valida, senza incorrere nel vizio dell'art. 112. Menzione *ad hoc* sul vizio di omessa pronuncia parziale: capitale + interessi, pronuncia solo sul capitale e non su interessi. La sentenza passa in giudicato e l'altra parte richiede gli interessi. Non c'è la pronuncia sugli interessi quindi non c'è il *ne bis in idem*. L'assenza consente di richiedere gli interessi invece di impugnarla. Se si fa in appello, si ha un grado di giudizio solo, mentre se fa di nuovo la domanda avrà due gradi.

Impugnazione

Cenno su cosa succede a fronte di queste sentenze tutte rese in violazione del 112. Per far valere questo vizio si deve **impugnare** la sentenza. Trattandosi di una impugnazione di una sentenza nulla, il discorso lo riprenderemo quando parleremo di ciò.



I PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE

Articolo 131 c.p.c. comma 1 e 2 – Forma dei provvedimenti in generale

La legge prescrive in quali casi il giudice pronuncia sentenza, ordinanza o decreto.

In mancanza di tali prescrizioni, i provvedimenti sono dati in qualsiasi forma idonea al raggiungimento del loro scopo.

Di regola, la forma della sentenza è prescritta per i provvedimenti che assolvono alla funzione tipica decisoria, sul rito o sul merito del giudizio. Le forme dell'ordinanza e del decreto, per contro, sono previste per i provvedimenti con funzione ordinatoria interna al processo: l'ordinanza, a differenza del decreto, presuppone l'instaurazione di un contraddittorio tra le parti.

La regola non è priva di eccezioni: vi sono casi in cui la legge impone la forma dell'ordinanza o del decreto per provvedimenti a carattere decisorio, come nell'ordinanza di pagamento delle somme contestate.

Sentenza

La **sentenza** è il provvedimento con il quale il giudice assolve alla funzione decisoria e rappresenta la massima espressione della funzione giurisdizionale, per l'imperatività delle situazioni in essa contenute e la stabilità degli effetti, dopo la formazione del giudicato.

Con riferimento al contenuto, si differenzia:

1. **Sentenza di rito** (o di *contenuto puramente processuale*) quando accerta la mancanza di un presupposto processuale o di una condizione dell'azione con conseguente impossibilità per il giudice di pronunciarsi sul merito della causa;

2. **Sentenza di merito** quando accoglie, in tutto o in parte, la domanda, accertandone il fondamento, o la respinge, in tutto o in parte, ritenendola infondata. A sua volta, grazie al frutto della dottrina è nata un'ulteriore distinzione fra le sentenze di merito nella prospettiva *funzionale*:

- *Di mero accertamento o dichiarativa*: accerta l'esistenza o meno di un diritto, senza creare, modificare o estinguere una situazione giuridica;
- *Di condanna*: non solo accerta l'esistenza o la lesione del diritto fatto valere, ma ne dispone ulteriore tutela mediante esecuzione forzata, acquisendo efficacia esecutiva e integrando un titolo idoneo all'iscrizione di ipoteca giudiziale sui beni del debitore;
- *Costitutiva*: verificata la sussistenza di un diritto ad una modificazione giuridica, ne attua la tutela in forma diretta o specifica, costituendo, modificando o estinguendo un rapporto giuridico sostanziale.

Ciò detto, esistono altre forme di statuizione decisoria, che possono essere eventualmente contenute nella sentenza di merito. A riguardo si suole distinguere tra sentenza:

- *Condizionata o condizionale*: l'efficacia della decisione è subordinata al verificarsi di un determinato evento futuro ed incerto o alla scadenza di un termine prestabilito o ad una controprestazione specifica (che non richieda ulteriori accertamenti in sede cognitiva);
- *Di condanna in futuro*: la condanna viene pronunciata "in anticipo" rispetto al verificarsi della violazione e diventa efficace solo nel caso in cui tale violazione si verifichi;
- *Di condanna con riserva delle eccezioni*: la condanna viene pronunciata senza esaminare le eccezioni proposte dal convenuto, nei cui confronti, peraltro, il contraddittorio è stato correttamente instaurato. Il giudice, conosciuti solo i fatti, emette un provvedimento giurisdizionale di merito immediatamente esecutivo, rinviando ad una fase processuale successiva la cognizione in ordine alle eccezioni del convenuto. Qui, l'efficacia è risolutivamente condizionata all'accoglimento delle eccezioni.

Una sentenza si dice **definitiva** quando la sentenza assolve interamente a tale sua funzione e l'organo giudicante, nel pronunciarla, conclude o definisce il giudizio. Ai sensi dell'articolo 279 c.p.c., ciò accade quando il giudice:

- 1) Decide e risolve in senso affermativo, riconoscendola fondata, una questione di giurisdizione;
- 2) Decide e risolve in senso affermativo, ritenendole fondate, questioni pregiudiziali attinenti al processo (ad esempio dichiara la nullità dell'atto di citazione);



- 3) Decide e risolve in senso affermativo una questione preliminare di merito (ad esempio dichiara prescritto un diritto);
- 4) Decide nel merito l'intera causa, accertando la fondatezza o non di tutte le domande e le eccezioni proposte.

Viceversa, la sentenza è **non definitiva** quando non chiude definitivamente il giudizio dinanzi al giudice adito, ovvero quando:

- 1) Decidendo e risolvendo in senso negativo una questione di giurisdizione o una questione pregiudiziale attinente al processo o una questione preliminare di merito, dispone per la prosecuzione del giudizio e impartisce provvedimenti all'uopo necessari alla ulteriore prosecuzione del giudizio;
- 2) Nelle ipotesi previste dalla legge, decide soltanto alcune delle domande proposte o delle cause riunite, disponendo, per le altre, l'ulteriore trattazione della causa nel merito.

Per le sole sentenze *non definitive* è prevista la possibilità della impugnazione differita. Per quanto riguarda i requisiti di forma e contenuto propri della sentenza, questa deve avere, oltre all'intestazione "*Repubblica Italiana*" e pronunciata "in nome del popolo italiano", i seguenti requisiti:

- a) Indicazione del giudice che l'ha pronunciata;
- b) Indicazione delle parti e dei relativi difensori;
- c) Le conclusioni del pubblico ministero e quelle delle parti;
- d) La motivazione, ossia la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione;
- e) Il dispositivo, la data della deliberazione e la sottoscrizione del giudice.

La pubblicazione della sentenza, attraverso il deposito della stessa presso la cancelleria del giudice che l'ha pronunciata, è l'atto attraverso il quale la sentenza stessa viene ad esistere ed acquista la sua **efficacia autoritativa di dictum** del giudice e l'idoneità a diventare immutabile se non viene fatta oggetto di impugnazione.

Ordinanza

L'**ordinanza** è il provvedimento che assolve alla *funzione* tipicamente *ordinatoria* del processo: regolarne l'iter procedimentale, risolvendo, per lo più in via provvisoria, le questioni che possono insorgere tra le parti. Presuppone l'instaurazione del contraddittorio fra le parti e deve essere succintamente motivata.

Art. 177 c.p.c. – Effetti e revoca delle ordinanze

Le ordinanze, comunque motivate, non possono mai pregiudicare la decisione della causa.

Salvo quanto disposto dal seguente comma, le ordinanze possono essere sempre modificate o revocate dal giudice che le ha pronunciate.

Non sono modificabili né revocabili dal giudice che le ha pronunciate:

- 1) *le ordinanze pronunciate sull'accordo delle parti, in materia della quale queste possono disporre; esse sono tuttavia revocabili dal giudice istruttore o dal collegio, quando vi sia l'accordo di tutte le parti;*
- 2) *le ordinanze dichiarate espressamente non impugnabili dalla legge;*
- 3) *le ordinanze per le quali la legge predisponga uno speciale mezzo di reclamo;*

Art. 134 c.p.c. – Forma, contenuto e comunicazione dell'ordinanza

L'ordinanza è succintamente motivata. Se è pronunciata in udienza, è inserita nel processo verbale; se è pronunciata fuori dell'udienza, è scritta in calce al processo verbale oppure in foglio separato, munito della data e della sottoscrizione del giudice o, quando questo è collegiale, del presidente.

Il cancelliere comunica alle parti l'ordinanza pronunciata fuori dell'udienza, salvo che la legge ne prescriva la notificazione.

Decreto

Di norma, il **decreto** è pronunciato *inaudita altera parte* e cioè in assenza del contraddittorio tra le parti. Anche il decreto assolve ad una funzione interna al processo, ma non sempre *ordinatoria*: nel procedimento contenzioso, il decreto può infatti svolgere anche funzione cautelare o decisoria.



Seppur l'articolo 135 disponga che il decreto non è motivato, salvo che la motivazione sia espressamente richiesta dalla legge, la norma va letta in combinato disposto con l'articolo 111 della Costituzione secondo cui tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati: nella prassi infatti è sempre, sia pure sommariamente, motivato.

Art. 135 c.p.c. – Forma e contenuto del decreto

Il decreto è pronunciato d'ufficio o su istanza anche verbale della parte.

Se è pronunciato su ricorso, è scritto in calce al medesimo.

Quando l'istanza è proposta verbalmente, se ne redige processo verbale e il decreto è inserito nello stesso.

Il decreto non è motivato, salvo che la motivazione sia prescritta espressamente dalla legge; è datato ed è sottoscritto dal giudice o, quando questo è collegiale, dal presidente.



LA PROVA CIVILE

Introduzione delle prove

Finito il dovere decisorio e quindi il principio della domanda dal punto di vista del giudice, passiamo alla **introduzione** e **valutazione** delle **prove** dei fatti. Gli articoli in esame sono il 115 ed il 116: non verranno modificati dalla riforma e così iniziamo ad approfondire alcune deviazioni del principio della domanda, che subisce qualche modificazione.

Art. 115 c.p.c. – Disposizione delle prove

Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita.

Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.

Ci occupiamo di come gli strumenti o i mezzi probatori sono **introdotti** nel processo: è il c.d. *fact gathering*. La domanda dell'attore e l'introduzione dei fatti costitutivi della domanda dell'attore è un onere esclusivo in capo alle parti. Vi è, come già visto, un divieto assoluto di scienza privata. Per quanto riguarda il momento successivo del momento della cognizione, il principio generale del 115 viene denominato **dispositivo** (quindi di parte) **attenuato**. Lo stesso art. 115 statuisce che il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti, salvo che la legge ponga diversamente. E la legge, per l'appunto, interviene, fornendo al giudice un **potere istruttorio officioso** a tutela della migliore soluzione possibile del caso concreto. L'articolo 115 riflette il principio della domanda, mantenendo un onere tendenziale dei fatti delle prove tranne che ricorra la situazione per cui il giudice possa ricorrere ai suoi mezzi istruttori. L'esigenza di questa norma deriva dal fatto che, dietro l'ordinamento, risiede la visione della giustizia da parte dello Stato. Che cosa è una sentenza giusta e che cosa è una sentenza ingiusta? Che cosa è una sentenza vera e cosa è una sentenza processualmente vera? Il giudice deve avere la possibilità di decidere il più possibile senza troppo scollamento tra la **verità processuale** e la **verità materiale**. Questo concetto, massimo nel penale, esiste anche nel civile; muove dall'idea di dotare il giudice di strumenti probatori officiosi, vale a dire dare uno strumento per rimuovere lo scarto fra verità processuale e materiale. Il nostro sistema fornisce alcuni poteri al giudice che, se bene esercitati, funzionano come l'*adversary*. In questo, cercando di avvicinare il possibile scarto tra la verità materiale e la verità processuale, molte controversie non riuscirebbero ad essere decise in maniera naturale. Il nostro processo civile è un processo liberale, delle parti, governato dalle parti, che decidono se e come introdurlo e financo come provarlo. Ma nel *come* provarlo vi è un limite, dato dal fatto che al giudice vengono comunque consentiti alcuni poteri officiosi. Il fatto che una sentenza sia giusta non deriva solo dalla coincidenza tra verità materiale e verità processuale, ma anche dal far acquisire a quella sentenza la **certezza**, dove per certezza si indica il riflesso del rispetto delle regole del processo, uguale per tutti. E la certezza si considera *ex ante* e non *ex post*.

Passiamo ora ad un caso che esplica l'ultima parte del 115: si ipotizzi una causa di danni, iniziata perché la macchina di un soggetto è stata investita da un'altra, che passava col rosso. L'altra parte si difende dicendo di non aver visto il semaforo, ma non contesta di essere passata con il rosso. Non c'erano telecamere, ma c'è un teste. Per il giudice, il teste non è attendibile, perché questi è la moglie del danneggiato, non presente sul veicolo, ma che si trovava sull'incrocio. Nonostante ciò, condanna comunque il danneggiante, dichiarando che non risulta contestato in giudizio il comportamento del danneggiante e pertanto ritiene il fatto vero. Questo *comportamento omissivo* del convenuto, su fatti specifici del diritto attoreo, è stato stigmatizzato come una fonte di prova. Questo comportamento omissivo può consentire al giudice di ritenere vero il fatto non specificamente contestato, al tal punto da basarci addirittura l'intera sentenza. Tuttavia, il giudice può anche non ritenere l'omissione come prova. Questo è il **principio di non contestazione dei fatti**. Il secondo comma del 115 afferma: "il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza".

Sono i c.d. **fatti notori**: quindici giorni dopo l'ufficialità della pandemia, i Tribunali italiani si sono ritrovati sovraccaricati da una serie di processi per la risoluzione di contratti per eccessiva onerosità



sopravvenuta. Il blocco economico aveva reso eccessivamente onerosi alcuni contratti. In questo caso, l'attore non si premura di introdurre il fatto "pandemia" nel giudizio. Il giudice fa una sentenza che accoglie la domanda di eccessiva onerosità sopravvenuta, dicendo che la ragione dell'eccessiva onerosità sopravvenuta era il *lockdown* industriale. Ma anche se la parte non ha allegato il *lockdown* industriale, il fatto rientra nella comune esperienza, essendo appunto notorio.

Origine delle prove

Per arrivare alla valutazione è utile far precedere la spiegazione sui criteri di valutazione da un'altra che non è nella legge. Si ricava dal sistema del codice la differenza tra prove c.d. **precostituite** e prove c.d. **costituende**. La distinzione vuole porre in risalto una differente modalità di confezionamento del mezzo di prova (a prescindere che sia introdotto dal giudice o dalla parte) tra uno strumento destinato a dare una prova di fatto, che è costituito prima dell'inizio del processo, rispetto ad un modo probatorio che si forma in occasione del processo stesso.

Per **prove precostituite** intendiamo tutto il campo della c.d. **prova documentale**, vale a dire ad esempio l'atto pubblico o la scrittura privata, vuoi che oggi sia cartacea o equivalentemente digitale. È precostituita perché, seppur introdotta nel processo in via di strumento probatorio, nasce fuori e prima dello stesso, non con una funzione direttamente probatoria, ma piuttosto con la funzione di racchiudere in una determinata forma una dichiarazione di volontà (o negoziale). E questo a prescindere che possa sorgere un processo. Diventano però probatorie allorché le stesse dichiarazioni diventino oggetto di controversia nel processo, come nei casi in esame.

Diversamente, le **prove costituende** sono in realtà strumenti probatori che nascono in occasione e solo per effetto di una lite pendente su un particolare oggetto di accertamento, dato da quei fatti, introdotti dalle parti. Se la scrittura privata per vendita di immobile nasce come documento forma, diventerà poi un *main component* nel processo se si discuterà di nullità di tale contratto. La prova costituenda, per contro, si **origina durante il processo**. Ad esempio, il testimone che ha visto Tizio passare col rosso: la sua testimonianza eventuale nel processo nasce nel momento in cui ci sarà il processo e non prima (si badi come non avrebbe senso una testimonianza prima del processo). Sostanzialmente è l'occasione per le parti di dimostrare nel processo, con mezzi di prova che la legge configura funzionali al processo, l'esistenza o meno di determinati fatti.

Valutazione delle prove

La *predominanza* del sistema probatorio è data dalla prova precostituita. La testimonianza dal punto di vista valutativo ha meno rilevanza.

Art. 116 – Valutazione delle prove

Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti.

Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo.

La prima è una disposizione di partenza: consegna al giudice quello che in realtà ciascun processo civile nel mondo consegna allo stesso: un **elemento di discrezionalità tecnica**. Il discorso dell'eccessiva discrezionalità è un discorso per lo più strumentale e scritto, oserei dire, da chi non approfondisce i temi comparatistici. Non esiste *alcun* sistema che conferisce ampia discrezionalità ai giudici: le impugnazioni esistono proprio al fine di contrastarne l'operato. Detto ciò, per la locuzione "salvo che la legge disponga altrimenti" s'intende che, se la legge non attribuisce tassativamente al singolo mezzo di prova X un criterio valutativo predeterminato, il giudice può valutare la risultanza probatoria (c.d. *evidence*) come crede secondo il suo prudente apprezzamento.

E qui nella 116 emerge una *terza dicotomia*, che è data dalle **prove libere** e dalle **prove legali**. Il 116, in questa formulazione un po' al contrario, statuisce sostanzialmente che quando si arriverà al momento valutativo, dei due criteri essenziali che ispirano la valutazione ed il giudizio di fatto, la legge pone quello che dovrebbe essere il **criterio generale (della valutazione libera)**, separandolo dalle prove predeterminate. In questi casi, la stessa legge esclude che il giudice possa liberamente valutare l'apprezzamento ed attribuisce ex lege il modo di valutazione. Se l'atto pubblico stipulato dal notaio Sempronio dice che il giorno 26 settembre alle ore 8:30 Tizio era presente davanti a lui e



manifestava il consenso a vendere il proprio immobile a Caio per la cifra di x, in assenza di ragioni diverse che ne determinino falsità, il giudice non sarà libero di apprezzare diversamente. E si badi, qualunque altra prova contraria è praticamente inutile, perché la legge attribuisce **valore legale** all'atto pubblico. Nel sistema delle prove legali, il giudice è facilitato, non deve usare la discrezionalità valutativa e quindi nella struttura della sua decisione partirà dall'assunto che Tizio ha dichiarato quelle cose. Per contro, le prove costituenti, a parte una, sono tutte dotate dalla legge della prova libera.

Il comma 2 del 116 è stato ignorato fino ad una decina di anni fa, perché introduce un concetto strano e lo fa dipendere in buona sostanza dal c.d. **contegno delle parti nel processo**, di cui la **mancata risposta nell'interrogatorio** e la **mancata opposizione** sono solo esempio, in quanto poi la norma statuisce che "il giudice può desumere prove [...] in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo". La Cassazione ultimamente l'ha utilizzata con fini sanzionatori: non solo per la decisione della causa, ma financo per sanzionare la stessa con multe economiche, non proprio irrilevanti, ogni qualvolta abbia ritenuto che il litigio delle parti abbia portato il processo in Cassazione quasi, per dire, in abuso. Oggi, nell'argomento di prova si tende a trovare un aspetto importante, che quasi si affianca ai criteri classici. L'argomento di prova è indefinibile, è una tecnica di valutazione del giudice che si affianca alla valutazione del singolo mezzo di prova e che serve al giudice per rafforzare un convincimento che lui stesso, nel momento in cui decide, probabilmente ritiene non così forte, o almeno non così fondato per la parte che perderà. Dentro di sé, magari dopo 7 righe sa già chi vince e chi perde, si fa un'idea che poi anche in funzione della sua bravura vede inevitabilmente di approfondirla. Banalmente, un giudice potrebbe intravedere nel corso di tutto il processo un contegno del convenuto, che ha fatto di tutto, nei limiti del lecito, per allungare i tempi del processo. Oppure la parte che sbianchetta un documento su una riga, producendolo in giudizio (anche se questo è un atteggiamento brutalmente penale). Nella decisione drastica di quella controversia, il contegno è stato speso. È una valvola di valutazione che il giudice utilizza per rendere sempre più inattaccabile la sentenza, favorendo una più rapida finale determinazione della lite.

Prove d'ufficio

Tendenzialmente tutte **le prove sono di parte**, tranne un catalogo indicate come d'ufficio. Sono pochissime, ma rispetto all'originale categorizzazione del 40 sono aumentate. Il mezzo di prova d'ufficio più icastico è il c.d. **ordine d'ispezione**, addirittura corporale. È importante l'ordine d'ispezione del giudice civile nelle cause societarie, perché si parla di quelle contabili. Il giudice dispone di vedere i bilanci e di estrarne il contenuto. Nelle altre cause non è molto usato, ma è invece usato quasi in maniera tradizionale in quella che è la controversia societaria.

Non è mezzo di prova d'ufficio la consulenza tecnica d'ufficio, nonostante si chiami così. La CTU non è un mezzo di prova. È un **ausilio** che il giudice richiede per valutare elementi tecnici per la decisione della causa, che si baserà non direttamente sulla CTU, ma sui mezzi di prova in processo. Quella introdotta nel 1998 come mezzo istruttorio para officioso è la **testimonianza ex officio**. È stato un elemento dirompente nella legge. Nella realtà, se i mezzi delle parti dicono che Tizio è informato dei fatti della causa ed era presente nei fatti della causa, il giudice chiederà a Tizio di presenziare per ottenere una possibile testimonianza introdotta dalla parte. Diede al giudice monocratico questo strumento perché ritenne che lo stesso, decidendo da solo, avrebbe potuto rendere una vita di giudizi.

Prove documentali

La **prova documentale** è un **documento giuridico**. Il documento è un termine che rappresenta un **estrinseco** (papiro, pergamena, carta, digitale, fotografia, il video, la mail ecc.) e un fatto materiale della realtà: un fatto vero. Occorre sottolineare che l'estrinseco non racchiude **fatti** materiali, ma piuttosto **mere dichiarazioni di volontà**. Qui si parla di dichiarazioni delle future parti del processo che certificano che quel giorno, davanti a loro, Tizio ha reso quelle dichiarazioni. La prova documentale è in grande **genus** che comprende due grandi **species**: da un lato direttamente i fatti materiali, dall'altro più propriamente dichiarazioni di volontà, rese per lo più davanti a soggetti terzi, dotati di pubblica fede; hanno come elemento essenziale anche la data.

Un esempio può chiarire: Tizio venditore, Caio acquirente di un immobile situato a Portofino, 300 metri quadri a picco sul mare. Valore immobile: 30.000.000€. Tizio va davanti al notaio e vende per la cifra di 5 milioni. Tizio e Caio però fanno una scrittura privata, per la quale i 25 milioni rimanenti



vengono forniti diversamente e successivamente. Alla fine dell'*iter* notarile, Caio decide di non pagare i 25 milioni. Chiaramente Tizio comincia ad agitarsi, perché l'effetto traslativo si è consumato. In funzione di ciò, appare evidente come dire che l'atto pubblico non è mai superabile pur se perfettamente valido è un errore. Tendenzialmente è così, fatti salvi però i casi in cui il giudice vada a decidere la causa prescindendo dall'atto pubblico, integrando in questo caso la scrittura. Il compratore si difenderà dicendo che ha 5 milioni come cifra scritta sull'atto pubblico, mentre il venditore, dopo aver registrato presso l'Agenzia dell'Entrate il contratto, produrrà in giudizio questa contro indicazione!

Atto pubblico

Art. 2699 c.c. – Atto pubblico

L'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato.

Art. 2700 c.c. – Efficacia dell'atto pubblico

L'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

Nella controversia di cui sopra, il giudice non potrà mettere in discussione il fatto che il giorno x alle ore y sono comparsi davanti al notaio Tizio e Caio, impegnandosi a concludere un contratto di compravendita così individuato. Se si fermasse alla lettura dell'atto pubblico, la causa sarebbe finita. Questo caso ci dimostra che la difesa fondata sull'atto pubblico, formalmente giusta, è completamente irrilevante nella decisione del caso concreto, perché se è vero che l'atto pubblico fa piena prova delle dichiarazioni di volontà rese davanti al notaio in quel luogo e in quella data, l'atto pubblico non farà mai prova che quelle dichiarazioni versate davanti al notaio siano vere. L'atto pubblico rende incontestabile che quelle dichiarazioni siano *state fatte*, ma non darà mai un vincolo al giudice di ritenere quelle dichiarazioni vere. La verità della dichiarazione è contrapposta alla controdichiarazione. Evidentemente, Tizio e Caio hanno fatto la scrittura *a latere* per evitare tasse, ma dal punto di vista civilistico è ben diverso. Il notaio non può sindacare l'*animus*. Regolarizzata la scrittura privata, emerge il *gap*. E se la simulazione relativa del prezzo viene accertata, allora dopo si passerà al vero *petitum* di condanna. Nonostante l'atto pubblico sia il mezzo di prova più attendibile, soprattutto perché proviene da un pubblico ufficiale e attesta la verità, tuttavia nessun atto pubblico può far collimare le *dichiarazioni rese* con le *dichiarazioni volute*. Da qui la contrapposizione fra l'estrinseco di cui sopra e **l'intrinseco**, ossia il contenuto delle dichiarazioni che è conseguentemente e certamente al di fuori dell'efficacia di prova legale. E le dichiarazioni volute, nel caso di specie, si provano diverse da quelle rese con la **prova della simulazione relativa**. Si potrebbe contrastare l'intrinseco con altri strumenti forniti dall'ordinamento, come **l'annullabilità per vizio di consenso** e così via.

Nonostante l'atto pubblico non faccia prova dell'*animus*, anche lo stesso potrebbe subire una limitazione o addirittura una totale eliminazione qualora sia **falso**. La "**querela di falso**" è un procedimento civile che può essere instaurato o nel corso del processo (*in via incidentale*) o con domanda autonoma (*in via principale*) e tende ad accertare non un diritto, ma un fatto (falsità del documento). Un atto pubblico può essere colpito da falsità per due ordini:

- a) Si ha **falsità materiale** (o *contraffazione*) quando l'atto nasce *ab origine* materialmente contraffatto oppure nasce genuino ma viene successivamente alterato;
- b) Si ha **falsità ideologica** quando il pubblico ufficiale ha attestato fatti diversi da quelli che sono avvenuti effettivamente in sua presenza. L'atto nasce *ab origine* infedele e di tale falso sarà necessariamente responsabile il pubblico ufficiale.

L'atto pubblico viene contestato durante il processo proponendo un'azione di querela di falso. Il giudice accerterà nel merito e se dichiara falso il documento, lo espunge dal processo civile, trasmettendo automaticamente gli atti alla Procura della Repubblica, che accerterà nuovamente, senza essere vincolata, il falso. In tal caso sanzionerà il comportamento del falsificatore materiale (di una delle due parti) o ideologico (del pubblico ufficiale) ex artt. 476 e ss. c.p.



Scrittura privata

La **scrittura privata**, nella sostanza, si deve equiparare all'atto pubblico. È un mezzo di prova legale.

Art. 2702 c.c. – Efficacia della scrittura privata

La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta.

La scrittura privata fa piena prova che le dichiarazioni sottoscritte fra due soggetti sono effettivamente loro dichiarazioni. Il momento attributivo di vincolo per il giudice che quelle dichiarazioni fra due soggetti sono le loro e determinano l'effetto traslativo è rappresentato dalla **sottoscrizione** (anche se nel mondo digitale succede di tutto). Se dal lato dell'atto pubblico non vi era il problema della paternità della dichiarazione, la scrittura privata non ha questa forma di certificazione: con riguardo all'estrinseco, infatti, la questione più delicata concerne la *genuinità* della sottoscrizione. Il legislatore adotta due criteri per accertare se una sottoscrizione provenga effettivamente dal soggetto che sembra averla apposta: **riconoscimento e autenticazione**.

Il **riconoscimento**, anzitutto, può essere *espesso*, quando la parte dichiara espressamente di riconoscere la propria sottoscrizione, o *tacito*. Tacito perché l'art. 214 c.p.c. impone al soggetto a cui si vogliono imputare le dichiarazioni contenute in un documento di attivarsi per disconoscere la propria sottoscrizione.

Per contro, il meccanismo dell'**autenticazione** è sancito dall'art. 2703, in funzione del quale due soggetti chiamano un pubblico ufficiale e con le carte di identità in mano trasformo la scrittura privata in atto riconosciuto da pubblico ufficiale (scrittura privata autenticata). Il legislatore onde non obbligare l'autenticazione della scrittura privata, costruisce un meccanismo in virtù del quale trae l'autenticazione della firma dal comportamento processuale della parte nei cui confronti la dichiarazione va contro. Può contestarla, per il giudice civile di quella causa il primo problema è di verificare se l'autenticità sussiste o meno. Si aprono due percorsi:

- a) Querela di falso;
- b) Procedimento dove la parte che contesta si limita ad offrire delle altre scritture da lui firmate, in cui sostiene che quella è la sua firma, parzialmente diversa da quella apposta sul documento in esame. Il giudice chiama un *perito calligrafico* e se non la riconosce, espunge il documento.

Altre prove documentali di parte

Anzitutto vi è il **telegramma**, un foglio che perviene al destinatario in funzione di una riproduzione neppure sottoscritta dal mittente, anche se questi potrebbe comunque redigere e sottoscrivere l'originale. Il legislatore stabilisce una presunzione generale di conformità della produzione del telegramma all'originale salvo prova contraria (in tal caso, la divergenza sarà provata da chi la fa valere).

Scritture quali le **carte** e i **registri domestici** possono far prova contro colui che le ha scritte quando enunciano espressamente un pagamento ricevuto oppure quando contengono l'espressa menzione che l'annotazione è stata fatta per supplire alla mancanza di un titolo di chi è indicato come creditore. Sono comunque semplici mezzi di prova liberamente valutabili dal giudice (prove libere).

Sono documenti anche le **riproduzioni meccaniche** (riproduzioni fotografiche, informatiche, cinematografiche, su CD, DVD, *hardisk* e così via), che godono della efficacia di prova legale, a che condizione che colui contro il quale sono prodotte non ne disconosca la conformità ai fatti e alle cose medesime.

Bisogna fare un breve cenno alle *copie* degli atti, che se riguardanti atti pubblici hanno la medesima efficacia dell'originale, anche perché in circolazione si immettono solo queste. Per quanto riguarda le copie delle scritture private, se depositate presso un pubblico depositario il discorso è esteso.

Quanto, in ultima alle **fotocopie**, ossia le copie fotografiche di scritture (medesima valenza va attribuita anche ai *telex*) hanno la stessa efficacia di quelle autentiche in due casi se la conformità con l'originale è attestata dal pubblico ufficiale oppure se non viene disconosciuta dall'altra parte.

Confessione

Art. 2730 c.c. – Nozione



La confessione è la dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte. La confessione è giudiziale o stragiudiziale.

L'efficacia di prova legale della confessione trova fondatezza in una vecchia massima di esperienza: *nessuno riconosce la verità di fatti che gli nuocciono se questi fatti non sono veri*. Con il termine *dichiarazione* il legislatore fa riferimento alle dichiarazioni di scienza (**materiali**), mai di volontà. Prendiamo l'esempio di un convenuto che nel processo dichiara, nella sua difesa, che l'attore ha ragione e di fatto gli riconosce la domanda. La **confessione** ha per oggetto fatti e mai per oggetto diritti: ciò significa che se la parte riconosce l'esistenza di un diritto altrui, non rende una confessione, ma al limite inverte l'onere della prova. Questa può essere giudiziale (*prova costituenda* per eccellenza) o stragiudiziale.

Giudiziale è quando A deduce un capitolo di prova rivolto a B ai sensi del 2730 e chiede al giudice che interroghi B se è vero che il giorno primo aprile 2022 lo stesso si trovasse nel suo ufficio alle ore 10. Se questi rinnega, il discorso finisce lì.

D'altro canto, le dichiarazioni circa fatti a sé sfavorevoli possono avvenire in qualsiasi momento, rivolte anche ad un soggetto che in quel momento può essere banalmente un amico ma in futuro potrebbe essere l'altra parte di un processo. E se dovesse poi effettivamente avere luogo la lite giudiziale, l'altra parte, nei cui confronti è stata resa quella confessione stragiudiziale, potrà provare nel processo che era stata resa una confessione stragiudiziale e che sulla base di quella confessione stragiudiziale, il giudice è vincolato alla causa legale, determinandone la controversia.

L'autore della confessione deve avere la **capacità soggettiva** di disposizione del diritto a cui i fatti confessati si riferiscono (*disponibilità soggettiva*) e i fatti confessati devono riferirsi solo a **diritti oggettivamente disponibili** (*disponibilità oggettiva*).

Vi sono, da ultimo, tre eccezioni in cui la confessione assume i caratteri di **prova libera**:

- a) In caso di **litisconsorzio necessario**, la confessione resa da alcuni soltanto dei litisconsorti;
- b) In caso di **dichiarazione complessa**, ossia quando la parte dichiara, insieme a fatti a sé sfavorevoli, anche fatti a sé favorevoli;
- c) In caso di confessione **stragiudiziale resa ad un terzo** o contenuta in un testamento.

Testimonianza

La **testimonianza** è la narrazione dei fatti da parte di un **terzo**. Questi viene indicato da una parte che, nell'indicarlo, presume che il terzo stesso sia a conoscenza della verità. Essendo una dichiarazione di un soggetto non parte del processo ed essendo una prova costituente per definizione, non vi è dubbio che la valutazione da parte del giudice sia soggetta al suo prudente e libero apprezzamento (discrezionale).

Seppur vi siano molte norme che la disciplinano, nel codice non vi è una vera e propria nozione di **testimonianza**. Mezzo di prova ampiamente normato, inversamente proporzionale alla sua resa concreta, per ragioni intuitive: a monte si crea un problema di attendibilità del terzo.

Il testimone, a differenza della parte, quando è chiamato a deporre si obbliga a dire tutta la verità. nei sistemi di *common law* c'è pure l'*oath*. Questo significa che il teste, quando depone, può incorrere nella *falsa testimonianza* e così la parte che ha indicato quel teste e l'ha istruito troppo potrebbe incorrere nel connesso *comportamento di subornazione del teste*. Essendo una dichiarazione di terzi su fatti della causa su cui hanno conoscenza, è una **prova di parte**. Questo perché è la parte a dedurre nel processo una serie di fatti specifici e per ogni singolo fatto di questa costruzione possono aiutare al convincimento del giudice la deduzione di uno o più testi su ogni singolo fatto. Se la parte volesse e li avesse, su 50 fatti numerati nella narrazione potrebbe dedurre anche 3453 testimoni. Banalmente, per ogni fatto, più persone possono conoscere la verità. Testimonianza è quindi prova di parte, da valutare secondo il libero apprezzamento del giudice, costituente per definizione che proviene da un terzo in capo a cui sorge l'obbligo di dire la verità.

In funzione dei **limiti oggettivi** la prova testimoniale non potrà mai provare fatti inerenti alla materia generalmente considerata come contrattuale.

Art. 2721 – Ammissibilità: limiti di valore

La prova per testimoni dei contratti non è ammessa quando il valore dell'oggetto eccede euro 2,58.



Tuttavia l'autorità giudiziaria può consentire la prova oltre il limite anzidetto, tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza.

Art. 2724 – Eccezioni al divieto della prova testimoniale

La prova per testimoni è ammessa in ogni caso:

1. quando vi è un principio di prova per iscritto: questo è costituito da qualsiasi scritto, proveniente dalla persona contro la quale è diretta la domanda o dal suo rappresentante, che faccia apparire verosimile il fatto allegato;
2. quando il contraente è stato nell'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta;
3. quando il contraente ha senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova.

Nel **primo caso**, la verosimiglianza è data dal fatto che la controparte (rispetto a quella che chiede la prova testimoniale) ha fatto per iscritto riferimento al contratto o alla sua modificazione, anche in un semplice foglio di carta. Ciò fa apparire verosimile l'esistenza del contratto o del patto aggiunto o contrario, i quali potranno allora essere provati mediante la prova testimoniale.

Nel **secondo caso** vi è l'ipotesi in cui un soggetto è stato nell'impossibilità materiale o morale di procurarsi il documento che dovrebbe produrre, per diverse ragioni, ma tale documento esiste. Si pensi ai contratti conclusi *per via telefonica*.

Analizziamo l'**ultimo caso**. La prova della simulazione in forma di scrittura privata è stata, secondo la prospettazione della parte, sottratta. Se questa va in giudizio e deduce questa controindicazione vincerà la causa, se non la deduce varrà l'atto pubblico. Ad esempio, la parte ha una mail che parte indirizzata all'altra parte in cui quest'ultima viene invitata a venire nel suo ufficio al fine di sottoscrivere la scrittura privata. In quell'ufficio vi erano due persone presenti e informate che, in quel momento, si stava redigendo quella scrittura privata. L'attore allega in giudizio la mail e chiama a testimoniare queste due persone, chiedendogli se sia vero che in data x, nel luogo y, era presente con Tizio a sottoscrivere la vendita dell'immobile. Se esistesse solo il 2721, questo tipo di testimonianza sarebbe vietata, ma il 2724 ti autorizza. Ecco allora che si esplica la funzione del 2721: giustificare le eccezioni.

Da notare e sottolineare come oggi non esiste più il divieto secondo cui i soggetti terzi, ma molto vicini alle parti, non possano testimoniare. Vero è che spesso saranno dedotte dalla parte vicina, ma l'aver riconosciuto che il solo fatto di essere moglie, congiunta, segretario non sia più condizione di inattendibilità, lascia in ogni caso spazio discrezionale al giudice. Tutt'ora avrà valore zero la testimonianza negativa, mentre avrà un valore pazzesco una dichiarazione positiva.

Normalmente la prova per teste è **dedotta dalla parte**, mediante la formulazione di una serie di capitoli sui quali i testi sono chiamati a deporre, anche separatamente.

Vi sono però delle eccezioni, come la famosa **testimonianza de relato** ex art. 257 c.p.c. Si ipotizzi però il caso in cui, in una causa tra due persone, il teste, chiamato a rispondere sul fatto 1,2 e 3, faccia riferimento ad un altro soggetto. Il giudice, nel momento in cui verbalizza la sua dichiarazione, pensa lecitamente che anche ascoltare la testimonianza di questo soggetto nominato dal teste sarebbe utile; pertanto, il giudice inviterà a deporre sugli stessi fatti l'altro soggetto. Il nome del teste non l'ha fatto la parte ma il teste.

Art. 257 c.p.c. – Assunzione di nuovi testimoni e rinnovazione dell'esame

Se alcuno dei testimoni si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il giudice istruttore può disporre d'ufficio che esse siano chiamate a deporre.

Il giudice può anche disporre che siano sentiti i testimoni dei quali ha ritenuto l'audizione superflua a norma dell'articolo 245 o dei quali ha consentito la rinuncia; e del pari può disporre che siano nuovamente esaminati i testimoni già interrogati, al fine di chiarire la loro deposizione o di correggere irregolarità avveratesi nel precedente esame.

L'altra eccezione è fornita dall'art. 281-ter c.p.c. che dispone come, qualora si tratti di un processo a decisione monocratica, il giudice possa disporre d'ufficio la prova testimoniale formulandone i capitoli, quando le parti nella esposizione dei fatti si sono riferite a persone che appaiono in grado



di conoscere la verità. Qui, il nome del teste l'ha fatto **la parte** nell'esposizione dei fatti ed è questa l'enorme **differenza** fra i due articoli.

Art. 281-ter c.p.c. – Poteri istruttori del giudice

Il giudice può disporre d'ufficio la prova testimoniale formulandone i capitoli, quando le parti nella esposizione dei fatti si sono riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità.

Giuramento

Il **giuramento** è una dichiarazione compiuta da una parte sulla verità di fatti della causa. Si contrappone alla confessione in quanto ha oggetto **fatti favorevoli alla parte che li dichiara**. Per definizione, mezzo di prova costituendo.

Il giuramento è una **prova legale!** Fondata sulla solennità delle forme con cui si esplica, non può mai essere spontanea ma deve essere sempre *provocata* dall'altra parte o dal giudice. Il **falso** in giuramento è un reato, punito con la reclusione e l'interdizione dai pubblici uffici.

Se è stato prestato il giuramento deferito o riferito, l'altra parte non è ammessa a provare il contrario, né può chiedere la revocazione della sentenza qualora il giuramento sia stato dichiarato falso. Il giuramento non vincola solo il giudice a ritenere attendibili le dichiarazioni, ma **decide anche l'esito del giudizio**. Il giudice deve dichiarare *vittoriosa* la parte che ha giurato e soccombente l'altra.

Oltre a riscontrare gli stessi requisiti di *disponibilità soggettiva* e *disponibilità oggettiva* come in tema di confessione, l'art. 2739 c.c. ne fornisce altri:

- Non si può deferire giuramento su un fatto illecito;
- Non può essere deferito per provare l'esistenza di un contratto per la validità del quale sia richiesta la forma scritta (*ad substantiam*);
- Non può essere utilizzato per smentire le risultanze dell'estrinseco di un atto pubblico (per contro è ben possibile giurare circa l'intrinseco);
- Non può essere riferito se il fatto che ne è oggetto *non è comune ad entrambe le parti*.

L'**oggetto** del giuramento deve essere un fatto proprio della parte che deve giurare (**giuramento de veritate**) oppure la conoscenza che essa ha di un fatto altrui di cui il giurante ha conoscenza (**giuramento de scientia o de notitia**).

La legge distingue **3 forme** di giuramento:

- a) Il **giuramento decisorio** è quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa. Colui che si vede deferito il giuramento ha tre alternative:
 - (i) Giurare sul fatto a sé favorevole e vincere il giudizio (o la parte del giudizio investito dai fatti)
 - (ii) Rifiutare di giurare o non comparire in udienza senza giustificato motivo e soccombere
 - (iii) Riferire il giuramento alla controparte. La parte a cui è stato riferito ha due alternative:
 - 1) Giurare con le relative conseguenze
 - 2) Non giurare o non comparire in udienza senza giustificato motivo, con le relative conseguenze;
- b) Il **giuramento suppletorio** è quello che è deferito d'ufficio dal giudice a una delle parti al fine di decidere la causa quando la domanda o le eccezioni non sono pienamente provate, ma non sono del tutto sfornite di prova;
- c) Il **giuramento estimatorio** è quello che è deferito al fine di stabilire il valore della cosa domandata, se non si può accertarlo altrimenti.

Prove d'ufficio

Mezzi istruttori in senso stretto

Per quanto riguarda le **testimonianze**, si sono già analizzati i poteri d'ufficio in punto di prova testimoniale, ai sensi degli articoli 257 c.p.c. e 281-ter c.p.c. (rito ordinario vs giudice monocratico). Una delle prove *ex officio* che erano previste nel codice del '42 è la **richiesta** che il giudice fa alla **pubblica amministrazione di informazioni** (art. 213 c.p.c.). Quando il giudice, per decidere la controversia, necessita di avere una documentazione che attesta la storicità di un fatto che le parti non possono dimostrare, richiede alla P.A. di preparare una risposta scritta a una serie di domande che lo stesso giudice formula. Ad esempio, una delle controversie civili più frequenti sono le liti che coinvolgono i *post M&A*: supponiamo il classico caso di una compravendita di un ramo di azienda



metalmecanica. Il compratore scopre che il terreno sul quale questa azienda lavora è fortemente inquinato. Nel momento delle trattative non c'è stata una perfetta *disclosure* da parte del venditore circa l'inquinamento del terreno. Si contesta l'allunamento del preliminare per dolo incidente, o quanto meno si subordina una risoluzione per inadempimento. Il giudice, nel decidere la controversia, vuole capire se la P.A. ha determinato qualcosa nel corso della storicità del terreno: se avesse imposto un ordine di bonifica che alla fine dei conti non è mai pervenuta. L'attore non riesce oggi ad acquisire i provvedimenti via *internet* e il giudice richiede alla P.A. informazioni sulla storicità di atti e provvedimenti su quel terreno.

Un altro mezzo di prova *ex officio* consiste nella c.d. **ispezione giudiziale** (art. 258 c.p.c.). Questa è lo strumento con cui si acquisisce l'efficacia probatoria di cose, luoghi, persone o oggetti che possono essere soltanto materia di osservazione, al fine di acquisire il risultato di tale osservazione nel processo. È prova diretta, in quanto è disposta dal giudice istruttore, il quale fissa il tempo, il luogo e il modo dell'ispezione e vi procede personalmente. Deve essere *indispensabile* per conoscere i fatti di causa e la stessa non può essere disposta se comporta gravi danni.

In ultimo, accanto all'ispezione si pongono gli **esperimenti giudiziali** (art. 261 c.p.c.). Costituiscono una prova *presuntiva*, in quanto il giudice, per accertare se un fatto si è verificato in un determinato modo, può ordinare la riproduzione del fatto stesso, facendone eventualmente eseguire la registrazione.

Mezzi istruttori in senso lato

Vi sono anche due istituti che per il giudice rappresentano occasioni di valutazione della controversia, che però non vengono annoverati fra gli strumenti probatori in senso stretto o proprio, bensì fra quelli **in senso lato**, in quanto non espletano direttamente la funzione di accertamento dei fatti ma fungono da strumenti integrativi delle risultanze di altre prove. Questi sono l'**interrogatorio libero delle parti** e **consulenza tecnica ex officio**.

L'**interrogatorio libero delle parti** verrà enfatizzato dalla riforma, ma è un vecchio pallino di *Giuseppe Chiovenda*, giurista italiano che visse a cavallo fra gli anni 1872 e 1937. È la conseguenza di una storia incredibile, in cui si riteneva che le buone relazioni fra giudici e parti fossero il primo veicolo per la composizione della lite (sentenza ecc.). Nel giorno della prima udienza fissata, il giudice può interrogare le *parti* (si badi: le parti, non gli avvocati) sui **fatti**, per sentire dalle parti stesse, a prescindere da quanto gli avvocati abbiano narrato, cosa hanno da dire in relazione ai fatti controversi. Ci sono parti che vogliono presenziare di persona e parti che invece non vogliono e si fanno rappresentare con la procura da parte dell'avvocato della parte stessa. Il giudice dalle risposte date dalle parti *non trae nessuna prova*. Partendo dalla narrazione, il giudice farà domande, verbalizzerà e valuterà le risposte nel momento della decisione della causa. Vi sono parti reticenti, che non rispondono; parti bravissime che invece hanno il dono di saper rappresentare al giudice una certa qual verità dei fatti, impressionando lo stesso sul momento. È uno strumento che è sempre rimasto previsto perché fornisce al giudice, fin dalla prima udienza, una rappresentazione dei fatti che non necessariamente legge negli atti introduttivi. Può utilizzarli come supplemento di valutazione delle prove vere, ad esempio nell'ammissione di nuovi testimoni o meno.

La **consulenza tecnica d'ufficio (CTU)** non è un mezzo di prova. Esiste anche la consulenza tecnica per istanza di una delle parti (CTP), che poi in caso affiancherà il CTU nominato dal giudice. In quasi tutte le controversie di un certo tipo sorge la necessità da parte di un giudice di nominare un soggetto esperto; si pensi al giudice che, sicuramente esperto in materia giuridica, si trovi a dover valutare l'inquinamento, la devianza o la portanza di un'ala di un aereo. Questi sono elementi tecnici, che necessitano una valutazione tecnica, perché solo questa aiuterà il giudice a capire. Questo succede anche in talune vicende societarie (*consulenza contabile*), per le quali il codice dedica degli articoli a sé. Tuttavia, in ogni caso, la perizia non prova niente e non è uno strumento probatorio. Non può introdurre fatti di sua iniziativa, quindi si baserà sulla documentazione prodotta dalle parti, in relazione ai fatti prodotti solo dalle parti nel processo. Da un lato la relazione peritale non può costituire la *ratio* della motivazione della sentenza, dall'altro (e concretamente parlando) la decisione è fondata quasi solo sulla consulenza tecnica, a meno che la causa non venga risolta per puro diritto o per altre ragioni.

Il consulente tecnico risponde ad una serie di quesiti posti dal giudice, che chiederà prima alle parti di predisporre i loro. Il giudice, semplificandoli, prende i quesiti delle parti, li mette assieme ai propri e li sottoporrà al consulente tecnico.



GIURISDIZIONE E COMPETENZA

Prima di prendere la toga dell'attore e del convenuto, bisogna chiarire dove e davanti a quale giurisdizione bisogna instaurare le cause. A riguardo, gli istituti da trattare sono sostanzialmente due: **giurisdizione** e **competenza** del giudice.

Giurisdizione

Per **giurisdizione** si intende un concetto che già in qualche misura abbiamo adornato nell'articolo 24 della Costituzione. A riguardo, la giurisdizione come potere giurisdizionale *in senso astratto* è quell'attività con la quale gli organi dello Stato esercitano il potere giurisdizionale. Ora però è necessario addentrarsi nel discorso, chiedendosi *in concreto* a quali organi spetta il *potere specifico* di decidere le singole controversie o cause?

Va ripresa in prima istanza la **dicotomia** fra *diritti soggetti* e *interessi legittimi*, perché il codice di procedura civile ha nel proprio esordio la definizione e soprattutto l'allocatione nella c.d. **giurisdizione ordinaria** della possibilità per il cittadino di tutelare i propri diritti soggettivi.

A riguardo, sin dall'unità di Italia, determinate situazioni non vengono più qualificate come diritti soggettivi, bensì come interessi legittimi, per la tutela dei quali si deve ricorrere alla **giurisdizione speciale**. Il nostro ordinamento, quindi, prevede una *diversa* giurisdizione a seconda che l'oggetto della tutela sia un vero e proprio diritto soggettivo ovvero un qualcosa che non lo è propriamente, chiamato interesse legittimo, coincidente con *l'interesse del cittadino di far sì che la Pubblica Amministrazione operi nei suoi confronti legalmente, senza eccesso di potere e con provvedimenti ordinati secondo buona condotta*. Il legislatore, dalla *l. 20 marzo 1865 n. 2248* a oggi, ha sempre sottratto alla giurisdizione ordinaria la tutela degli interessi legittimi, affidandola alla giurisdizione speciale. Oggi questo compito è svolto dai *tribunali amministrativi regionali* (TAR) in primo grado e, in sede d'appello, dal *Consiglio di Stato*. Accanto a questi giudici, vanno annoverati altri giudici speciali amministrativi, come la *Corte dei Conti* in materia di contabilità pubblica e il *Tribunale superiore delle acque pubbliche* in materia di impugnazione di atti amministrativi in materia di acque pubbliche.

Una volta stabilita la giurisdizione ordinaria, il tema è: italiana o straniera? Si consideri l'esempio in cui una società francese vuole convenire una società italiana per danni contrattuali. Lasciamo stare per un istante *dove* la conviene, che esamineremo in tema di competenza. Nella situazione in cui una società estera propone una controversia contro una società italiana, quella controversia sarà sottoposta alla giurisdizione italiana o quella francese? Per determinare il riparto della giurisdizione "verso lo straniero" oggi vige un tema fondamentale: la **regola** sarà la **residenza** o il **domicilio del convenuto**. Attenzione: residenza o domicilio, **non cittadinanza!**

La *governing law* è regolata da norme sostanziali previste da regolamenti di contratto: è il contratto che fa la legge e rende *binding* l'eventuale diritto applicabile. Spesso i contratti determinano quale giurisdizione è applicabile e ciò è perfettamente **lecito**, in quanto la **deroga a favore di giudici o arbitrati stranieri**, purché la causa verta su diritti disponibili e la clausola sia provata per iscritto, è espressamente consentita dalla legge. Ad esempio, le parti si accordano che qualunque controversia possa sorgere, questa sarà regolata dalla giurisdizione italiana. E questo anche se avessero le parti pattuito a favore di una giurisdizione inglese. Più i contratti sono raffinati, di un certo contenuto, più sorge la necessità della preparazione ad una possibile controversia, che in ultima istanza si rende inevitabile. Anche se non tutti riescono ad applicare la legge inglese su un contratto che è stato pensato per essere regolato secondo la legge italiana, infatti la deroga è inefficace se il giudice o gli arbitri stranieri declinano la giurisdizione ovvero se non possono conoscere la causa.

Dall'ordinamento è disciplinata l'ipotesi di processo con una delle parti che non sia residente o domiciliata in Italia. Si deve fare riferimento alla **legge 218/1995**, che recepisce sostanzialmente il diritto processuale privato internazionale. Questa stabilisce che il convenuto che non ritiene di avere una residenza, domicilio o sede in Italia ha l'onere di sollevare il problema di giurisdizione nella sua **prima difesa** e prima di ogni altro atto difensivo, a pena di decadenza.

Se si difende prima nel merito oppure non solleva proprio la questione, questa legge, italiana ma che guarda al mondo, trae da questo *comportamento omissivo* del convenuto una regola fondamentale: *l'accettazione implicita della giurisdizione italiana nei suoi confronti*. Sembra banale



la questione, ma in realtà l'idea di radicare la giurisdizione italiana nei confronti di un cittadino non italiano, per il solo fatto che questo non abbia eccepito prima di ogni altra sua difesa l'eventuale difetto di giurisdizione italiana nei suoi confronti, è forte come concetto. Il rilievo è massimo soprattutto tra imprese, nelle c.d. contrattazioni *cross-border*: in virtù di questo meccanismo, che ha licenziato la derogabilità della giurisdizione, le parti possono inserire una clausola con la quale non solo si accordano su quale giurisdizione sia quella competente, ma addirittura devolvano ad uno stato o giurisdizione *terza* le eventuali giurisdizioni (sia pubbliche che private) sulle future liti.

Per contro, se il convenuto non residente e non domiciliato in Italia eccepisce tempestivamente il difetto di giurisdizione, si avrà una **sentenza** del giudice italiano adito che **stabilirà** se adire o meno la giurisdizione italiana. Come ogni sentenza, sarà soggetta a controlli e quindi a impugnazioni. Se il giudice dovesse declinare la propria giurisdizione, eccepirà il **difetto assoluto di giurisdizione** e si limiterà a statuire ciò, senza indicare il giudice che, a suo avviso, è fornito di giurisdizione (come invece deve fare il giudice ordinario quando ritiene che la giurisdizione spetti a un giudice speciale in virtù del *difetto relativo* di giurisdizione).

Qui entra in gioco la nuova riforma: stiamo parlando di una controversia instaurata davanti a giudice ordinario italiano sapendo che per giudice ordinario si intende quello richiamato dall'articolo 1 c.p.c. In realtà, l'oggetto del processo instaurato non è qualificabile come un vero e proprio diritto soggettivo tutelabile di fronte giudice ordinario, ma come qualcosa di diverso (l'articolo 24 Costituzione lo definisce interesse). Si chiama interesse legittimo, legittimo a far sì che la Pubblica Amministrazione, nel rapportarsi con i cittadini privati, rispetti la legge, non ecceda del proprio potere e non ne abusi. Questa distinzione è molto concettuale, che a vedere da fuori ha creato sempre e solo tanti problemi qualificatori. La possibilità che sorga una questione di difetto di giurisdizione verso giudice speciale è concreta. La norma che campeggia fin oggi è l'articolo 37 del c.p.c. norma perentoria e molto semplice: il difetto di giurisdizione è rilevabile **in ogni stato e grado del processo**, come a dire: siamo molto distanti dalla rilevazione unicamente disponibile nel primo atto di difesa dello straniero. Questa norma, frutto della pandettistica e di questo sistema piramidale, che nasceva nel momento in cui in Italia pendevano sì e no solamente 200 controversie, di colpo subisce fior di cambiamenti. Con la sentenza del 9 ottobre 2008, la corte di **Cassazione a Sezioni Unite** stabilisce che se il difetto di giurisdizione nei confronti del giudice speciale non è emerso nel corso del processo di primo grado, vuoi perché non è stato eccepito, vuoi perché il giudice non l'ha ordinato (potendolo fare), la decisione nel merito in primo grado attribuisce una sorta di **accettazione implicita** in capo al giudice, al punto che la questione dell'eventuale difetto di giurisdizione non potrà mai più essere sollevata nel corso del processo. Le ragioni erano evidenti: quella fu la prima grande occasione che ha aperto una stagione del codice di procedura civile da parte. La Cassazione fece su mandato ufficiale della Corte Costituzionale quello che quest'ultima avrebbe fatto: può dunque ad oggi considerarsi *ius receptum* che qualunque pronuncia intervenuta nella pendenza del processo implica che il giudice, nel pronunciarsi, ha implicitamente **affrontato e risolto in suo favore** la questione della giurisdizione.

Cosa succede se viene eccepita? Come per la giurisdizione verso lo straniero, sorge una controversia tra le parti: quale sia la giurisdizione, fra italiana e speciale, da applicare. Il giudice potrà accantonare la questione e decidere nel merito. Nel momento in cui il giudice ordinario difetta la giurisdizione, l'attore ha 3 mesi di tempo per riassumere la causa di fronte al TAR (*translatio iudicii*). Sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice, indicato come fornito di giurisdizione, fosse stato adito fin dall'inizio. Consente quindi che quell'eventuale termine decadenziale venga rispettato.

E se neanche il giudice speciale creda di avere la giurisdizione? Può farlo, perché nel nostro sistema l'unico ordine autorizzato a editare finalmente e vincolare sulla giurisdizione è la Corte di Cassazione, non il primo o secondo grado; infatti, se entro tre mesi neanche il TAR neanche ritiene di avere il caso, lo stesso è obbligato a trasmettere il fascicolo alla Cassazione.

In realtà, questo codice conosceva e conosce uno strumento per evitare tutto ciò, ma che non si sa perché ha avuto scarso utilizzo: è il c.d. **regolamento di giurisdizione**, statuito all'art. 41 c.p.c.; se l'attore, instaurando un processo, ha il dubbio circa la giurisdizione o lo stesso gli viene palesato dal convenuto, si può sottrarre al giudice adito il potere di decidere della questione di giurisdizione, ottenendo *subito* una pronuncia definitiva sulla stessa, investendo della questione l'organo di vertice: **la Corte di Cassazione a Sezioni Unite**.



Un altro limite si pone in relazione ai **poteri della Pubblica Amministrazione**. È infatti un principio fondamentale del nostro ordinamento quello di legalità, secondo cui ciascun organo pubblico ha i poteri autoritativi conferitagli da una norma di legge primaria e non può esercitare i poteri di un altro organo. Così, neanche i giudici possono esercitare i poteri di altri organi dello Stato; si tratta di **materie** che risultano soggette all'insindacabile **disciplina discrezionale della Pubblica Amministrazione**. Non è né un diritto soggettivo, né un interesse legittimo, ma tutt'al più un *interesse semplice* che non può essere fatto valere di fronte a un giudice. Si pensi ad una controversia instaurata in cui si chiede al giudice di ordinare ai genitori inadempienti di sottoporre i figli minori alle vaccinazioni obbligatorie. La produzione di questo effetto è attribuita alla Pubblica Amministrazione e quindi discende da un insindacabile provvedimento amministrativo.

In ultimo, l'**art. 5 c.p.c.** stabilisce la regola della c.d. **perpetuatio jurisdictionis**, statuendo che la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla **legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento** della **proposizione** della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo.

Vi è solo un'eccezione a tale regola, ossia le sentenze della Corte Costituzionale che dichiarano illegittima la norma attributiva della giurisdizione o dell'incompetenza. In tal caso, se la questione non è preclusa nel corso del processo, potrà essere rilevata.

Competenza

Stabilire la competenza è una questione ulteriore, da compiere dopo la soluzione di quella circa la giurisdizione del giudice ordinario. La competenza si configura quindi come un problema di ripartizione della giurisdizione tra i diversi giudici ordinari.

La *distribuzione* è fatta dalla legge secondo un **ordine verticale**, che comporta la ripartizione delle cause in primo grado tra *organi* giudiziari di *tipo diverso* (giudice di pace vs tribunale), da attuare utilizzando i **criteri della materia e del valore**. Una volta stabilito il tipo la legge disciplina un **ordine orizzontale**: occorre verificare quale sia il *tipo di ufficio* competente da un punto di vista **territoriale**, utilizzando per inciso i **criteri del territorio**.

Nei contratti, può essere inserita una clausola sulla competenza. E attenzione, perché nei contratti con i consumatori passano quasi sempre inosservate, nei grandi contratti chiaramente no.

Competenza per materia e valore

Il **criterio del valore** consiste nel riferimento a un determinato livello del valore economico dell'oggetto della controversia; il **criterio della materia** consta, invece, nel riferimento alla natura o al tipo di diritto di cui si controverte.

Il criterio del valore è generale: opera quando non esistono regole che stabiliscono diversamente con riguardo alla materia; quando ciò avviene, **il criterio della materia prevale su quello del valore**.

Art. 7 c.p.c. – Competenza del giudice di pace

*Il giudice di pace è competente per le cause relative a **beni mobili** di valore non superiore a **cinquemila euro**, quando dalla legge non sono attribuite alla competenza di altro giudice.*

Il giudice di pace è altresì competente per le cause di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli e di natanti, purché il valore della controversia non superi ventimila euro.

È competente qualunque ne sia il valore:

- 1) per le cause relative ad apposizione di termini ed osservanza delle distanze stabilite dalla legge, dai regolamenti o dagli usi riguardo al piantamento degli alberi e delle siepi;*
- 2) per le cause relative alla misura ed alle modalità d'uso dei servizi di condominio di case;*
- 3) per le cause relative a rapporti tra proprietari o detentori di immobili adibiti a civile abitazione in materia di immissioni di fumo o di calore, esalazioni, rumori, scuotimenti e simili propagazioni che superino la normale tollerabilità;*
- 3-bis) per le cause relative agli interessi o accessori da ritardato pagamento di prestazioni previdenziali o assistenziali;*

Attenzione perché dal 2025 saranno 50.000 gli euro massimi; si continuerà ad andare sempre dal giudice di pace per quelle cause elencate, ma se ne aggiungeranno altre. Per tutte queste



controversie stabilite dai numeri dell'articolo 7, qualunque ne sia il valore, si addice al giudice di pace.

Art. 9 c.p.c. – Competenza del tribunale

Il tribunale è competente per tutte le cause che non sono di competenza di altro giudice. Il tribunale è altresì esclusivamente competente per le cause in materia di imposte e tasse, per quelle relative allo stato e alla capacità delle persone e ai diritti onorifici, per la querela di falso, per l'esecuzione forzata e, in generale, per ogni causa di valore indeterminabile.

Tutto ciò che non è di competenza del giudice di pace, è di competenza del giudice ordinario. Il tribunale ha quindi una **competenza residuale**. La legge parte da una definizione micragnosa delle competenze del giudice di pace e in via residuale attribuisce competenza. Per i beni immobili, qualunque ne sia il valore, è sempre competenza del tribunale. Come si determina il valore di un processo, invece, è una questione di parcellazione misurata sul valore della controversia. Determinare il valore della domanda in alcuni casi è semplice.

Articolo 10 c.p.c. – Determinazione del valore

Il valore della causa, ai fini della competenza, si determina dalla domanda a norma delle disposizioni seguenti.

A tale effetto le domande proposte nello stesso processo contro la medesima persona si sommano tra loro, e gli interessi scaduti, le spese e i danni anteriori alla proposizione si sommano col capitale.

Ai fini della determinazione del valore, non rileva ciò che statuisce il giudice all'esito del giudizio ma ciò che viene domandato dall'attore. Ad esempio, se l'attore agisce per un risarcimento di danni pari a euro 50.000 ma il giudice, accogliendo parzialmente la domanda, condanna il convenuto a un risarcimento danni di euro 30.000, il valore della controversia ai fini della competenza è comunque pari a euro 50.000.

Competenza per territorio

La dislocazione degli uffici giudiziari sul territorio non segue pedissequamente la geografia: non necessariamente solo le province hanno un tribunale e anche all'interno di maxi province ci possono essere più tribunali. Recentemente molti sono stati accorpati, però stiamo parlando delle circoscrizioni giudiziarie che seguono le regioni solo per le Corti d'Appello, sebbene alcune macro regioni ne abbiano 2 (ne ha 2 la Lombardia, c'è il problema del Veneto che ne ha solo una ecc.). Da un punto di vista dell'individuazione del territorio, spesso è un problema, non è così automatico.

Occorre distinguere tre tipi di fori:

- (i) *Foro generale*
- (ii) *Foro facoltativo per le cause di obbligazione*
- (iii) *Foro esclusivo*

Il **foro generale** si applica, in via residuale e generale, quando non vi sono previsioni di competenza territoriale in via esclusiva. Esistono due criteri generali stabiliti dagli articoli 18 e 19 (rispettivamente per persone fisiche e per persone giuridiche) che si basano sulla **residenza e domicilio del convenuto**. Il tribunale non è scelto dall'attore, ma siccome egli *disturba* il convenuto, lo disturba nel tribunale in cui questi ha il domicilio o residenza. Così vale per persone giuridiche, in cui si parla di sede. Il tema è complicato: perché la nozione italiana di sede di impresa, per l'attribuzione della competenza, diverge dalla nozione della nozione di sede di impresa che vale per l'Europa secondo i regolamenti comunitari o che vale per il tribunale fallimentare. Per il c.p.c. è la sede legale, quella che appare dallo statuto o atto costitutivo. Mentre la nozione commerciale è diversa, sul monito europeo è considerata quella effettiva, ossia quella in cui l'attività gestionale è portata a termine.

Il **foro facoltativo**, enunciato all'articolo 20 c.p.c. per le sole **obbligazioni**, statuisce che è *anche* competente il giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio. L'articolo 20 ti dice che per le tipologie di controversie contrattuali è anche competente, quindi si aggiunge alla sede legale come criterio generale, il tribunale del luogo ove il contratto è sorto o deve



essere eseguito. Aggiungendo quindi a scelta dell'attore potenziali altri due fori, potenzialmente diversi tutti e 3 e potenzialmente almeno gli ultimi 2 diversi dal foro della sede legale. Ad esempio, io stipulo con l'ENI (sede legale a Roma) un contratto. Lo stipulo a Milano, per una operazione di bonifica di un sito inquinato a Foligno. Quando io ritengo il convenuto inadempiente, posso iniziare la domanda di esatto adempimento scegliendo Roma, Milano o Perugia. Scelgo Perugia che è più bella. Non è un *forum shopping*: è previsto dalla legge. È chiaro che se io convergo a Perugia (ma anche a Milano) questa società, che ha sede legale a Roma, non si potrà eccepire un difetto in capo all'articolo 19. Questo fa venire in mente sostanzialmente che quando faccio il contratto io devo aver presente queste norme, perché ritenere concluso il contratto a Milano o a Roma mi da o mi toglie un foro facoltativo. Per ragioni umane, io che ho la società a Milano, preferisco instaurare la causa a Milano e non a Roma. L'origine di queste norme si fonda su questo fatto e retroagiscono nel momento delle trattative del contratto e spesso sono proprio queste le clausole nelle quali il contratto rischia o meno di concludersi. Nelle negoziazioni di alcuni profili, una volta accomodati i termini economici puri, queste clausole sono determinanti. Certo non nei contratti di locazione, ma sicuramente nel *closing*, l'inserimento o meno di una clausola arbitrale meramente interna spesso è una delle ragioni per le quali il contratto o non si conclude o si conclude con termini economici diversi.

Articolo 20 c.p.c. - Foro facoltativo per le cause relative a diritti di obbligazione

Per le cause relative a diritti di obbligazione è anche competente il giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi.

Il **foro esclusivo**, per contro, è tale perché esclude il foro generale. Qualora l'attore adisca il foro generale, il convenuto potrebbe eccepire l'incompetenza dello stesso. Enunciati fra gli artt. 21-24 c.p.c. (luogo in cui è avvenuto il fatto denunciato per le azioni possessorie, denunce di nuova opera e denunce di danno temuto / il foro dell'aperta successione per l'eredità / il foro della società per le cause fra soci / il foro del condominio per le cause tra condomini / il foro della gestione per le amministrazioni fornite dall'autorità / il foro erariale per le cause in cui è parte la P. A. / il foro dell'esecuzione forzata / il foro delle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi), di seguito è opportuno considerare con attenzione il più importante: l'art. 21 c. 1 c.p.c. in tema di **forum rei sitae**, ossia il foro in cui è sito l'immobile per le cause in cui oggetto della controversia sono diritti reali su beni immobili. Supponiamo che io risieda a Milano, il convenuto a Torino e l'immobile ad Aosta. Secondo la legge qui c'è un foro esclusivo non derogabile per cui a prescindere dalla residenza del convenuto (Torino), io la controversia devo instaurarla ad Aosta (*locum rei site*).

Qual è la differenza fra l'articolo 20 (foro facoltativo delle obbligazioni) e l'articolo 21 (foro obbligatorio dell'immobile)? L'articolo 20 attribuisce una facoltà di scelta fra il foro ex artt. 18 e 19 e il foro contrattuale. Il 21 (e ss.) invece attribuisce un foro esclusivo: impone all'attore di radicare quella controversia solo ad Aosta. Attribuisce al criterio di competenza una funzione inderogabile.

Derogabilità della competenza

Non è mai derogabile la competenza per materia e per valore. I casi in cui le parti possono derogare alla competenza sono solo alcuni di quelli relativi alla **competenza territoriale**. I casi dei nn. 1,2,3 e 5 dell'articolo 70 sono quelli che hanno ad oggetto diritti indisponibili, ove è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero. La *ratio* è chiara.

Art. 28 c.p.c. - Foro stabilito per accordo delle parti

La competenza per territorio può essere derogata per accordo delle parti, salvo che per le cause previste nei nn. 1, 2, 3 e 5 dell'articolo 70, per i casi di esecuzione forzata, di opposizione alla stessa, di procedimenti cautelari e possessori, di procedimenti in camera di consiglio e per ogni altro caso in cui l'inderogabilità sia disposta espressamente dalla legge.

Da un lato la regola generale è che il luogo in cui attivare la giurisdizione si divide in due grandi momenti: luoghi che possono essere convenzionalmente pattuiti tra le parti o in qualche misura sussunti prima dalla legge e poi scelti dalle parti e/o attribuzione o criteri previsti dalla legge in materia puntuale che non potranno mai essere scelti dalle parti.



L'art. 29 c.p.c. disciplina poi le modalità in cui deve avvenire l'accordo derogativo della competenza, il quale deve *risultare per iscritto*, riferirsi ad uno o più *affari determinati* e deve avere *l'espressa attribuzione della competenza esclusiva* (in caso contrario, non sarà esclusiva).

Particolare figura di deroga *ex lege* era prevista dall'*art. 30-bis*, norma che tuttavia è stata dichiarata in parte incostituzionale in quanto attribuiva uno *status* diverso ai magistrati se parte del processo.

Difetto di competenza

La norma cardine che disciplina la rilevazione della questione circa la competenza, ossia le conseguenze della reazione del soggetto convenuto di fronte a un giudice incompetente, è l'**art. 38 c.p.c.**, il quale riguarda tutti i tipi di competenza (*materia, valore, territorio*).

Art. 38 c.p.c. – Incompetenza

L'incompetenza per materia, quella per valore e quella per territorio sono eccepite, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta tempestivamente depositata. L'eccezione di incompetenza per territorio si ha per non proposta se non contiene l'indicazione del giudice che la parte ritiene competente.

Fuori dei casi previsti dall'articolo 28, quando le parti costituite aderiscono all'indicazione del giudice competente per territorio, la competenza del giudice indicato rimane ferma se la causa è riassunta entro tre mesi dalla cancellazione della stessa dal ruolo.

L'incompetenza per materia, quella per valore e quella per territorio nei casi previsti dall'articolo 28 sono rilevate d'ufficio non oltre l'udienza di cui all'articolo 183.

Le questioni di cui ai commi precedenti sono decise, ai soli fini della competenza, in base a quello che risulta dagli atti e, quando sia reso necessario dall'eccezione del convenuto o dal rilievo del giudice, assunte sommarie informazioni.

A pena di decadenza, il convenuto deve manifestare l'incompetenza nel suo **primo atto del giudizio**. Il terzo comma, in relazione col primo, pone una contraddizione, consentendo il rilievo d'ufficio di incompetenza forte, anche se il convenuto non l'ha effettuato, seppur in un regime temporale limitato, ma successivo a quello che solitamente è richiesto al convenuto.

Laddove vi sia una sorta di concorrenza tra la difesa della parte e il potere officioso del giudice, prevale il potere officioso del giudice. Il regime dell'incompetenza nel coordinamento pratico di una norma in apparente contraddizione è la seguente: l'obbligo a pena di decadenza per il convenuto c'è solo per l'incompetenza semplice; per tutte le altre incompetenze, quelle inderogabili, fondate sulla violazione di altri criteri, anche se il convenuto non ne ha fatta espressa istanza nella sua prima difesa, il giudice **ne deve** far menzione nella sua prima udienza di trattazione. La norma pone una questione di ordine pubblico processuale non governabile dalle parti.

Oltre a difendersi dichiarando il tribunale incompetente e specificando le ragioni, il **convenuto** ha l'**onere di indicare quale sia il tribunale che ritenga competente**. La mancanza dell'indicazione del tribunale competente rende *inutile* l'eccezione di competenza per territorio semplice, in quanto si avrà per non proposta.

L'attore, leggendo la difesa del convenuto che solleva la competenza indicando un altro tribunale, **può aderire** a questa indicazione, realizzando nel processo un accordo col convenuto sulla nuova indicazione del giudice competente. Il nuovo tribunale non può dichiarare la propria incompetenza se la ragione dell'incompetenza è per territorio semplice: in questo caso l'accordo tra le parti prevale sul potere officioso semplice.

Se, invece, l'attore **non accetta** la proposta del convenuto, la situazione è differente. Opporsi all'accordo processuale sul giudice competente deve essere calcolato bene, anche in relazione al contegno delle parti nel processo. Questo è un comportamento forte, un po' a rischio. Se l'attore non aderisce, è sorta dentro al processo una ragione controversa sull'incompetenza del giudice, l'agevole meccanismo processuale sull'incompetenza per territorio semplice non si realizza. Una volta sorta alla prima udienza l'incompetenza e non risolvibile mediante un accordo tra le parti, non c'è uno schema predefinito per il giudice. Quindi, il **giudice può scegliere** se affronterà subito la questione di competenza, ormai controversa tra le parti, ovvero se accantonarla e deciderla insieme al merito. Solitamente la affronta subito quando è palesemente fondata la questione. Assumiamo però che il giudice si riservi di decidere la questione di competenza insieme al merito. È presumibile che rigetti la questione di competenza e decida il merito. Nella sentenza vanno specificati i motivi



della competenza. Oppure, potrà decidere la propria incompetenza, non decidendo il merito. Quindi, il rinvio alla decisione di merito può esplicarsi in due modi: *competenza insieme al merito*, oppure *l'incompetenza*. Di fronte a questa doppia tipologia di sentenza, l'impugnazione è differente.

Tornando al primo caso, si ipotizzi il giudice che ritiene di non essere competente e affronta subito la questione. Ciò vuol dire istruirla, dare alle parti la possibilità del contraddittorio, e deciderla. Il giudice disporrà uno scambio di memorie destinato esclusivamente alla decisione sulla competenza. Se l'oggetto della decisione è solo la competenza, il giudice decide con un'ordinanza sulla propria incompetenza. Non, come dice il nome, sulla competenza, in quanto se competente non ci sarebbe bisogno, perché dovrebbe semplicemente proseguire il processo, bensì sull'incompetenza. Quando si arriva alla dichiarazione d'incompetenza, queste statuizioni hanno sempre dentro l'indicazione del giudice competente. Le ragioni di incompetenza che portano a queste decisioni possono essere valore, materia, territorio sia semplici che funzionali.

L'attore potrà entro tre mesi riassumere la causa presso lo stesso giudice. Oppure, se soccombe con l'incompetenza effettua il **regolamento di competenza necessario** (art. 42 c.p.c.), che è l'unico strumento di impugnazione in Cassazione diretto per le questioni di competenza. La cassazione ha l'obbligo di statuire la competenza.

Il convenuto che ha perso anche nel merito impugna solo l'incompetenza in Cassazione ex art. 43 (**regolamento facoltativo di competenza**), mentre, se vuole impugnare merito e competenza insieme, va in appello. Lo strumento dell'art. 43 c.p.c. è facoltativo in quanto il convenuto potrebbe anche ricorrere in appello.

Quando il tribunale adito si dichiara incompetente ne indica un altro. Se questo provvedimento non è impugnato con regolamento, si rende incontestabile il giudice da esso indicato, tranne che l'incompetenza era per territorio inderogabile o per materia (art. 44 c.p.c.). Quando anche questo altro giudice si dichiara incompetente, questo giudice si rivolge direttamente alla Cassazione per decidere definitivamente sulla competenza (art. 45 c.p.c.).



FORMA DEGLI ATTI PROCESSUALI

Forme

La forma degli atti processuali attiene al come si estrinsecano gli atti processuali e soprattutto al contenuto che deve avere l'atto processuale per integrare la forma stessa dell'atto. Sembra un po' macchinoso come concetto, ma in realtà quando si parla di **forma dell'atto processuale** si intende sia il **modo** di estrinsecazione dell'atto, sia il **contenuto** dell'atto stesso, ossia ciò che costituisce l'oggetto dell'estrinsecazione. Normalmente non vi si riferisce con la locuzione di mera forma dell'atto, ma piuttosto con l'espressione "**forma-contenuto**", laddove è il contenuto che dà la forma. L'art. 163 è l'articolo dedicato alla forma della domanda giudiziale: vi è un'elencazione di doverosi o possibili contenuti di quell'atto il cui rispetto da parte dell'attore va ad integrare la forma dell'atto stesso. È la chiave di lettura per sindacare se quell'atto processuale sarà valido o invalido.

Art. 121 c.p.c. – Libertà di forme

Gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo.

Questa è una norma molto importante dal punto di vista concettuale: la densità concettuale è altissima. L'articolo statuisce che *normalmente* è la legge che disciplina, per ogni atto del processo, quale sia la sua forma prescritta, individuandone per ognuno un contenuto che va, se rispettato, ad integrare la forma dell'atto. Ad esempio, la domanda giudiziale non può non avere come contenuto l'individuazione del diritto che l'attore vuol far valere verso il convenuto.

Se la legge non dovesse prescrivere una forma *ad hoc* per un qualsivoglia atto processuale, allora opera in vi residuale il **principio della libertà di forma** – possibilità che la parte del processo rediga anche al di fuori di quelli tipicamente regolati dalla legge.

Sono pochissimi quelli non regolati, ma la norma è importante perché fissa un altro principio cardine, ossia quello della **strumentalità delle forme**. A prescindere che sia la legge o meno a regolarlo, qualsiasi atto deve avere come forma-contenuto un contenuto idoneo a far raggiungere all'atto lo scopo a cui esso è destinato. A riguardo è opportuno richiamare la differenza fra dedotto e deducibile; ciò che non è deducibile al tempo della sentenza, perché non ancora determinatosi, sfugge ai limiti temporali del giudicato. Ma se una parte vuole far valere anche *post iudicatam* questo fatto sopravvenuto, non deducibile al tempo ma deducibile ora, deve in qualche modo introdurlo nel processo. La parte dovrà inventarsi un'istanza, dandogli un contenuto che sia poi, in concreto, idoneo a portare a conoscenza dell'altra parte e del giudice la rilevanza di quell'atto successivamente rinvenuto.

È un concetto importantissimo perché ogni atto costituisce una catena in cui molti di questi atti sono legati da un rapporto di causa-effetto. Gli atti nascono e si originano vicendevolmente, perseguendo un obiettivo prefissato dalla legge. È come analizzare in verticale gli anelli di una catena, quasi tutti previamente costruiti dal legislatore seguendo il criterio del raggiungimento dello scopo.

Art. 131, comma 1 e 2 c.p.c. – Forma dei provvedimenti in generale

La legge prescrive in quali casi il giudice pronuncia sentenza, ordinanza o decreto.

In mancanza di tali prescrizioni, i provvedimenti sono dati in qualsiasi forma idonea al raggiungimento del loro scopo.

[...]

Non c'è alcuna regolamentazione dei contenuti di ordinanza o decreti. Vengono determinati in concreto sulla base della singola esigenza. Il criterio del raggiungimento dello scopo è un **criterio obiettivo** e accomuna sia l'atto processuale della parte sia quello del giudice.

Una delle domande più tipiche da orale di magistratura concerne la differenza tra la forma di un atto processuale e la forma di un atto negoziale (o sostanziale). Tema enorme dal punto di vista della teoria generale del diritto. È opportuna una riflessione: quando una parte scrive, redige, da un contenuto alla domanda giudiziale, per poi portarla a conoscenza dell'altra parte (*notifica*), rileva, nel processo, la *volontà* di introdurre una lite nei confronti di Tizio con quell'atto? Rilevano i motivi per cui l'ho fatto?



Quando rilascio una dichiarazione di formazione della volontà, nell'atto negoziale rileva tantissimo l'*animus* per il quale ho rilasciato. Per contro, ciò che va oltre la forma e il contenuto dell'atto processuale, ossia *ciò che precede la formazione dell'atto (la volontà di compierlo)* e *ciò che segue la produzione dell'atto (gli effetti giuridici)*, è **irrelevante** ai fini del valido compimento dello stesso.

Termini e preclusioni

Spesso gli atti devono essere compiuti entro certi **termini**, tendenzialmente stabiliti dalla legge o, se consentito, dal giudice. I termini sono stabiliti dalla legge sono tendenzialmente **ordinatori**, salvo che la stessa li dichiari espressamente **perentori**.

I termini *perentori*, fissati a *pena di decadenza*, sono quelli la cui decorrenza da luogo automaticamente alla decadenza dal potere di compiere quell'atto. Si pensi ai termini per impugnare la sentenza. I termini *ordinatori*, invece, hanno lo scopo di regolare le attività processuali in modo elastico; la loro inosservanza non produce di per sé decadenza, salvo valutazione del giudice che può dichiarare la decadenza o prorogare i termini stessi.

In ambe due i casi, qualora si presenti decadenza poiché alcune facoltà processuali non sono state esercitate in un determinato momento, si verifica una **preclusione**, ossia la perdita, l'estinzione o la consumazione di una facoltà processuale.

Il computo dei termini va fatto secondo il calendario comune, calcolando anche i giorni festivi. Il giorno iniziale (**dies a quo**) non si computa nel termine, mentre si computa il giorno di scadenza (**dies ad quem**); se il giorno finale è festivo, la scadenza è prorogata al primo giorno seguente non festivo. Sabato è considerato lavorativo per udienze e quant'altro, salvo che per il compimento degli atti processuali svolti fuori dell'udienza, per i quali anche il sabato è escluso. Tutti i termini subiscono una sospensione dall'1 al 31 agosto (**sospensione feriale dei termini processuali**).



LA DOMANDA GIUDIZIALE: FORMA E CONTENUTO

Atto di citazione

La proposizione della domanda giudiziale avviene mediante l'atto introduttivo. Questo può assumere due diverse forme, d'ora in poi si tratterà unicamente la forma del **rito ordinario**, ossia la citazione. L'**atto di citazione** deve essere prima notificato alla controparte e solo successivamente depositato nella cancelleria del giudice, che ne prende visione dopo la controparte. L'atto contiene l'**editio actionis** (il contenuto dell'atto introduttivo), che stabilisce la *res in iudicium deducta* (la questione sottoposta a giudizio), e la **vocatio in ius** (la chiamata in giudizio).

(N.B. che l'altra forma è il ricorso, adottata da alcuni riti speciali quali il rito del lavoro e delle locazioni. Il ricorso presenta un iter cronologico opposto – chi chiede la tutela prima deposita l'atto presso la cancelleria, che fissa l'udienza di comparizione e, solo successivamente, notifica l'atto alla controparte insieme al decreto di fissazione della prima udienza).

Art. 163 c.p.c. – Contenuto della citazione

La domanda si propone mediante citazione a comparire a udienza fissa.

Il presidente del tribunale stabilisce al principio dell'anno giudiziario, con decreto approvato dal primo presidente della corte di appello, i giorni della settimana e le ore delle udienze destinate esclusivamente alla prima comparizione delle parti.

L'atto di citazione deve contenere:

- 1) l'indicazione del **tribunale** davanti al quale la domanda è proposta;*
- 2) il **nome**, il cognome, la residenza e il codice fiscale dell'attore, il nome, il cognome, il codice fiscale, la residenza o il domicilio o la dimora del convenuto e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono. Se attore o convenuto è una persona giuridica, un'associazione non o un comitato, la citazione deve contenere la denominazione o la ditta, con l'indicazione dell'organo o ufficio che ne ha la rappresentanza in giudizio;*
- 3) la determinazione della **cosa oggetto** della domanda;*
- 4) l'esposizione dei **fatti** e degli elementi di diritto costituenti le **ragioni della domanda**, con le **relative conclusioni**;*
- 5) l'indicazione specifica dei **mezzi di prova** dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione;*
- 6) il nome e il cognome del **procuratore** e l'indicazione della procura, qualora questa sia stata già rilasciata;*
- 7) l'indicazione del giorno dell'**udienza di comparizione**; l'invito al convenuto a costituirsi nel termine di venti giorni prima dell'udienza indicata ai sensi e nelle forme stabilite dall'articolo 166, ovvero di dieci giorni prima in caso di abbreviazione dei termini, e a comparire, nell'udienza indicata, dinanzi al giudice designato ai sensi dell'articolo 168bis, con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui agli artt. 38 e 167.*

L'atto di citazione, sottoscritto a norma dell'articolo 125, è consegnato dalla parte o dal procuratore all'ufficiale giudiziario, il quale lo notifica a norma degli articoli 137 e seguenti.

Analizziamo al meglio la norma.

- 1) L'indicazione del tribunale è funzionale ad individuare il giudice a cui si propone la domanda.
- 2) Si comprende che, ove l'attore o il convenuto non siano una persona fisica, gli stessi stanno in giudizio grazie all'istituto della rappresentanza organica. La corretta individuazione soprattutto del convenuto da parte dell'attore è essenziale: individuano la giurisdizione ordinaria *Italia*, la competenza territoriale e nel caso della società anche la società stessa. Se erra nell'individuazione, questa domanda giudiziale è nulla per inosservanza della forma-contenuto.
- 3) L'oggetto della domanda è chiamata **petitum mediato**, ossia la situazione sostanziale dedotta in giudizio. Integra il concetto più vasto di *petitum*.
- 4) L'esposizione dei fatti è l'affermazione dei fatti costitutivi e lesivi, astrattamente riconducibili ad una o più norme di diritto: è la c.d. **causa petendi**. Le conclusioni, invece, rappresentano il c.d. **petitum immediato**, ossia il provvedimento che si chiede in modo definito e preciso al giudice. Al numero 3 e al numero 4 dell'articolo sopracitato, si enunciano principi cardine. Siamo in un sistema di diritti, pandettistico. Un sistema laddove **la domanda deve contenere** l'individuazione dell'oggetto della domanda, *id est il diritto che si vuole fare valere*. Ciò detto, però, la norma



non scrive come. Banalmente, il diritto è un effetto giuridico riconosciuto da una norma di una serie di fatti costitutivi del diritto medesimo che la norma stessa rende giuridicamente rilevanti ai fini di quella attribuzione. È anche dato dalla **introduzione, allegazione dei fatti costitutivi di questo diritto**, per lo più. Ma non solo dei fatti che costituiscono questo diritto, ma di un fatto principale che viene prima ancora. È il fatto che da origine, quello storico, che ha violato quel diritto: si parla a riguardo dei **fatti lesivi**, senza i quali non si va in processo. Poi ancora la norma fa riferimento all'**inquadramento giuridico**, ma sappiamo che è tendenziale, in quanto in ogni caso spetterà al giudice individuare l'oggetto del processo (principio *iura novit curia*). Anche in relazione alla violazione che ha dato origine a quel processo l'attore chiederà al giudice il **provvedimento idoneo a tutelarlo**.

- 5) Si badi che l'indicazione delle prove nell'atto introduttivo è meramente *facoltativa*, in quanto potrebbe essere fatta successivamente alla proposizione della domanda.
- 6) La parte non può agire di persona perché di fronte al tribunale è sempre necessaria l'assistenza di un legale (diversamente dalle cause di fronte a giudice di pace che non eccedono gli euro 1200 dove ci si può presentare in giudizio personalmente). Come per le prove, è prevista la possibilità di ritardare il rilascio della procura alle liti, qui fino al momento della costituzione in giudizio.
- 7) La **vocatio in ius** del convenuto a presentarsi (con assistenza legale obbligatoria come visto al punto 6) ad una data obbligatoria di udienza fissa. C'è un calendario di udienze e l'attore individua una data che vuole, prefissata, nel quale chiamare il convenuto nella prima udienza. Si badi che questa data non è individuata dal giudice, ma dalla parte. Se oggi (24 ottobre) si dovesse notificare, bisogna fare i conti per non sbagliare e contare da domani, *dies a quo non computatur*, minimo **90 giorni**. Posso metterla anche lunga, fatto salvo il diritto in capo al convenuto di istanza di abbreviazione per portarla al termine più congruo. Il giudice potrà (e anzi quasi sempre farà) ritardare la data per esigenze organizzative. Se il giudice la dovesse rimandare a Pasqua, il convenuto raramente riuscirà a beneficiarne, perché quando gli verrà notificata la decisione questi avrà già depositato la difesa (il convenuto può costituirsi entro il termine di **20 giorni** prima dell'udienza di comparizione).

Questo modo ha ricevuto molte critiche giornalistiche, raramente tecniche. Questo perché arrivati a questa prima udienza, il processo non era "iniziato": chiaramente è pendente, ma tutta la trattazione e l'istruzione della causa si fa da lì in poi. Quei mesi erano sostanzialmente vuoti con riguardo ai poteri del giudice. Da quell'udienza si danno ancora adesso una serie di termini affinché le parti possano trattare la lite e dopo eventualmente il giudice possa trattare l'istruttoria. Quegli 8 mesi passati, perché di queste tempistiche si sta parlando nel mondo concreto, non davano in mano al giudice una gestione della lite istruita o trattata. Con la riforma che entrerà in vigore si mira a scolpire gli elementi di fatto; il giudice, conoscendo la causa, potrà fare molte più cose, inseguendo un modello di arrivare ad una *preliminary conference* in cui il giudice ha in mano una causa quantomeno definita: è questo il cuore pulsante della riforma del processo civile. Il legislatore, in tema, non si è inventato nulla! Si è tentata la strada di dare un contenuto a questa prima udienza, che rimarrà sempre fissa e fissata dall'attore; i termini però saranno più lunghi, **150 giorni**, in quanto si obbligano le parti a trattare la lite, così da arrivare alla prima udienza con il giudice preparato, in cui potranno discutere sui provvedimenti.

Questa americanizzazione o inglesizzazione del modello è stata frutto di mille mediazioni, trasforma l'attività dei professionisti ma soprattutto ridisegna completamente il lavoro del giudice: da spettatore passivo fino all'istruttoria, a *playmaker* attivo fin dall'inizio. Questo implicherà lavoro e conoscenza superiore, perché a ventaglio saranno poi introdotte definizioni che echeggiano veramente il processo anglosassone, con i limiti del processo continentale. Nell'ottica di una riforma procedimentale dove la riforma è anticipata, diventa fondamentale: una causa, importante o no che sia, si perde o si vince *in partenza*. Se sbagli l'atto introduttivo è molto faticoso raddrizzare la situazione, persino con le impugnazioni.

Individuazione dell'oggetto della domanda

Ciò detto, l'**oggetto del processo** si *determina* innanzitutto dalla **proposizione della domanda**. La corretta delineazione dell'oggetto è essenziale per una serie di motivazioni. In primo luogo, è essenziale per l'inquadramento del *ne bis in idem*; in secondo luogo, vi è necessità nel caso in cui la domanda sia identica a un'altra che è stata proposta ma non è già stata decisa – da luogo alla



litispendenza; e ancora, è funzionale al rispetto del principio del contraddittorio e in ultimo alle regole che governano il doppio grado di giurisdizione.

La **domanda**, però, si *identifica* mediante l'individuazione del **diritto fatto valere**. E questa avviene sulla base di diversi elementi in funzione delle diverse tipologie delle situazioni sostanziali dedotte nel processo dall'attore (*diritti assoluti / diritto relativi / diritti potestativi*).

Diritti assoluti

I diritti assoluti (ivi compresi i diritti reali, i diritti che hanno ad oggetto un bene determinato e i diritti della personalità) si definiscono **diritti autoindividuati**. Si consideri a titolo esemplificativo il diritto di proprietà di un soggetto nei confronti di un determinato bene. Questo non è individuato dal suo titolo d'acquisto! Se si potesse proporre un'altra controversia su un titolo di proprietà diverso rispetto a quello utilizzato in un processo precedente, equiparerebbe dire che esistono tanti diversi diritti di proprietà del bene quanti titoli esistono (io sarei proprietario una volta per invenzione, una volta per vendita, una volta per testamento e così via). In realtà, quando si fa valere un diritto reale, non si può essere proprietari di quel bene nello stesso lasso di tempo da altri titoli. Se il diritto fosse individuato dal titolo, potremmo avere più titoli concorrenti. E allora, la struttura del diritto reale dal punto di vista dell'individuazione nel suo processo, è esclusivamente individuata ai sensi dell'**art. 163 c.p.c. n.3**. Il diritto reale è individuato a prescindere del suo titolo di acquisto. Gli avvocati strategici, difatti, non individuano subito il titolo d'acquisto: lo farà dopo! In prima istanza si affermerà meramente proprietario di quel bene. E si badi all'importanza del concetto, statuire che un diritto assoluto si individua **a prescindere** dal suo titolo, equivale a fornire una risposta sul giudicato: vige, a priori, il *ne bis in idem*.

Ai fini quindi dell'individuazione del diritto, la tutela di un *diritto autoindividuato* si estrinseca nel *petitum*, mentre la *causa petendi* non costituisce elemento di identificazione dello stesso. Il diritto reale non consente la riproponibilità di diverse cause una volta rigettata una sulla base di un titolo.

Diritti relativi

Per contro, il modo di individuazione del diritto litigioso è diverso per i **diritti relativi**, in quanto i loro elementi identificatori sono l'**oggetto del diritto** e la **fattispecie costitutiva del diritto**. Proprio per questo, si suole riferirsi a tali con la dicotomia di **diritti eteroindividuati**: la *causa petendi* costituisce, insieme al *petitum*, elemento identificatore del diritto. L'individuazione si determina necessariamente dal suo fatto costitutivo!

Diritti potestativi

E allorché l'attore faccia valere un **diritto potestativo**? Non si può fare una spiegazione come fatta per i diritti reali o i diritti relativi, ma si può procedere direttamente a *due* casi molto dibattuti, che hanno avuto una pennellata della giurisprudenza di Cassazione rara.

Contratto tra due soggetti, in cui uno dei contraenti chiede l'**annullamento** dello stesso. È un'azione costitutiva, estintiva per vizi genetici del contratto che attengono alla corretta manifestazione della volontà. I motivi possibili di annullamento del contratto sono 4 (*dolo, errore, violenza e incapacità delle parti*). L'azione ha una prescrizione breve (5 anni). L'attore inizia una controversia sulla base della violenza privata, provando a convincere il giudice che quella volontà è stata estorta. Non avendo una prova diretta, il giudice non è convinto e quindi assegna la causa al convenuto. Non impugnata, passa in giudicato. Due mesi prima del quinquennio l'attore, affermando che in realtà in quel contratto non vi era solo estorsione, ma anche un dolo forte nel fargli concludere il contratto, ripropone l'azione di annullamento sulla base di un diverso motivo: fatti diversi che integrano l'annullamento. Il convenuto deve decidere se difendersi nel merito o sostenere il *ne bis in idem*. Il diritto potestativo nell'annullamento del contratto si individua come un diritto relativo: perso un motivo, ne scelgo un altro se sono nei 5 anni, o il diritto potestativo è più assimilabile al diritto reale e quindi non esistono tanti diversi diritti nell'annullamento del contratto ma piuttosto solo uno, individuato non nel suo motivo? La risposta della Cassazione è la seconda: **esiste un solo motivo**. Vi è un risalente orientamento degli anni '60 in cui sembrava darsi più credito a una legittimazione a diversi motivi di annullamento del contratto proponibili separatamente. La Cassazione più recente, invece, propende per la soluzione per cui esiste un solo diritto all'annullamento del contratto e quindi una volta azionato, l'attore avrebbe l'onere di azionare più motivi, per fondare in maniera più consistente la propria causa. Motivando sull'onere del dedotto e del deducibile, per ragioni di *fairness*



nei confronti del convenuto, non si può esporre il convenuto a 4 annullamenti del contratto quando i vizi sono tutti genetici e l'attore, nella disponibilità del diritto, lo ha individuato e lo ha scelto facendone valere uno solo. La motivazione processuale porta a concludere che il diritto è uno e unico, con la conseguenza che l'effetto di annullamento, una volta chiesto, è consumato, perché il diritto potestativo di annullamento non è individuato nel suo motivo, ma attiene solo alla fondatezza della domanda e non all'individuazione del diritto. Verrebbe da dire che la categoria dei diritti potestativi è assimilabile quanto alla sua individuazione nel processo ai diritti assoluti.

Alcuni in dottrina classificano diritti potestativi e diritti reali come domande autodeterminate, mentre i diritti relativi come domande eterodeterminate. Analizziamo il secondo esempio.

Risoluzione del contratto per inadempimento, azione costitutiva estintiva; L'attore la propone e perde la causa perché l'inadempimento non solo non è grave, ma non sussiste proprio. Se si dovesse astrarre alla categoria dei diritti potestativi la nozione dei diritti reali e quindi pensare che ogni diritto potestativo non è mai individuato dal suo titolo, conseguirebbe che, respinta una azione di risoluzione per inadempimento, un'azione di risoluzione per eccessiva onerosità batte sul *ne bis in idem*. Questo è errato. La dottrina erra nel tentare una cosa che neanche *Leibniz* riuscì a fare: provare a tutti i costi di mettere tutto in un sistema. In questo caso, il diritto potestativo di risoluzione del contratto **si individua dal suo titolo**. E questo perché attiene a *vizi funzionali* del contratto di cui non è dato preventivare se, come o quando insorgono.

*L'azione di annullamento è un diritto potestativo e la Cassazione dice che è **autodeterminato**; questo però non dà il destro per astrarre, da questo caso, una nozione per cui tutti i diritti potestativi sono assimilabili ai diritti reali. Vi sono alcuni diritti potestativi che sono palesemente **eterodeterminati**, come la risoluzione per inadempimento o la risoluzione per eccessiva onerosità. La risposta qui, come in molti casi della vita, giuridica e non, sarebbe la seguente: "It depends on...!"*



LA NOTIFICAZIONE E I SUOI EFFETTI

Notificazione

Che cosa succede una volta che la domanda giudiziale è portata a conoscenza del convenuto? Ha sicuramente la funzione della **notificazione**: una parte intende avviare un processo e lo fa sapere alla controparte. Oggi lo si fa per lo più via *PEC*, seguendo tutte una serie di indicazioni previste dalla legge. Il momento in cui il convenuto riceve *legalmente* la notifica della domanda giudiziale è riconducibile ad una data specifica: quella data costituisce la data di **inizio del procedimento**. *Da quel momento* si può dire che **il processo pende** tra le parti. Da questa data nascono una serie di effetti molto importanti, di due tipi principalmente:

1. **Effetti sostanziali**
2. **Effetti processuali**

Dal momento in cui l'atto di citazione viene ricevuto dal destinatario, ossia dalla notificazione della domanda, il processo pende. Il solo fatto del fenomeno del venir in essere del processo tra le parti ha dei riflessi rilevanti, sia con riferimento al diritto fatto valere con la domanda e quindi sul piano sostanziale, sia con riferimento al processo in quanto tale e quindi sul piano delle regole processuali (queste ultime spesso in deroga al diritto generale).

Effetti sostanziali

La domanda non può essere accolta nel momento in cui è proposta, ma l'inevitabile tempo di svolgimento del processo non può andare a detrimento della parte che ha ragione.

Prescrizione

Sotto il profilo sostanziale, gli effetti si manifestano con la **interruzione/sospensione della prescrizione** del diritto azionato. Le norme di riferimento sono gli artt. **2943** e **2945** del codice civile. Tantissimi diritti soggettivi sono soggetti al regime prescrittivo; imprescrittibili sono solo alcune azioni particolari, come l'azione di nullità del contratto. Tra gli atti idonei a interrompere la prescrizione, che significa non rimanere inerti dal punto di vista dell'esercizio del diritto e compiere un particolare atto che interrompa il decorrere del tempo, vi è anche la notificazione della domanda giudiziale. Per definizione, questa è l'atto più sicuro per interrompere la prescrizione di un diritto. Mentre per i diritti relativi o stragrande maggioranza dei diritti l'atto interruttivo non è necessariamente la domanda giudiziale (ma può essere semplicemente una *PEC* con intimazione ad adempiere), per altri diritti, soprattutto quelli reali, la domanda giudiziale è l'*unico* strumento idoneo a interrompere la prescrizione.

Per i diritti reali, l'**unico strumento** per interrompere l'**usucapione** dei terzi è la **domanda** giudiziale. Ai sensi del 2943 c.1 "la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, sia questo di cognizione ovvero conservativo o esecutivo". Quindi anche un'istanza di sequestro o un pignoramento sono idonei a interrompere la prescrizione dei diritti.

Ipotizziamo che la notifica della domanda giudiziale avvenga il 15 Gennaio 2005. Nel momento in cui si interrompe la prescrizione, **decorre ex novo** il periodo decennale circa il diritto relativo dell'esatto adempimento. I dieci anni astrattamente scadranno in data 15/1/2015. Ma evidentemente ciò è irrilevante. Quello che ci interesserà è la durata di questo processo fino al momento in cui questo si conclude con una sentenza di merito che definisce il processo, dove il termine "definisce" indica la *res iudicata*. In realtà il fatto che penda il processo comporta non solo l'atto interruttivo della prescrizione, ma vuol dire che la inevitabile durata del processo sterilizza questi dieci anni perché fino a che il processo non finisce con una sentenza passata in giudicato, la prescrizione del diritto non corre, o meglio è **sospesa**. Quando riprenderà, indipendentemente dal regime prescrittivo a cui era soggiogata prima, durerà 10 anni (anche il compenso di mediatore, 1 anno, diventerà di 10 anni). Per effetto del giudicato di condanna, infatti, il riposizionamento della prescrizione di tutte le tipologie di diritto è a termine unico, **dieci anni** ai sensi del 2953.

Attenzione però, perché non tutti i processi giungono a una sentenza di merito! Poco meno del 50% dei processi civili giunge a sentenza di merito passata in giudicato, la restante parte ha un epilogo diverso in vari modi, senza che venga intaccata la tutela. La regola della sospensione della prescrizione, al contrario di quella circa l'interruzione, non si verifica per tutti i casi. Se il processo non si conclude con una pronuncia di merito ma **di rito** o con una sentenza che **estingue** il processo, si determina un giudicato formale ma non sostanziale. La durata del processo intercorsa fino



all'estinzione non ha la stessa disciplina sulla sospensione della prescrizione della sentenza di merito passata in giudicato. O meglio, se il 18/1/2015 interviene l'estinzione del processo, l'attore del caso sopracitato potrà da un punto di vista astratto riproporre il processo, ma il convenuto potrà eccepire che è tutto prescritto alla data del 19/1/2015! Ed è tutto prescritto perché non gioca l'effetto sospensivo; quella finzione di non decorrenza era collegata all'ideale definizione del processo e se la sentenza di merito non arriva, quella finzione non opera ai sensi dell'articolo 2945 terzo comma. Così, se la prescrizione di un diritto è biennale, con la proposizione della domanda si interromperebbe la prescrizione (ripartendo da zero), ma se il processo si concludesse dopo tre anni, con una pronuncia in rito, il diritto sarebbe prescritto.

Decadenza

Un altro effetto sostanziale rileva in punto di **decadenza**. La proposizione della domanda impedisce il verificarsi delle decadenze. Con la decadenza il legislatore prevede un **termine perentorio** entro il quale il titolare del diritto deve compiere una determinata attività, in difetto della quale l'esercizio è precluso. La decadenza, quindi, può essere impedita solo dall'esercizio del diritto mediante il compimento dell'atto previsto.

Effetti processuali

Gli effetti processuali della domanda possono raggrupparsi tutti nella *litispendenza in senso lato* e nelle sue *conseguenze*. La *litispendenza in senso lato* è la mera pendenza del processo. Dalla stessa derivano tutte le conseguenze, esposte agli articoli 5 c.p.c. (*perpetuatio jurisdictionis*), 39 c.p.c. (*litispendenza in senso proprio e continenza*) e infine 110-111 c.p.c. (possibilità di *successione processuale*).

Perpetuatio jurisdictionis

Art. 5 c.p.c. – Momento determinante della giurisdizione e della competenza

La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo.

Per determinare se esiste la giurisdizione italiana e una volta che esiste se la competenza sia del tribunale di Milano o di Abbiate Grasso esistono delle regole e quindi una legge a riguardo che fa riferimento a delle *situazioni di fatto*. Si determinano, ai fini del radicamento del processo, nel momento in cui è ratificata la domanda (**stato di fatto e legge vigente**). Una sorta di cristallizzazione della legge di fatto al momento della proposizione della domanda (*perpetuatio jurisdictionis*). Se durante la pendenza del processo, o la legge o (più facilmente) lo stato di fatto cambiano, questa norma statuisce che ciò non può andare a danno dell'attore: irrilevante ai sensi della giurisdizione e della competenza un eventuale mutamento della situazione di fatto, a meno che intervenga la Corte Costituzionale. Le sentenze della Corte Costituzionale, infatti, sono *retroattive*; quindi la retroattività disposta da questa è in grado di derogare l'articolo 5.

Litispendenza e continenza

Art. 39 c.p.c. - Litispendenza e continenza di cause

Se una stessa causa è proposta davanti a giudici diversi, quello successivamente adito, in qualunque stato e grado del processo, anche d'ufficio, dichiara con ordinanza la litispendenza e dispone con ordinanza la cancellazione della causa dal ruolo.

Nel caso di continenza di cause, se il giudice preventivamente adito è competente anche per la causa proposta successivamente, il giudice di questa dichiara con ordinanza la continenza e fissa un termine perentorio entro il quale le parti debbono riassumere la causa davanti al primo giudice. Se questi non è competente anche per la causa successivamente proposta, la dichiarazione della continenza e la fissazione del termine sono da lui pronunciate.

La prevenzione è determinata dalla notificazione della citazione ovvero dal deposito del ricorso.

Il concetto di **litispendenza** è mondiale: in realtà il concetto è una sorta di anticipazione della *res iudicata*, quindi riposa su elementi di concetto e dogmatici molto molto importanti. Siamo parlando del famoso *parallel proceeding*. Due cause stesse, identiche, che per avventura pendono di fronte a



giudici diversi, con una di queste notificata prima. È il tema della duplicità dell'identica causa difronte a giudici diversi, che pone almeno due importanti snodi. Quando una causa è identica all'altra? E come mai due cause hanno giudici diversi?

Due domande giudiziali sono da considerarsi identiche tra loro quando sono **tra le stesse parti**, in cui si fa valere **lo stesso diritto** e si **chiedono le stesse conclusioni**.

È una norma la cui *ratio* è quella di **eliminare uno dei due** processi per evitare un possibile contrasto dei due giudicati. Tuttavia, la validità dell'unica decisione di merito riposa sul fatto che il giudice adito per primo sia realmente competente per giudicare. La *ratio* è di ordine pubblico, tanto che è prevista la rilevabilità dell'ufficio e riposa sul fatto che l'ordinamento non consente la doppia causa uguale. Se il primo è competente, si elimina il secondo, in funzione del **criterio della prevenzione**. Può capitare che però l'attore abbia fatto la seconda domanda perché si sia accorto che il primo tribunale non era competente. Infatti prosegue il giudice adito per primo solo a condizione che sia competente.

Un concetto simile espresso dalla stessa norma riguarda invece la **continenza** di cause. È una sorta di *litispendenza parziale* e può avvenire in due modi:

- 1) Quando di fronte a due processi pendenti tra le stesse parti, l'oggetto di uno dei due processi rappresenta un *quid minus*, con riferimento al topo di tutela richiesta, rispetto all'oggetto dell'altro processo (un processo contiene l'altro);
- 2) Quando l'oggetto di un processo è maggiore rispetto a quello di un altro processo, pendente fra le stesse parti.

In questo caso, come per la *litispendenza*, prosegue il giudice adito per primo ma solo a condizione che sia competente anche per la causa di fronte al giudice adito successivamente; altrimenti prosegue il giudice adito successivamente.

Successione nel processo e nel diritto controverso

Da quando pende il processo è possibile che accadono eventi che incidano sull'esistenza stessa di una delle parti del giudizio o sulla legittimazione a continuare il giudizio. Di queste eventualità si occupano gli articoli 110 e 111, differenziando la disciplina del verificarsi del fenomeno successorio nel suo duplice aspetto di *successione a titolo universale* (art. 110 c.p.c.) e di *successione a titolo particolare* (artt. 111 c.p.c.).

Art. 110 c.p.c. – Successione nel processo

Quando la parte viene meno per morte o per altra causa, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto.

Questa norma è dettata a tutela dell'altra parte, sia essa attore o convenuto, che deve poter contare su un'altra persona per la lite. In presenza della morte o dell'estinzione di una delle parti del processo, il processo **si interrompe** perché viene meno in quel momento il contraddittorio. È un istituto tecnicamente regolato dal c.p.c. negli artt. 299 e ss.

Successivamente, è **necessario** un comportamento **attivo** del successore a titolo universale o della controparte processuale: il successore dovrebbe spontaneamente costituirsi oppure l'altra parte del processo dovrebbe riassumere il processo nei confronti del successore.

In tema di società è un po' più difficile: il problema era capire quando si poteva considerare venuta meno una società di capitali. Dopo un po' di dibattito si è arrivati a una soluzione formale da parte della Cassazione a Sezioni Unite che nel 2013 ha confermato la correttezza dell'impostazione che considerava operante l'articolo 110 ogni qualvolta la società viene cancellata dal registro delle imprese, considerando successori a titolo universale tutti gli ex soci. La giurisprudenza ha scontato il problema di una società che può avere *n* soci. L'altra parte dovrà citare tutti i soci! Grandi problemi. Il tema si è riproposto anche per tutte le operazioni straordinarie, come la *fusione*, che determinano la nascita di nuovi soggetti. Tendenzialmente la giurisprudenza applica sempre il 110, quindi considerando la fusione tra società come non determinante dell'estinzione della società incorporata (o di entrambe le società in caso di fusione paritaria) e implicando che la prosecuzione del processo avvenga verso la società risultante dalla fusione senza alcuna interruzione del processo pendente.

Art. 111 c.p.c. – Successione a titolo particolare nel diritto controverso



Se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie.

Se il trasferimento a titolo particolare avviene a causa di morte, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto.

In ogni caso il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parti vi consentono, l'alienante o il successore universale può esserne estromesso.

La sentenza pronunciata contro questi ultimi spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui, salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione.

Questa norma si applica pressoché in tutte le controversie societarie, specie quando vi sono vendite di azioni. Il caso è questo: **Il bene di B viene venduto a C mentre B ha un processo pendente su quel bene con A**. Facciamo due varianti nell'esempio: nel primo vi è un'azione di *mero accertamento* della titolarità vantata dal convenuto del bene immobile fatta da A nei confronti di B. Ad un certo momento, il convenuto, che stragiudizialmente si vantava di essere proprietario, trasferisce per atto fra vivi il bene immobile al terzo C, fuori dal processo.

Nell'altro possibile caso, premesso un contratto di vendita di un immobile fra A e B, l'oggetto del processo non è un'azione reale, ma un'azione di nullità di questo contratto di vendita di un bene tra A e B. L'azione è obbligatoria non reale, seppur abbia ad oggetto un contratto con effetti traslativi. B vende il bene nella pendenza del processo al terzo C.

Questa norma da per presupposto che il bene, nonostante litigioso, sia disponibile: per definizione pone in incertezza se il soggetto venditore a terzi sia *a domino* o *a non domino*. Nonostante la pendente perdurante incertezza sulla titolarità, la legge italiana e mondiale *permette* di vendere il bene. Partiamo dai due esempi, dove a vendere è il convenuto. Posto che è ammissibile l'alienazione della *res litigiosa*, che problema causa l'alienazione nel processo? Chi vende non è più titolare del diritto, quindi durante la pendenza del processo sembra subentri un difetto di legittimazione passiva. Se B vende, non è più il titolare passivo del diritto oggetto di quel processo. E se non ci fosse l'articolo 111 il processo si dovrebbe immediatamente chiudere, poiché la legittimazione ad agire, anche passiva, deve sempre sussistere. Se così non fosse, qualsiasi convenuto venderebbe il bene: se sapesse che vendendo il bene il processo si chiuderebbe, il comportamento sarebbe quasi automatico. La norma però statuisce che il processo **continua tra le parti originarie**. Nel processo tra A e B, per A è completamente giuridicamente irrilevante che B possa e lecitamente venda il bene immobile a C, perché il processo continua. Si badi che B, che ha trasferito il bene a terzi, non ha nessun obbligo di denunciare questo trasferimento nel processo. Il mutare del contraddittore c'è solo quando B viene meno, non quando vende la *res litigiosa*. Potenzialmente ogni controversia potrebbe avere dentro il 111, perché in teoria non si sa quando si vende, configurando quindi, dopo la surrogatoria, il secondo caso di sostituzione processuale.

E quando si arriva a una sentenza? Il **quarto comma dell'articolo 111**, una delle norme che non può non sapersi, recita che *“la sentenza pronunciata contro [B] spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare [C] ed è impugnabile anche da lui [sempre C], salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione”*. Concetto forte. Vince A, che è tutto contento e nulla sa circa l'alienazione del bene. Si rivolge a B e chiede il bene indietro. B dice che l'ha venduto a C due anni prima. Il quarto comma dell'articolo 111, nel momento in cui stabilisce che la sentenza favorevole ad A si estende anche contro C (poteva non dirlo per sistema), per far salvo C enuncia una serie di eccezioni: salvo i *casi di possessi in buona fede* (art. 1153 c.c.) e i *casi di trascrizione*.

Se l'acquirente non intervenuto ha acquistato in buona fede una cosa mobile oppure ha trascritto l'atto d'acquisto di un bene immobile prima della trascrizione della domanda giudiziale, il suo acquisto non può essere compromesso dall'eventuale soccombenza dell'alienante. Più precisamente, per quanto riguarda le trascrizioni, colui che, nell'accingersi a stipulare un negozio traslativo, apprenda dalla consultazione dei registri immobiliari che nessuna controversia pende sul bene trasferendo, potrà star certo che la tempestiva trascrizione del suo atto d'acquisto lo porrà al riparo dagli effetti di eventuali sentenze pronunciate in merito al diritto acquisito, successivamente alla trascrizione del suo titolo, a sfavore del dante causa. Al contrario, se la domanda dovesse essere trascritta prima della trascrizione dell'acquisto del terzo, il giudicato avrà effetto anche nei confronti del terzo acquirente che sarà tenuto a restituire il bene. Tendenzialmente l'istituto della trascrizione



non è un titolo di acquisto della proprietà, quindi non essendo il terzo proprietario, A dovrà rifare la causa a C e la vincerò al 100%.

Chiudiamo ora sul *secondo caso*: l'oggetto è la validità del contratto tra A e B e quindi la trascrizione ha un effetto costitutivo. A norma dell'**art. 2652 n.6**, se la domanda di nullità è trascritta dopo cinque anni dall'atto impugnato, la sentenza che accoglie questa domanda non pregiudica i diritti acquistati da terzi in buona fede *a qualunque titolo*, **a condizione** che quest'ultimi hanno trascritto l'atto di acquisto prima della trascrizione della domanda di nullità o di annullamento. Questo è l'unico caso di trascrizione acquisitiva della proprietà.



NULLITÀ DEGLI ATTI PROCESSUALI

Profili generali

La nullità si configura come l'**inidoneità** di un atto a produrre i suoi effetti a causa di un determinato vizio e rappresenta un fenomeno ibrido tra la nullità e l'annullabilità di diritto sostanziale.

Il legislatore processuale ha scelto di non utilizzare la contrapposizione concettuale propria del diritto sostanziale tra nullità ed annullabilità, preferendo condurre il fenomeno dell'invalidità degli atti processuali a un concetto unitario, ossia quello della nullità, ricomprendendovi anche alcune caratteristiche proprie dell'annullabilità. Infatti, la pronuncia di nullità in campo processuale, da un lato, è **essenziale per l'inefficacia** dell'atto (come quella di *annullamento* in campo sostanziale) e, dall'altro lato, **dichiara** che l'atto **non** ha **mai** avuto **efficacia** (come è proprio della dichiarazione di nullità in campo sostanziale, *ex tunc*).

Art. 156 c.p.c. – Rilevanza della nullità

Non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge.

Può tuttavia essere pronunciata quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo.

La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato.

Nel primo comma ci sono 5 negazioni. Pertanto, la norma può essere così reinterpretata:

La nullità di un atto processuale si ha quando l'atto è carente dei requisiti formali (forma-contenuto) indispensabili per il raggiungimento dello scopo dell'atto. Normalmente, la legge stabilisce a priori il contenuto-forma dell'atto, a pena di nullità.

Nondimeno, nonostante la carenza di un requisito formale indispensabile per il raggiungimento dello scopo, l'atto non può mai essere pronunciato nullo se ha raggiunto lo scopo a cui è destinato.

Questo principio afferente all'economicità è stato coniato da coloro che tutto erano meno che economici: i *panedettisti*. Il buonsenso fece scrivere questa norma. Sostanzialmente, la nullità di un atto processuale è necessariamente sindacata da *giudici*. Nel senso che la nullità di un atto processuale nasce con la pronuncia del giudice. Questo perché è il giudice che dovrà valutare se l'atto manca dei requisiti e se pur mancando sia stato comunque idoneo a raggiungere lo scopo.

Esempio: Il contenuto della sentenza del giudice è previsto dall'articolo 132 c.p.c.; esiste un requisito formale, che è dato dal c.d. *dispositivo della sentenza*, ed esiste poi la *motivazione* che il giudice rende e che sorregge P.Q.M. (*per questi motivi*) il dispositivo. Qual è lo scopo dell'atto? Perché la legge stabilisce come requisiti formali indispensabili per la sentenza dispositivo e motivazioni? Si badi che ad esempio in Francia non vi è la motivazione della sentenza. L'obiettivo, qui in Italia, è rendere, per la parte che perde, logico e coerente il rapporto tra la condanna e il perché è stata condannata. Lo scopo è quindi convincere il soccombente ad accettare la sentenza. Può darsi che una sentenza di primo grado abbia un dispositivo, ma non abbia una motivazione idonea a sorreggerlo, vuoi perché non ce l'abbia del tutto o vuoi perché ce l'abbia ma sia solo apparente (non costituisce una *ratio decidendi* ad esempio). Questo aspetto fra il primo e il secondo grado può costituire un motivo di nullità della sentenza. Se la parte che perde non appella e quella sentenza passa in giudicato, allora il problema è diverso. Perché qui bisogna chiedersi se quel provvedimento processuale abbia comunque in concreto raggiunto uno scopo. Il fatto che la parte che aveva il potere di renderla invalida, non l'ha esercitato, consente di dire alla legge che quell'atto ha raggiunto lo scopo. Il 156 è una norma spesso studiata a memoria e spesso travisata, ma in realtà la parte più importante è l'ultimo comma.

Art. 157 c.p.c. – Rilevabilità e sanatoria della nullità

Non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte, se la legge non dispone che sia pronunciata d'ufficio.

Soltanto la parte nel cui interesse è stabilito un requisito può opporre la nullità dell'atto per la mancanza del requisito stesso, ma deve farlo nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso.



La nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, né da quella che vi ha rinunciato anche tacitamente.

L'articolo 157 è eco di una discussione in sede di lavori preparatori che toccarono le vette dei principi filosofici, tra processo pubblico o privato, delle parti o del giudice; pone una regola fondamentale, statuendo che il giudice, tendenzialmente, **non** ha un potere di rilevazione autonoma della nullità dell'atto processuale.

A riguardo si distinguono le **nullità relative**, vale a dire quelle che possono essere pronunciate solo su istanza di parte, dalle **nullità assolute**, ossia quelle che possono essere pronunciate anche d'ufficio.

Le nullità *relative* soggiacciono a 3 limiti: un **limite temporale** (l'eccezione di nullità deve essere proposta nella prima istanza o difesa successiva all'atto processuale nullo o alla notizia di esso), un **limite positivo** (deve essere proposta solo dalla parte nel cui interesse è stabilito il requisito mancante o viziato) ed un **limite negativo** (non può essere proposta da chi ha dato causa alla nullità o vi ha rinunciato a farla valere). Tutte queste regole non valgono per le nullità assolute.

Art. 159 c.p.c. – Estensione della nullità

La nullità di un atto non importa quella degli atti precedenti, né di quelli successivi che ne sono indipendenti.

La nullità di una parte dell'atto non colpisce le altre parti che ne sono indipendenti.

Se il vizio impedisce un determinato effetto, l'atto può tuttavia produrre gli altri effetti ai quali è idoneo.

Inizia tutto dalla domanda e arriva fino alla sentenza. Ciò detto, la norma è costruita al contrario. L'atto introduttivo è il primo, lo scopo è multiforme. Ma essendo l'atto introduttivo che segna la pendenza di un processo, tutti gli atti successivi sono dipendenti (financo la sentenza è dipendente). La nullità dell'atto introduttivo, se accertata, determinerà, in qualunque momento, la nullità del processo civile. Diversamente, supponendo che la domanda sia valida e questo processo sia giunto alla fase istruttoria, si immagini che si arrivi alla prova testimoniale. Ad esempio: una parte deve chiedere che un teste testimoni su un determinato fatto, opinando e sperando che testimoni a suo favore. Se la capitalizzazione del fatto 1 sia "che tempo c'è quel giorno?" e quindi sia una espressione di una mera opinione, quell'atto processuale di deduzione è nullo perché non raggiunge lo scopo a cui è destinato. Ma la nullità di quest'atto non inficia gli atti precedenti o gli atti successivi, perché sono indipendenti! Riassumendo, questa regola tenta di evitare le conseguenze della nullità degli atti processuali al di là dell'indispensabile, in funzione del **principio di conservazione degli atti processuali**; per contro, si propone di estendere la nullità tutte le volte in cui un atto nullo si pone come necessario antecedente di un altro.

La nullità di un atto quindi non comporta la nullità degli atti precedenti ma potrebbe provocare la nullità di quelli successivi nel caso in cui quest'ultimi siano **dipendenti** dall'atto nullo.

Nel pronunciare la nullità, il giudice è automaticamente investito del dovere di ordinare alle parti di disporre – ove possibile – la **rinnovazione** dell'atto nullo (*principio di conversione degli atti processuali*).

Art. 161 c.p.c. – Nullità della sentenza

La nullità delle sentenze soggette ad appello o a ricorso per cassazione può essere fatta valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie di questi mezzi d'impugnazione.

Questa disposizione non si applica quando la sentenza manca della sottoscrizione del giudice.

L'art. 161 spiega **come si fa valere** la nullità di un processo. La nullità si fa valere **con lo strumento impugnatorio** nei limiti e nelle forme delle rispettive impugnazioni. Saranno le regole dell'Appello a determinare come si fa valere la nullità della sentenza di primo grado e saranno le regole della Cassazione il modo assolutamente diverso circa come si fanno valere la nullità delle sentenze d'Appello. Se non si fanno valere con le impugnazioni, le nullità **si sanano**.

Le nullità degli atti processuali si sanano e conoscono un regime ben definito di sanatoria: se si parla delle sentenze, il regime è dato dall'assenza delle impugnazioni, mentre se si parla degli atti interni, il regime di sanatoria è dato per le nullità relative dal fatto che la parte che doveva eccepirarla non lo



fa nella sua prima difesa, mentre per le nullità assolute, posto che il giudice non le rilevi, emani la sentenza e questa non venga impugnata, dal fatto che quella nullità passa in giudicato.

Regola comune, a prescindere dall'atto o dal provvedimento, consta nel passaggio in giudicato della sentenza di merito (o di rito), che sana le nullità è degli atti processuali. **Eccezion** fatta per un unico caso ai sensi dell'**art. 161 comma 2**. La norma pone il fondamento positivo per la figura della c.d. **inesistenza**, ossia ciò che *più* è della nullità. Questa si configura nel caso in cui **la sentenza manca della sottoscrizione del giudice**. Strano da pensare, ma capita che i giudici non firmino. Il senso di questa disposizione è uno solo: escludere che la mancata impugnazione della sentenza non sottoscritta dal giudice passi in giudicato. Anche astrattamente *res iudicata*, quella sentenza non è *res iudicata* e consente a qualunque parte di adire nuovamente il giudice al fine di farla dichiarare inesistente; è un'autonoma *actio nullitatis*. A riguardo, dottrina e giurisprudenza concordano nel riconoscere che la disposizione abbia **portata esemplificativa**. Sono state elaborate altre ipotesi di inesistenza (*sentenza pronunciata da un soggetto che non ha potere giurisdizionale / provvedimento emesso nei confronti di una parte che già era inesistente non avendo capacità giuridica al momento della domanda / provvedimento il cui oggetto è incerto o impossibile / provvedimento non redatto per iscritto o carente di dispositivo o con un dispositivo impossibile*).

All'estremo opposto dell'inesistenza si suole individuare la semplice **irregolarità**, ossia ciò che è *meno* della nullità. Alla nozione di irregolarità si possono condurre quelle ipotesi di difformità della legge che, seppur non danno luogo alla nullità, in taluni casi vengono assimilate, sotto alcuni profili, alla disciplina dei vizi di nullità, mentre, in altri casi, si limitano a individuare una categoria residuale di difformità dal modello legale che rimane priva di sanzioni o alte conseguenze.



LA NULLITÀ DELLA CITAZIONE

Profili generali

Lo scopo dell'atto di citazione è duplice. Da un lato, si configura nella **vocatio in ius**, ossia la citazione a comparire a udienza fissa, che ha la funzione di instaurare il contraddittorio con il convenuto onde metterlo nelle condizioni di potersi difendere; dall'altro lato, nell'**editio in actionis**, ossia l'individuazione dell'oggetto del processo, che ha la funzione di precisare al convenuto ciò che si chiede nei suoi confronti per consentirgli di difendersi sul merito ed inoltre di offrire al giudice gli elementi per decidere.

- a) I vizi da *vocatio in ius* sono disciplinati al comma 1, mentre le conseguenze ai commi 2 e 3
- b) I vizi da *editio actionis* sono disciplinati al comma 4, mentre le conseguenze ai commi 5 e 6

Art. 164 c.p.c. – Nullità della citazione

Comma 1 *La citazione è nulla se è omesso o risulta assolutamente incerto alcuno dei requisiti stabiliti nei numeri 1) e 2) dell'articolo 163, se manca l'indicazione della data dell'udienza di comparizione, se è stato assegnato un termine a comparire inferiore a quello stabilito dalla legge ovvero se manca l'avvertimento previsto dal numero 7) dell'articolo 163.*

Comma 2 *Se il convenuto non si costituisce in giudizio, il giudice, rilevata la nullità [157 c.p.c.] della citazione ai sensi del primo comma, ne dispone d'ufficio la rinnovazione entro un termine perentorio. Questa sana i vizi e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione. Se la rinnovazione non viene eseguita, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo e il processo si estingue a norma dell'articolo 307, comma terzo.*

Comma 3 *La costituzione del convenuto [166-171 c.p.c.] sana i vizi della citazione e restano salvi gli effetti sostanziali e processuali di cui al secondo comma; tuttavia, se il convenuto deduce l'inosservanza dei termini a comparire o la mancanza dell'avvertimento previsto dal numero 7) dell'articolo 163, il giudice fissa una nuova udienza nel rispetto dei termini.*

Comma 4 *La citazione è altresì nulla se è omesso o risulta assolutamente incerto il requisito stabilito nel numero 3) dell'articolo 163 ovvero se manca l'esposizione dei fatti di cui al numero 4) dello stesso articolo.*

Comma 5 *Il giudice, rilevata la nullità ai sensi del comma precedente, fissa all'attore un termine perentorio per rinnovare la citazione o, se il convenuto si è costituito, per integrare la domanda (4). Restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti quesiti anteriormente alla rinnovazione o alla integrazione.*

Comma 6 *Nel caso di integrazione della domanda, il giudice fissa l'udienza ai sensi del secondo comma (6) dell'articolo 183 e si applica l'articolo 167.*

Vocatio in ius

Iniziamo dal primo comma: la citazione è nulla se omesso o risulta incerto alcuno dei requisiti dei numeri 1 e due dell'articolo 163, se manca l'indicazione dell'udienza di comparizione, se è stato assegnato un termine a comparire inferiore a quello stabilito dalla legge. Quindi se manca una delle cose previste analiticamente all'articolo 163 con relazione all'instaurazione del contraddittorio, la domanda è nulla **se non è indicato il tribunale** (o comunque sia il giudice), oppure è **assolutamente incerta o omessa l'indicazione di una delle parti**. L'ultimo sarebbe un **caso di scuola** se non fosse per le parti organiche come le società: lì talvolta si sbaglia con l'individuazione dell'organo in virtù del quale la società può stare in giudizio. L'importante è la corretta individuazione dell'organo che quella società ha organicamente stabilito come rappresentativo dell'ente. Nonostante ciò, rimaniamo sempre nell'ambito di due requisiti previsti a pena di nullità che sono più da manuale e che potrebbero in astratto anche non essere esplicitamente disciplinati.

Molti più casi, invece, sono dati dall'**assenza della data d'udienza di comparizione** o, in alternativa, quando è stato **fissato un termine inferiore** a quello previsto (90 giorni). Sembra strano non saper contare 90 giorni, ma in realtà c'è giurisprudenza di Cassazione anche relativamente



recente. Quando l'attore indica una data come prima udienza davanti al tribunale per il convenuto, lo stesso avrà una serie di possibilità per difendersi. Nel fissare 90 giorni, lo scopo della legge è rendere edotto il convenuto di un giorno, a decorrere dal quale, all'indietro, la legge assegna diritti di esercizi di difesa importanti: se l'attore dovesse fissare oggi 7 novembre la data e questi la fissasse il 7 febbraio, il convenuto avrà il diritto di *depositare le proprie difese fino a 20 giorni prima* del 7 febbraio. Individuare la data significa toccare un **diritto costituzionale** del convenuto, quello **di difesa**. Se il convenuto dovesse vedere una citazione al 3 febbraio, o non dovesse vederla proprio, non saprebbe in che tempo questi debba difendersi!

Andando avanti con la lettura dell'art. 164, si distinguono due situazioni:

1) **Se il convenuto non si costituisce in giudizio**, il **giudice, rilevata la nullità** della citazione ai sensi del primo comma, ne **dispone** d'ufficio la **rinnovazione** entro un termine perentorio. Questa **sana i vizi e gli effetti** sostanziali e processuali della domanda **si producono sin dal momento della prima notificazione**. Se la **rinnovazione non viene eseguita**, il **giudice ordina la cancellazione** della causa dal ruolo e il processo si estingue a norma dell'articolo 307, comma terzo.

Il giudice, se il convenuto non si costituisce, deve quindi rilevare la mancata costituzione. Arriva la prima udienza e vede che il convenuto non c'è; dovrebbe dichiararlo contumace, ma rileva il vizio e (invece di dichiarare nullo l'intero processo) in forza di questa norma ordina all'attore di rinnovare la citazione, dandogli un termine perentorio. Nell'allora aspirazione di chi ha scritto la norma vi era l'intenzione di non fermarsi sul rito mandando avanti il processo per una decisione di merito. Intanto però, nella realtà dei fatti, questo processo arriva dal 7 novembre a dopo l'estate successiva, se tutto va bene. La disposizione fortissima che da questa norma, però, è appena dopo a quanto detto: **gli effetti decorrono fin dalla prima domanda notificata**, perché la rinnovazione della seconda domanda corretta sana i vizi della prima. Anziché sanzionare l'attore, che non solo fa una causa, ma sbaglia anche una cosa elementare, la legge attribuisce al giudice il dovere di offrire la possibilità all'attore di sanare tutto. **È una norma scritta malissimo**, con l'intenzione, forte dei moti degli anni '90, di accelerare il processo. Ha un patente **favor actoris**: consente all'attore di rifare la domanda conservando gli effetti processuali e sostanziali della stessa. Ma non finisce qui:

2) **Se il convenuto si costituisce in giudizio**, la costituzione dello stesso **sana i vizi** della citazione e **restano salvi gli effetti** sostanziali e processuali di cui al secondo comma; **tuttavia, se il convenuto deduce l'inosservanza** dei termini a comparire **o la mancanza** dell'avvertimento previsto dal numero 7) dell'articolo 163, **il giudice fissa una nuova udienza nel rispetto dei termini**.

Ecco che vediamo il terzo comma del 156. Mettiamo caso che l'udienza fosse il 3 febbraio anziché il 7. Il convenuto va dall'avvocato e rifiuta di godere del diritto di far rilevare la nullità e, nell'interesse a difendersi, si costituisce depositando la sua difesa che, per legge, sana. Si arriva all'udienza del 3 febbraio e su sollecitazione del convenuto (ma in teoria anche d'ufficio) il giudice fa notare che non era stato osservato il termine minimo a comparire e nota come per legge deve fissare di nuovo la prima udienza nel rispetto dei termini. Il convenuto ha la possibilità di depositare di nuovo un'altra difesa, nonostante l'avesse già depositata, entro 20 giorni dalla data della nuova udienza fissata. Quindi, la fissazione dell'udienza vuol dire che la costituzione del convenuto **non ha sanato nulla** nella realtà concreta dei fatti se costringe il giudice a fissare di nuovo l'udienza! Al limite, da nullità assoluta si passa a nullità relativa. La norma è quindi anche un po' **contraddittoria**.

Analizziamo un altro caso: *il convenuto non si costituisce; il giudice non dichiara la nullità e dichiara erroneamente il convenuto contumace, decidendo nel merito e condannandolo*. Questa sentenza verrà notificata personalmente al convenuto, non essendoci un avvocato.

Innanzitutto riconosciamo che c'è una sentenza nulla, proprio perché essendo nulla la domanda giudiziale, sono nulli tutti gli atti che ne dipendono, sentenza inclusa. Lo si risolve con l'articolo 161: il mezzo di impugnazione è l'Appello e bisognerà vedere le norme dell'Appello come regolano questa fattispecie. Spoiler: non lo fanno. Bisogna guardare verso l'orientamento della Cassazione in merito. Un primo orientamento era probabilmente quello migliore, più rigoroso, per il quale il giudice d'Appello, constatata la nullità dell'atto introduttivo e quindi constatata la nullità della sentenza, non aveva altra strada per riconoscere la violazione del diritto di difesa che dichiarare l'intero processo nullo, con la possibilità dell'attore di riproporre quel processo, salvo che nelle more (dalla domanda giudiziale a questa nuova sentenza passata in giudicato magari in Appello) non si fosse prescritto il diritto. Questo orientamento era degli anni '80 e '90, formato sulla formulazione previgente del 164.



Nel 1999 viene promulgata una legge di modifica costituzionale, originata dalla necessità di tutela costituzionale al pentitismo mafioso. Tra le tante cose, viene sancito a livello di **rango costituzionale** una tendenza a riconoscere la **ragionevole durata del processo**. La Cassazione ha iniziato a orientarsi verso la ragionevole durata. Proprio per questo, anche in questo caso, l'orientamento precedente aveva un'interpretazione ostativa verso la ragionevole durata del processo, ritenendolo uno spreco di energie. Il nuovo orientamento cambia, motivato tendenzialmente da questo *trend*, statuendo che la corte d'Appello, pur riconoscendo un vizio e non potendo rinnovare la domanda originale introduttiva, ammette il convenuto erroneamente dichiarato contumace e condannato ad esercitare alcune difese e **decide nel merito, in un unico grado** con una sorta di primo grado in Appello. Adesso c'è uno scostamento dal punto di vista simmetrico di quello che prevede la legge rispetto a come la Cassazione interpreta. (Follia, n.d.r.)

Edictio actionis

L'*edictio actionis*, per come è stata formulata, individua la domanda giudiziale nell'ottica dei **criteri determinativi del diritto fatto valere**. Al quarto comma si recita che la citazione è **nulla** se è **omesso o risulta assolutamente incerto il petitum** ovvero se **manca la causa petendi**.

È una norma generale, che erroneamente sembra colpire l'invalidità se la domanda giudiziale non rispetta il n.3 o il n.4 dell'art. 163, a prescindere dal tipo di diritto fatto valere in processo. E questo sembrerebbe anche per autoindividuati, per i quali l'individuazione del diritto non passa dai fatti costitutivi (*causa petendi*).

Si ipotizzi il caso in cui una persona individua il diritto di proprietà, meramente affermando un rapporto di inerenza fra lui (soggetto) e il bene. Conviene il contenuto, senza dire nulla sul come convincere il giudice che è proprietario, quindi sul titolo di proprietà. È necessario un parallelismo: la norma sull'azione di rivendica (art. 948) inizia statuendo "Il proprietario può". Il tenore letterale non deve passare inosservato: È proprietario chi la propone, salvo che il convenuto riesca a provare di essere lui stesso il proprietario. L'articolo 164 qui non fa differenze, ma dal punto di vista del raggiungimento dello scopo, al netto delle differenziazioni, se nei vizi da *vocatio in ius* il tema era "dare al convenuto il tempo necessario per difendersi", nell'*edictio actionis* il tema è "**mettere il convenuto nelle migliori condizioni possibili di conoscere perfettamente perché deve difendersi e quali sono i fatti a lui imputabili**". L'ambizione della norma non è l'individuazione del diritto, bensì mettere il convenuto nelle condizioni di replicare effettivamente sui fatti materiali storici che sono intervenuti tra le parti, sui quali lo stesso ha il diritto di contestarli, ma deve anzitutto conoscerli.

Al comma 5, la norma dà un **termine perentorio** all'attore per **rinnovare** la domanda, **sempre che il convenuto non si sia costituito**.

Invece, nel caso in cui il **convenuto si sia costituito**, lo stesso **chiede** che venga dichiarata la **nullità** e concede un **termine** all'attore per rendere la domanda **integrata** nel contenuto forma. A differenza della *vocatio*, per l'*edictio* si ordina la costituzione dando un termine, poi naturalmente si dovrà valutare la domanda integrata.

La grande differenza fra le due discipline è data dal fatto che la sanatoria dei vizi relativi all'*edictio actionis* (al contrario dei vizi relativi alla *vocatio in ius*) **non ha efficacia retroattiva** né in caso di **rinnovazione**, né nell'ipotesi di **integrazione** della citazione. La disposizione "**restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti quesiti anteriormente alla rinnovazione o alla integrazione**" indica che naturalmente **non possono operare gli effetti sostanziali e processuali della domanda**; la disposizione poteva anche non esserci: come si fa a ritenersi interrotta la prescrizione del diritto se non è individuato il diritto? Prima bisogna individuare il diritto! Ha molto effetto sulla decadenza, essendo i termini molto più brevi delle prescrizioni.

Le conseguenze nel caso in cui la domanda integrata a sua volta è nulla non sono regolate e non bisogna credere sia sostenibile andare all'infinito con riproposizioni. Probabilmente il giudice andrà nel merito e rigetterà la domanda.



LE DIFESE DEL CONVENUTO

Comparsa di risposta

Quando il convenuto decide di rimanere inerte, questi non sarà pregiudicato agli effetti del merito, dando luogo a una situazione che si definisce “**contumacia**” – e ciò significa che nel nostro sistema l'inerzia del convenuto non impedisce l'emanazione della pronuncia di merito. Ciò detto, è chiaro che l'inerzia potrebbe pregiudicare lo stesso da un punto di vista di strategia difensiva.

Il convenuto può altresì decidere di rendersi *parte attiva* nel processo. In quel caso, le difese del convenuto, a fronte di una domanda giudiziale valida, si articolano in **tre grandi momenti**:

1. **Mera difesa**
2. **Eccezione**
3. **Domanda riconvenzionale**

Nel trattare uno per uno queste tre grandi macro difese verranno in considerazione una serie di altri principi immanenti, fra cui, la **non contestazione** (art. 115 c.p.c.), l'**oggetto del processo e del giudicato**, le regole circa l'**onere della prova** e la tecnica delle **presunzioni legali**.

Articolo 167 c.p.c. – Comparsa di risposta

Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicare le proprie generalità e il codice fiscale, i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni.

A pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. Se è omissivo o risulta assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della domanda riconvenzionale, il giudice, rilevata la nullità, fissa al convenuto un termine perentorio per integrarla. Restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti acquisiti anteriormente alla integrazione.

Se intende chiamare un terzo in causa, deve farne dichiarazione nella stessa comparsa e provvedere ai sensi dell'articolo 269.

L'atto difensivo del convenuto si chiama **comparsa di risposta**. Nella riforma si toccherà qualche parola del dispositivo; già da una lettura piana della norma si nota come scolpisca in maniera non interpretabile il contenuto delle difese del convenuto. Questa comparsa, contenente tutta o qualcuna di queste difese, deve essere depositata in cancelleria **20 giorni prima della prima udienza** fissata a 90 giorni dall'atto di citazione. Il suo termine per difendersi, quindi, è già diminuito fino a **70 giorni**; se non fosse che in realtà l'**attore**, nel momento in cui notifica la domanda giudiziale, ha **10 giorni** di tempo per **depositare i mezzi di prova**, i quali costituiscono in buona parte ciò che serve al convenuto per replicare. Quindi di quei 90 giorni, ai quali si devono sottrarre i 20 giorni ed i 10 giorni sopracitati, ne rimangono solo 60. Il termine a comparire, in concreto, è fittizio, perché per difendersi ora il convenuto dispone di **60 giorni**. Dalla lettura della norma si evincono una serie di **oneri** a carico di chi si difende, a differenza dell'attore: si pesi banalmente che l'attore ha i termini di prescrizione del diritto per fare una causa, mentre il convenuto ha 60 giorni per replicarvi. È perfettamente legittimo, però non c'è dubbio che vi sia questa discrasia.

Entro il termine di **60 giorni dopo** dalla prima udienza, la **difesa del convenuto** deve prendere corpo ai sensi del 167, che recita al primo comma che **il convenuto deve prendere posizione** (nella riforma verrà aggiunta la locuzione “in modo puntuale e specifico”): se non lo fa, non le potrà più proporre per tutto il processo, fino alla Cassazione.

Ciò ad eccezione di alcune attività difensive (**domande riconvenzionali / eccezioni non rilevabili d'ufficio / chiamata del terzo in causa**) che vanno svolte entro i termini per depositare la comparsa di risposta (**20 giorni prima** della prima udienza di comparizione) *a pena di decadenza*.

Mera difesa

Attiene alla lettura dell'articolo 167 proprio nel suo primo comma. Per **mera difesa** si intende la **semplice negazione da parte del convenuto dell'esistenza dei fatti posti dall'attore a sostegno della domanda**. È una mera negazione, un segno meno di fronte ai fatti costitutivi della domanda attorea.



Dal punto di vista dell'oggetto del processo, la mera difesa *non* implica un allargamento dell'oggetto del processo rispetto a quanto fissato dalla domanda attorea. Il fatto rimane sempre quello attoreo, negato dal convenuto e sostanzialmente i fatti controversi in giudizio rimangono a questo momento i fatti costitutivi del diritto fatto valere dall'attore.

La mera difesa si concretizza nella *contestazione della fondatezza della domanda in fatto o in diritto*.

Con la *mera difesa in fatto* si aprono due strade. Il convenuto può limitarsi a negare l'esistenza dei fatti allegati dall'attore, *così come prospettati da quest'ultimo con la domanda giudiziale*, operando una *mera contestazione dei fatti* attorei allegati. Seppure tale attività abbia importanza relativa agli occhi del giudice, per comprenderne l'importanza rispetto alla contumacia bisogna guardare all'articolo 115 c.p.c., che enuncia il **principio di non contestazione**, ai sensi del quale la proposizione della mera difesa avrà comunque l'effetto di evitare la *pacifità* del fatto allegato dall'attore e quindi ha lo scopo di **impedire l'esonero dell'attore dall'onere della prova** (*relevatio ab onere probandi*).

Se è vero che la mera difesa *in fatto* evita l'applicazione del 115 e quindi evita che il giudice possa di per sé ritenere vero il fatto attoreo anche senza una prova contraria, una **forma ancora più forte** di mera difesa *in fatto* consiste nel **dedurre un mezzo di prova che avvalori il contrario**. Non solo il convenuto nega quel fatto, ma deduce egli stesso in mera difesa una prova a sostegno della sua difesa.

Come anticipato, la mera difesa potrebbe riguardare anche **il diritto**: il convenuto potrebbe contestare che una determinata norma debba interpretarsi nel modo indicato dall'attore, delineando un'interpretazione differente o sostenendo che la norma non sia adatta al caso concreto. Anche in questo caso, l'attività difensiva non influisce sui poteri del giudice; e ciò in applicazione del principio *iura novit curia*.

Eccezione

Uno dei temi più importanti del processo civile è il tema della difesa del convenuto **in via o in forma di eccezione**. Fattispecie è un termine in traducibile; è l'insieme di fatti materiali della vita che hanno un impatto giuridico nella realtà, che coinvolge qualunque diritto soggettivo da farsi valere in processo. Finora è stata posta in esame una parte di questa fattispecie: i fatti costitutivi del diritto attoreo (il contratto dal quale nasce il diritto di credito, l'usucapione sulla quale si costituisce la proprietà di un bene). Tuttavia, se la fattispecie si limitasse ai fatti costitutivi del diritto, l'attore avrebbe sempre ragione. La norma sull'onere della prova statuisce che la **parte** che vuole far valere un diritto in giudizio ha **l'onere di provare i fatti costitutivi**, ma la **controparte** ha **l'onere di provare** tutta un'altra serie di eventuali fatti che per definizione non sono costitutivi del diritto fatto valere in giudizio, ma che sono per convenzione normativa denominati **fatti estintivi, modificativi o impeditivi (dei fatti costitutivi) del diritto attoreo**. Il termine "impeditivo" non c'è nella norma ma è riferito convenzionalmente a ciò che è chiamato inefficace nella stessa. La fattispecie è quindi composta *sicuramente* di almeno un fatto costitutivo attoreo e *eventualmente* di fatti estintivi modificativi o impeditivi dell'efficacia del fatto costitutivo. L'allocatione di questa tipologia di fatti è utile da essere studiata nella prospettiva della norma sull'onere della prova in primo luogo perché è l'unica norma che ne parla. Inoltre, non vi è dubbio che l'attore introduce, per suo esclusivo onere, il fatto che costituisce il diritto di farlo valere, al fine di vincere la causa. Il convenuto, per contro, si costituisce in giudizio perché vuole vincere la causa; potrebbe limitarsi alla mera difesa, ma il più delle volte non è sufficiente, soprattutto nelle dispute fattualmente complesse; il convenuto quindi si spinge oltre la mera difesa, avendo lo strumento per fare qualcosa di più incisivo: svolgere precipuamente una serie di **eccezioni** e quindi **introdurre** a sua volta nel processo, **allargando l'originale base attorea**, fatti ulteriori e nuovi rispetto a quelli allegati dall'attore, che ovviamente non sono costitutivi, ma **estintivi, impeditivi o modificativi (fatti EIM)**, volti a porre nel nulla i fatti costitutivi. È chiara la conseguenza: il **convenuto ha l'onere di provare i fatti EIM**. E si badi che una volta che i fatti sono entrati nel processo, sono **acquisiti** nello stesso e perde rilevanza chi li ha introdotti, perché diventano fatti normativi per il giudice, sui quali si dovrà pronunciare (art. 112).

La norma, nello scomporre la fattispecie, dà al giudice una efficace via d'uscita: la **regola di giudizio**. **Se è provato il fatto costitutivo e non sono provati i fatti EIM: vince l'attore / Non sono provati né i fatti costitutivi, né i fatti EIM: vince il convenuto / È provato il fatto costitutivo, ma è provato anche solo un fatto EIM: vince il convenuto.**



Esempio eccezione estintiva

È **estintivo** del diritto attoreo un fatto, per definizione temporalmente successivo al verificarsi del fatto costitutivo, che **incide su tale diritto determinandone l'estinzione**.

Esempio del malaccorto attore: inizia la causa dicendo che vent'anni fa ha dato mutuo una cifra a Tizio. Malaccorto perché il fatto "vent'anni fa ho dato a mutuo" è un fatto che ha introdotto l'attore stesso, ma che non gioca a suo favore. Una volta introdotto, quel fatto è al processo. Si è fatto lo stesso esempio in tema di dedotto e deducibile. Ora il convenuto, proprio di fronte alla frase il malaccorto attore, non solo si costituisce, ma lo fa di corsa nel pieno possesso delle sue capacità patrimoniali, perché solo difendendosi potrà introdurre a sua volta nel processo un fatto nuovo, che è l'**eccezione di prescrizione**. La prescrizione non è rilevabile dal giudice *ex officio*, ma è l'esercizio di un contro-diritto processuale, con il quale il convenuto introduce nel processo la rilevanza normativa per il giudice del fatto prescrittivo. E se il convenuto non lo fa, il giudice non può rilevare la prescrizione e, in assenza di altre difese, dovrà accogliere la domanda. A riguardo si suole dire che il pagamento di un debito prescritto è una sentenza giusta!

Esempio eccezione modificativa

Anche i fatti **modificativi** intervengono successivamente al verificarsi del fatto costitutivo del diritto attoreo e hanno la caratteristica di **mutare** tale diritto, determinando **conseguenze giuridiche differenti da quelle richieste dall'attore**.

Si possono costruire *n* esempi delle eccezioni modificative. Si ipotizzi la vendita di una bicicletta di corsa *top* di gamma. A un certo punto il compratore, che ha pagato un acconto, riceve in visione il mezzo e constata che in relazione al contratto che prevedeva *x* cose, la bicicletta non ha in realtà tutte le qualità promesse. Il compratore pertanto non paga il saldo e contesta stragiudizialmente che la bicicletta non ha le qualità. Il venditore, esasperato e convinto delle sue ragioni, inizia una controversia per chiedere il saldo e un danno da reputazione. Il convenuto si difende e introduce il fatto modificativo (sostiene che deve pagare quella bicicletta 6000 e non 20000). Anche qui è una questione di prova: l'attore è provato dal contratto, il convenuto dal fatto che c'è un vizio da essere ricompreso nella norma circa *quantum minoris*.

Esempi eccezione impeditiva

Tizio fa causa a Caio di esecuzione del contratto (art. 1453 c.c.). Caio si difende e predispone una comparsa di risposta sostenendo *inter alios* che il contratto è nullo per illiceità della causa ma è altresì annullabile per dolo incidente. Prendiamo ad esempio ora quanto scritto e analizziamo prima il secondo. Il convenuto si difende e introduce nel processo una serie di fatti storici che cercherà di provare in giudizio, con i quali vuole convincere il giudice che il consenso della conclusione di quel contratto è stato viziato da dolo incidente: è stato indotto a comprare a quel prezzo da delle condizioni che poi ho scoperto essere state falsificate. Nel momento in cui eccepisce il dolo incidente, contesta l'efficacia del contratto di cui gli è stata chiesta l'esecuzione coattiva, chiedendo al giudice che, sulla base delle prove del dolo incidente, rigetti quella domanda, accogliendo l'eccezione. Eccezione che sembrerebbe l'introduzione di un fatto che non è estintivo, non è modificativo, ma sembra **togliere efficacia** al contratto. Per quanto concerne la nullità (premessi che il convenuto può e farà entrambe le eccezioni) il convenuto la eccepisce sostenendo che la causa sia illecita. Dal punto di vista dell'eccezione, introduco un fatto idoneo a **impedire l'efficacia dell'atto costitutivo**; a maggior ragione qua perché dal punto di vista sostanziale, la nullità opera *ex tunc* mentre l'annullabilità *ex nunc*. Sono fatti impeditivi del diritto attoreo. Entrambi sono volti, se provati, a **impedire il manifestarsi dell'efficacia in quel processo del fatto costitutivo**. La nozione di fatto impeditivo è il fatto costitutivo col segno meno. Non è l'attore che quando fa la domanda ha anche l'onere della prova che il contratto è valido, è il convenuto che ha l'onere di provare che il fatto è invalido. Se la prova è raggiunta, perde l'attore.

Giudicato implicito

Si supponga che il giudice nel nostro esempio valuti provato in giudizio in un caso il motivo di nullità, nell'altro la prova del dolo incidente. E quindi respinge la domanda, motivando nell'un caso che il contratto è nullo, nell'altro che è viziato di annullabilità. C'è una differenza sostanziale sulle due difese. L'azione di nullità non si prescrive, l'altra si prescrive in 5 anni. Supponiamo che la domanda



giudiziale dell'attore fosse il girono dopo della scadenza della prescrizione dell'annullabilità. È importante sottolineare che con il rigetto della domanda dell'esecuzione del contratto, vuoi perché è nullo, vuoi perché è stata provata la annullabilità, **non si può sostenere** che nell'uno e nell'altro caso **il contratto sia stato dichiarato nullo o dichiarato annullato!** Le eccezioni sono un allargamento della base processuale; ma non un allargamento del *petitum*! L'oggetto del processo si amplia, ma la *res iudicata* cade sul diritto e il diritto è solo quello azionato, che viene rigettato. È vero che si forma una sentenza passata in giudicato che **fa stato ad ogni effetto**; ma il fare stato ad ogni effetto **cade sulla domanda** e l'unica domanda che c'è è quella del 1453, cioè l'esecuzione del contratto. Si chiude quel processo, che rigetta la domanda, ma quella sentenza non contiene un accertamento sulla nullità o sull'annullabilità!

Analizziamo in prima istanza la **nullità**. Tizio non si accontenta di quella sentenza e siccome sa che quella *res iudicata* ha toccato quell'oggetto, propone un'altra domanda che chiaramente non è la stessa, ma che comunque ha come suo fatto costitutivo quel contratto. Sapendo che quel contratto non è stato dichiarato né nullo né annullato, lo fa nuovamente valere per altri fini contro lo stesso convenuto. Stando a quanto detto sopra, può l'attore rifare una domanda fondata sullo stesso fatto costitutivo che era stato valutato dal giudice nullo o annullabile? Nelle **sentenze gemelle del natale 2014, le Sezioni Unite** con una sentenza di oltre 140 pagine si rendono conto che come prospettato questo caso c'è qualcosa che non torna. Soprattutto se si continua a parlare di lentezza della giustizia, perché far rifare *n* processi su quel contratto solo perché dopo anni e anni di istruzione sul dolo incidente o sulla nullità del contratto, quella istruzione o quella sentenza servissero solo a respingere la domanda di esecuzione e non potessero essere utilizzate *n* volte costringendo *n* giudici a dire cose financo diverse? Forse qualcosa non torna. La Cassazione va a stabilire che nel momento in cui, **per esigenze di valori e non norme** (*id est*, basta pandettistica e ragioniamo per *policies*), se la questione sulla nullità, come in questo caso, è stata **istruita, trattata e decisa nel contraddittorio pieno delle parti e si è rivelata**, guardando alla decisione, il **motivo essenziale del rigetto della domanda**, questa questione così decisa passa in giudicato a priori dalla domanda. **I giudici dovranno invocare il ne bis in idem invocando non una norma, ma una motivazione.** Il tema della *res iudicata* e il vincolo in modo da evitare quel secondo processo, riposa su due capisaldi che sono in grado di prescindere dalla domanda giudiziale e di ritenere che quel vincolo non sia in violazione del 112. *In primis* dal fatto che la questione **ha rispettato il giusto processo e in secundis** dal fatto che **quella questione era il motivo essenziale** per il rigetto di quella domanda: il rigetto di quella domanda ha come pilastro la nullità. Questo modo di ragionare per *policies*, che non è italiano o di *Civil Law* nel modo di pensare ma ancorato al modo anglosassone (comune UK-US), si chiama **teoria del collateral estoppel o issue preclusion doctrine**. Anche nei processi di *Common Law* la *res iudicata* è fra domanda e pronuncia, ma laddove la *issue* sia stata dibattuta tra le parti e sia stata **actually litigated o/e essential** per la definizione della lite, questa vincolerà nel caso in cui la questione di nullità verrà di nuovo eccepita nei processi. Riprenderemo questa sentenza.

Quid iuris della **annullabilità**? Qui è tremendo il discorso. Annullabilità per dolo incidente, l'azione di esecuzione del contratto è stata proposta quando la relativa azione di annullabilità il convenuto non l'avrebbe mai potuta più fare, ma siccome riceve una domanda di esecuzione del contratto nei termini di 10 anni, prova il dolo incidente e lo vince. Domanda rigettata per annullabilità del medesimo. Anche qui, il nostro furbo attore, ripropone una domanda fondata su quel contratto per altri fini. Qui bisogna andare con i piedi di piombo. C'è una **sentenza del fine 2019, in cui si vincola**, per le stesse ragioni di fondo esposte circa la nullità, **anche questa situazione**. È Cassazione a Sezioni Unite, non è norma di legge. No *stare decisis*, ma le nostre sentenze della Cassazione a Sezioni Unite sono fortissime. Meno è formalizzato lo *stare decisis*, più è impattante. Che poi, alla domanda se quelle questioni sono formalmente *res iudicata*, si dovrebbe continuare a rispondere "né si né no", perché il motivo di quelle decisioni è di andare oltre sulla forma della *res iudicata*, andando sugli effetti: che non ridiscutano più quella *res iudicata*.

Eccezioni in senso lato vs Eccezioni in senso stretto

Art. 112 c.p.c. – Corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato

Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti.



Obbligo di pronuncia vuol dire giudizio di fatto, applicando la c.d. regola di giudizio. Nondimeno, questa norma introduce una dicotomia tra eccezioni, che qui non specifica molto bene; e cioè le **eccezioni rilevabili anche d'ufficio** e le **eccezioni rilevabili solo dalla parte**, più convenzionalmente definite *in senso stretto*. La introduce dettandone una disciplina. Non bisogna fermarsi alla parafrasi letterale di questa norma, sarebbe un grande errore. La dizione letterale "eccezione rilevabile d'ufficio" può essere fuorviante: **saranno sempre e solo le parti che introducono i fatti nel processo**. Quindi la distinzione non attiene minimamente al momento introduttivo dei fatti EIM. Posto che nel processo solo le parti possono introdurre i fatti (l'attore i fatti costitutivi e il convenuto i fatti EIM), tuttavia, una volta che questi fatti oggetto di eccezione sono stati ritualmente introdotti nel processo, il loro modo di operare nel processo cambia a seconda che questi fatti fondino *eccezioni in senso stretto* (o di parte) o *eccezioni in senso lato* (o *ex officio*).

Per il giudice alcuni fatti oggetto di **eccezioni in senso stretto** operano **solo** se, una volta introdotti nel processo, **la parte che li ha introdotti** ne fa apposita eccezione (**istanza**) al giudice, **mentre** altri fatti, pur sempre introdotti dalle parti in tempo utile nel processo, **sono normativi** per il giudice a prescindere da una richiesta (o eccezione o istanza) *ad hoc* da una parte. Ad esempio, il primo caso è la prescrizione, il secondo caso è la nullità. La dicotomia quindi è opportuno sottolineare che non attenga al momento di introduzione dei fatti.

In concreto, non esiste alcuna norma di riferimento precisa o di sistema dalla quale poter dedurre un criterio di distinzione tra fatti operanti *ipse iure* e non. La dicotomia è risolta a monte perché la legge distingue il modo di operare in processo, ma per la stragrande maggioranza dei fatti non c'è disposizione di legge. Sicuramente la **compensazione** è un'eccezione *in senso stretto*, la **nullità** del brevetto è *rilevabile d'ufficio* dal giudice, l'**eccezione di annullamento** è un'eccezione *in senso stretto*, ai sensi del 1442.

La ritenuta **eccessiva onerosità della clausola penale**, fatto statisticamente probante, fino a 15 anni fa era un'eccezione di parte. Nel 2005 circa, le Sezioni Unite ribaltano e, spinte dall'esigenza di salvare le imprese in crisi, stabiliscono che l'eccessiva onerosità della clausola penale fosse rilevabile anche **ex officio**. Si badi che non esiste una norma che lo sancisce, quindi tendenzialmente la parte la rileverà comunque. Recentemente la cassazione ha cercato di fare un po' di chiarezza sul punto, con una serie di sentenze: secondo *l'intentio legis* dell'articolo 112, la *regola era l'eccezione di parte* e la *deroga era l'eccezione d'ufficio*, come emerge dal CAL, in cui vinsero le idee di Calamandrei contro il guardasigilli Grandi. Si voleva favorire la prevalenza delle parti e quindi dell'eccezione della parte rispetto a un'enorme profilazione del giudice.

Oggi la cassazione Sezioni Unite non può più andare a vedere *l'intentio legis* del 1920 o 30, perché al tempo si avevano circa 1500 controversie civili pendenti all'anno. Calamandrei coniò la frase della collaborazione tra le parti e il giudice. La Cassazione oggi deve ragionare con *l'intentio legis* del 2020: e la regola **oggi** è l'opposta. Nel silenzio della legge, tutto è rilevabile d'ufficio. Rafforza da dentro i poteri del giudice contro le parti, ma purtroppo è l'unica via. Ed allora, se emerge dagli atti del processo che non è giusto condannare per questo motivo, ben venga il potere del giudice che strutturi la decisione in modo equo.

Domanda riconvenzionale

Art. 36 c.p.c. – Cause riconvenzionali

Il giudice competente per la causa principale conosce anche delle domande riconvenzionali che dipendono dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione, purché non eccedano la sua competenza per materia o valore; altrimenti applica le disposizioni dei due articoli precedenti.

Il convenuto non si limita a chiedere il rigetto della domanda attorea ma propone egli stesso un'**autonoma domanda verso l'attore**, ampliando non solo l'oggetto del processo, ma anche quello della *res iudicata*. La legge ne definisce in maniera rigorosa le *condizioni*: deve essere **funzionale** a consentire la trattazione e la decisione simultanea, a patto che il cumulo oggettivo di domande si fondi su precisi elementi di collegamento (**ragioni di connessione oggettiva**). Due i casi:

1. Il titolo, o **causa petendi**, è identico tra domanda principale e domanda riconvenzionale;
2. Il titolo è un **fatto EIM** già **introdotta** sotto forma di **eccezione**;



Per completare l'esegesi dell'art. 36 c.p.c., si tenga presente che la trattazione congiunta dinnanzi al giudice della domanda principale è possibile soltanto in quanto la domanda riconvenzionale non ecceda la competenza per **materia o valore** del giudice adito. Qualora la domanda riconvenzionale **ecceda** la competenza per materia o valore del giudice adito, quest'ultimo deve rimettere tutta la causa al **giudice superiore**, assegnando alle parti un termine.



PROCESSO OGGETTIVAMENTE E SOGGETTIVAMENTE COMPLESSO

Il disegno del codice di procedura civile fu pensato in un'ottica bilaterale, anche se in realtà fin dall'epoca antica qualunque legislazione sul punto ha sempre previsto norme per il **processo su più parti**, che attualmente è anche preponderante. Oggi è infatti molto più utilizzato il processo con più parti, quantomeno trilaterale.

Processo con pluralità di parti

Per **processo con pluralità di parti** si intende il fatto che un processo possa coinvolgere più parti, sia dal *lato attoreo*, sia dal *lato del convenuto*; ciò implica *non solo un ampliamento soggettivo* dei termini della controversia, ma anche e per lo più quasi sempre un *ampliamento oggettivo* dei termini della controversia. Il processo con pluralità di parti quindi implica per lo più non solo un **cumulo soggettivo** (*più soggetti*), ma anche un **cumulo oggettivo** (*più domande*).

Per *processo simultaneo* si intende che il confine della lite è *soggettivamente e oggettivamente complesso*: normalmente vi saranno 3 soggetti e almeno due domande proposte nello stesso processo tra quei soggetti. Quindi, iniziare ad occuparsi del processo simultaneo, dove il termine simultaneo viene utilizzato perché era il termine latino *simultaneus processus*, significa trattare simultaneamente di fronte al giudice almeno **due o più domande intercorrenti fra soggetti parzialmente diversi**. Nella pendenza dell'unica lite, notificata il giorno x con la domanda giudiziale, quella lite intercorre fra almeno tre soggetti con almeno due domande intercorrenti fra quei due soggetti.

Tutta la disciplina del processo simultaneo equivale ad una disciplina di un processo complesso: i **tempi** saranno inevitabilmente **più lunghi**. Nondimeno, tutte queste norme non sono mai, neanche dopo l'entrata in vigore della norma della ragionevole durata del processo, incappate in una questione di legittimità costituzionale con il predetto precetto.

Connessione tra cause

Bisogna ora definire l'istituto della **connessione tra cause**, ove il termine *cause equivale* al termine **domande**. Esiste un legame tra le domande; e questa connessione tra le domande è una situazione che innanzitutto si verifica sul piano sostanziale, la cui ricorrenza legittima l'instaurazione del processo simultaneo. Ma cosa si intende per connessione tra domande al punto che A le può proporre nello stesso processo contro B e C oppure al punto che A e B possono proporre due domande nello stesso processo a C?

Questa connessione si può banalmente definire come una **identità** di almeno uno dei due elementi di identificazione oggettiva delle domande (*causa petendi o petitum*), financo in alcuni casi di un'identità di entrambi gli elementi.

Questo presupposto non ha nulla a che vedere con le regole del processo: ciò che è connesso non sono solo le domande, ma soprattutto i diritti sostanziali fatti valere con quelle domande. È da lì che si arriva alle domande come strumento processuale per tutelare un diritto "comune" in questo caso. Cominciamo da due attori nei confronti di un unico convenuto. Siamo nel caso dell'articolo 103.

Art. 103 c.p.c. – Litisconsorzio facoltativo

Più parti possono agire o essere convenute nello stesso processo, quando tra le cause che si propongono esiste connessione per l'oggetto o per il titolo dal quale dipendono, oppure quando la decisione dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni.

Il giudice può disporre, nel corso della istruzione o nella decisione, la separazione delle cause, se vi è istanza di tutte le parti, ovvero quando la continuazione della loro riunione ritarderebbe o renderebbe più gravoso il processo, e può rimettere al giudice inferiore le cause di sua competenza.

Si ipotizzi che i due attori sono soggetti danneggiati da un unico danneggiante. Classico caso di incidente stradale, fatto illecito di un danneggiante nei confronti di due danneggiati. Siamo di fronte a un'azione aquiliana ex 2043 c.c. Naturalmente i due danneggiati sono liberi di disporre del diritto di risarcimento del danno come credono: possono esercitarlo, possono non esercitarlo, possono anche esercitarlo in tempi diversi per varie ragioni e nulla può impedire questa modalità libera di far valere i propri diritti. Ad esempio, il primo danneggiante potrebbe essere economicamente solido e quindi potrebbe permettersi di iniziare una causa, mentre il secondo potrebbe pensare di conservare



quei soldi. Di fronte a questa situazione materiale, il boccino è in mano ai due danneggiati, ma si provi a pensare da un punto di vista dell'effettività della giustizia come servizio pubblico (*risorse, qualità della giustizia, effettività delle decisioni, danneggiante che si trova a fare due processi in tempi diversi*). Si può dire che fra i due processi esiste una **connessione per il titolo o per l'oggetto?**

Non c'è dubbio che le due domande di risarcimento fanno valere due diritti di risarcimento del danno che hanno l'identità storica dello stesso fatto (l'incidente). Ed allora, è intuitivamente meglio che i due attori possano agire congiuntamente nei confronti dell'unico convenuto, a ciò legittimati dalla stessa *causa petendi* delle due domande. Non c'è dubbio che il processo sarà più lungo, ma anzitutto è uno solo (E NON DUE!) e poi la sentenza sarà una sola e per definizione coerente, evitando due decisioni contraddittorie. Il rischio di lasciarle separate comporterebbe che l'istruttoria del fatto storico sarà fatta da due giudici diversi, con il *rischio* che le sentenze possano essere anche *incoerenti*, arrivando al punto in cui la prima domanda è accolta e la seconda è respinta.

È il c.d. **litisconsorzio facoltativo dal lato attivo**, ove due attori possono agire insieme dall'inizio contro lo stesso convenuto, purchè rispettino uno dei due **requisiti** oggettivi (**connessione per oggetto o per titolo**) fissati dal 103. E siccome la competenza del Tribunale si determina sulla base della residenza del convenuto, essendo qua il convenuto uno solo, non ci sarà neanche problema di competenza.

Si analizzi ora il caso in cui **un attore** propone le sue domande contro almeno **due convenuti**. Contratto di **fideiussione**: i soggetti sono il debitore (D), il creditore (C) e il fideiussore (F). Vi è una fideiussione, rilasciata dal fideiussore e pagata dal debitore. Il contratto di fideiussione intercorre tra il fideiussore e il creditore. Il creditore agisce per riscuotere il suo credito e ha due debitori, il debitore principale e il fideiussore. Ed il creditore agisce proponendo la domanda di restituzione o di pagamento del credito **sia nei confronti del debitore principale, sia nei confronti del fideiussore**. In questo caso la connessione è il *petitum*: identico diritto di ottenere il pagamento di quella somma. Quindi l'attore agisce direttamente nei confronti di entrambi e cumula nello stesso processo le due domande. Attenzione però: mentre il contratto originario era stipulato con la banca x che ha sede legale a Milano (Debitore), il contratto di fideiussione è stipulato con una assicurazione che però invece ha la sede legale a Roma (Fideiussore). Nel **litisconsorzio facoltativo dal lato attivo**, cumulare le due domande nei confronti dell'unico giudice implica scegliere uno dei due giudici. Ed allora, se non ci fosse l'articolo 33, il litisconsorzio facoltativo dal lato passivo sarebbe fortemente limitato e quindi la legge mediante questo precetto **deroga i criteri generali**.

Articolo 33 c.p.c. – Cumulo soggettivo

Le cause contro più persone che a norma degli articoli 18 e 19 dovrebbero essere proposte davanti a giudici diversi, se sono connesse per l'oggetto o per il titolo possono essere proposte davanti al giudice del luogo di residenza o domicilio di una di esse, per essere decise nello stesso processo.

È la norma più forte che c'è sul processo simultaneo: non solo **consente di derogare i criteri generali**, ma lo consente **a scelta dell'attore**. E se sceglie Milano il fideiussore non può eccepire l'incompetenza e se sceglie Roma il debitore non può eccepire l'incompetenza. Arriva al punto di derogare la competenza per scelta dell'attore affinché le domande possano essere decise nello stesso processo. Laddove le due domande siano in qual modo connesse fra di loro, sarà un unico giudice a deciderle, per evitare il rischio di sentenze contraddittorie fra loro.

Supponiamo ora che ci sia una **delibera societaria** da parte dell'assemblea. Al netto di tutte le condizioni per poterlo fare, più soci, assenti o dissenzienti, decidono di impugnare questa delibera. Non tutti i soci, bensì alcuni, propongono un'azione in cui fanno valere il *diritto potestativo* di ottenere dal giudice una sentenza che annulli la delibera. Siamo nel caso di una **pluralità di attori** verso la società. Domanda. È ovvio che a livello logico questi soci possano agire insieme, ma la connessione qui che giustifica questa situazione è innanzitutto fornita da un'identità di *petitum*. E questo perché il diritto fatto valere si identifica con l'effetto che si vuole avere e quindi l'annullamento della delibera. Ma qui c'è anche identità della *causa petendi*, il contratto sociale. Diversamente dall'esempio classico fatto (i danneggiati), qua un litisconsorzio facoltativo attivo è ammesso innanzitutto perché è identico il *petitum*, ma è identica anche la *causa petendi*.



È una figura unica nel suo genere, chiamata ***litisconsorzio unitario***; non espressamente regolato dal codice di rito, ha la caratteristica di essere facoltativo quanto all'instaurazione (più soggetti non sono parti necessarie del processo) ma di divenire necessario quanto alla prosecuzione (la decisione deve essere cioè unica per tutti i litisconsorti). Gli effetti vanno in capo a tutti se accolta. Se la domanda è rifiutata però no, ma chiaramente dopo sarà decaduto il diritto.

Tuttavia, spesso le domande, pur tra loro connesse, sul piano sostanziale vengono proposte separatamente, vuoi dal lato attivo vuoi dal lato passivo. E quindi il 103, con la sua importante deroga di competenza data dal 33, è una norma che esiste sul piano della previsione normativa. Dal lato attivo non è quasi mai applicata. Ma non può o almeno si è ritenuto per un secolo che non potesse esaurire gli strumenti offerti dalla legge per attuare il processo plurilaterale. Nel premettere questo, sono necessarie altre previsioni, volte a ottenere lo stesso risultato del 103 ma che prescindono dall'instaurazione *ex ante* di un processo da più parti. Il legislatore favorisce e vuole questo processo simultaneo.

Art. 40 c.p.c. – Connessione

Se sono proposte davanti a giudici diversi più cause le quali, per ragione di connessione possono essere decise in un solo processo, il giudice fissa con ordinanza alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa accessoria davanti al giudice della causa principale, e negli altri casi davanti a quello preventivamente adito.

La connessione non può essere eccepita dalle parti né rilevata d'ufficio dopo la prima udienza, e la rimessione non può essere ordinata quando lo stato della causa principale o preventivamente proposta non consente l'esauriente trattazione e decisione delle cause connesse.

L'art. 40 c.p.c. non specifica se si riferisce ai casi in cui le due cause, tra di loro connesse proposte separatamente di fronte a giudici diversi (entrambi competenti), sono tra le stesse parti o no. Si limita a favorire la ***trattazione congiunta*** di ***domande cumulate*** che non hanno ricevuto un processo ***simultaneo ex ante*** ma cercano di ***raggiungerlo ex post***. La norma individua la figura dell'unico giudice davanti al quale favorire la riunione nel ***giudice adito per primo***, secondo lo stesso criterio già utilizzato nella ***litispendenza in senso stretto***. Il termine qui è perentorio, in quanto è statuito chiaramente che il termine ultimo per eccepire la connessione è ***entro la prima udienza***. In ogni caso, la riunione non può comunque disporsi se la causa precedentemente proposta si trova già in uno stato d'istruttoria avanzato che non consente la trattazione esauriente della causa che gli viene riunita.

A riguardo, si consideri un caso realmente esistito di ***opposizione*** al progetto di ***fusione*** di due società. Un socio, che lamentava che quella fusione da miliardario lo portasse sotto i ponti, propone presso due Tribunali diversi due opposizioni ai due progetti di fusione. Una al tribunale di Ivrea, sede legale della prima società, e una al tribunale di Firenze, sede legale della seconda, con una differenza di 8 minuti fra le due domande. La prima udienza è fissata a Ivrea. Il convenuto della prima società afferma che esiste un'altra causa a Firenze notificata dopo con 8 minuti di differenza. Il giudice attende l'udienza di Firenze che era dopo 4 mesi, in cui il giudice di Firenze rileva la connessione e dà alle parti un termine di 60 giorni per riassumere quella causa di Firenze e rimetterla a Ivrea. Applica, nel silenzio dell'articolo 40, lo stesso anche quando i soggetti sono parzialmente diversi.

Il secondo comma dà un limite di rilevanza: come anticipato, va eccepita ***entro la prima udienza*** della seconda causa. E questo perché bisogna cercare di realizzare il processo simultaneo fin dall'inizio, come se fosse *ex ante*. Nel disegno attuale del codice era così. La rimessione (atto con cui si porta la causa di Firenze a Ivrea) non può essere ordinata quando lo stato della causa principale (Ivrea) o preventivamente proposta (Ivrea) non consente l'esauriente trattazione e decisione delle cause connesse. Nel caso fatto, succede che il tribunale adito per secondo, Firenze, può disporre la rimessione perché anche al tribunale di Ivrea non è ancora stata trattata o istruita la domanda. Ci sono gli stessi atti che ci sono a Firenze. Ma se invece di questo esempio, reale, invece degli 8 minuti si ipotizzano 8 mesi o due anni, è possibile che quando viene eccepita la connessione, la causa e la domanda preventivamente trattata abbia già superato una fase del processo nel quale l'esigenza di un processo simultaneo volto a garantire la coerenza decisoria non sia più attuabile. E non essendo più attuabile non è più utile e anzi, invece di favorire, ritarda la definizione del primo



processo e non riesce a garantire comunque la coerenza decisoria. Ed allora tanto favor ai processi *ex ante*, per quelli *ex post* vi è *favor* ma con limiti.

Riassumendo: il legislatore considera un valore da perseguire un processo simultaneo con domande connesse in un certo modo, ma rendendosi conto che l'instaurazione ex ante sia un'instaurazione lasciata al caso e che sia molto più probabile che domande connesse siano proposte separatamente, adotta una serie di strumenti, tra cui il primo è quello disciplinato dall'articolo 40; due cause riunite difronte un unico giudice, quello adito per primo, purché competente per entrambe, con il limite del comma 2, la valutazione del giudice della seconda causa andrà fatta in relazione allo stato di avanzamento della prima.

Intervento volontario

È opportuno ora trattare gli **interventi in causa di terzi** rispetto alle parti originali bilaterali che rappresentano i soggetti pendenti. Due le ipotesi: **intervento volontario** (processo fra A e B dove C si introduce volontariamente) e **intervento coatto** (processo fra A e B dove C interviene coatto dalle parti o dal giudice).

Art. 105 c.1 c.p.c. – Intervento volontario

Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo.

Il legislatore non ha voluto adeguarsi a quello che in molti ordinamenti ampiamente è definito in maniera più semplice distinguendo due forme di intervento volontario. Nel nostro ordinamento invece è necessario ricavarle con un meccanismo di induzione sulla base dei collegamenti a seconda che siano per il titolo, per l'oggetto, nei confronti di entrambi le parti o nei confronti di sola una parte. Bisogna prendere in considerazione due tipologie diverse di intervento volontario:

- 1) **Intervento volontario c.d. principale**
- 2) **Intervento volontario c.d. litisconsortile** (chiamato anche adesivo autonomo)

Intervento volontario principale

È opportuno iniziare dalla figura classica dell'**intervento volontario c.d. principale**.

Supponiamo che A sia il cedente di un credito, B il debitore ceduto e C il cessionario. Quindi vuol dire che qui siamo difronte a una pendenza della lite fra A e B che ha nel suo *background* un **contratto di cessione del credito**. Il cedente si fa attore verso il ceduto del credito ceduto e lo pretende in restituzione. Il processo inizia e il cessionario viene a conoscenza di questo processo, con la convinzione che lo stanno imbrogliando. C vuole la restituzione di quel credito. Che si fa? La prima risposta che verrebbe da dare è: non fare niente, il giudicato non si estenderebbe a lui. E se nessuno lo chiama in giudizio, perché deve entrare nel giudizio, diventare parte e subire gli effetti? Il processo altrui e la sentenza altrui non lo toccano dal punto di vista sostanziale (*res inter alios iudicata tertio neque nocet neque prodest*). Però se si astiene, e B eventualmente condannato a pagare paghi, per quanto paghi ad un creditore apparente, estingue il credito. E quindi se C non fa nulla e si poggia sul 2909, è proprio il 2909 che lo frega. Il credito di C non ci sarà più. Quindi la *legal opinion* non è quella di prima: lo scopo di C è **evitare che si formi una sentenza a lui sfavorevole in sua assenza**. E quindi l'unica modalità per impedire questo è entrare in quel processo. E per entrare in quel processo, quali altri strumenti avrebbe C per tutelare il proprio diritto di credito? Potrebbe quel processo con pluralità di parti attuarsi *ex ante* ex 103 lato attivo? No perché la posizione di A e di C è incompatibile. Quindi, in una situazione così (e di situazioni così ce ne sono), l'unica *chance* per C è di attuare un processo simultaneo entrando nella pendenza tra A e B mediante l'intervento principale. È il *primus inter pares*, strumento quasi esclusivo, che consente ciò a C. Il *petitum* è identico, ora bisogna stabilire la direzione.

Si ha intervento principale quando il terzo fa valere **nei confronti di entrambe le parti** un diritto relativo all'oggetto già dedotto nel processo medesimo dall'attore. Il giudice potrà accordare il *petitum* solo se prima stabilisca chi è il titolare. Il **diritto del terzo** è quindi **autonomo e incompatibile** con quello oggetto del processo, **nei confronti di entrambi**.

Il rischio è che C non faccia l'intervento, ma agisca contro B separatamente per i fatti suoi. E qui siamo a rischio di sentenze confliggenti praticamente ineseguibili (i mille vengono dati una volta sola,



da chi? Se B paga in buona fede ad A estingue il debito!) e si otterrebbe lo stesso risultato del mancato intervento in capo a C.

Intervento volontario litisconsortile

La seconda tipologia di intervento viene chiamato **intervento litisconsortile** (ma anche recentemente adesivo autonomo). Il terzo **poteva agire ex ante** in giudizio **insieme all'attore** ma non lo ha fatto; la domanda del terzo sarà preposta **solo nei confronti del convenuto** (non c'è incompatibilità fra terzo e attore, infatti si poteva agire insieme già da prima). È come se fosse il 103 ma azionato in un secondo momento, proprio perché il terzo fa una domanda solo verso il convenuto. Il 105 è un 103 normale ma realizzato in un successivo momento. L'intervento litisconsortile è spesso erroneamente utilizzato dai soci che credono di poter intervenire nell'impugnazione della delibera assembleare precedentemente attivata: se sono decorsi i termini decadenziali dell'azione (già solo la prima udienza ha un termine a comparire più lungo della decadenza) il giudice lo dichiarerà inammissibile a prova che questi avrebbero potuto agire *ex ante*; nonostante ciò, gli altri soci sono tutelati *secundum eventum litis*.

Intervento adesivo dipendente

Detto ciò, il comma 2 del 105 sembra suggerire un nuovo tipo di intervento.

Art. 105 comma 2 – Intervento volontario

Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio interesse.

Da un punto di vista fattuale, la legge consente che un terzo, estraneo alla lite pendente fra due soggetti, possa depositare una domanda di intervento senza far valere un diritto suo, come nei casi principali, ma semplicemente **affiancandosi alle difese di una delle parti**, per lo più il convenuto, per sostenerne le ragioni, avendovi un particolare interesse. Ed infatti viene chiamato **intervento adesivo dipendente**. Di questa dizione dell'articolo 105 comma 2 si riscontra un impatto pratico dello 0,5%. La parola interesse è ambidestra nel campo giuridico. Noi conosciamo nel campo processuale l'interesse ad agire ex articolo 100, con una valenza importantissima – accadimento storico che scatena la lite processuale. Qui il richiamo alla parola interesse non ha nulla a che vedere con l'interesse ad agire, ma configura un requisito di applicazione o della azione di nullità o dell'intervento adesivo che non è definito, lasciato ad una interpretazione del sistema. Dobbiamo ricostruirlo dal sistema, dandone un contorno definito. Su questa nozione di interesse si è scatenato l'inferno: non ha portato a nulla. Per definirlo bisogna fare un discorso pragmatico.

Che interesse di intervenire ha un soggetto, terzo rispetto alla lite di altri due, al fine di **aiutare uno di loro due a difendersi**, non sapendo se il suo aiuto servirà, ma sicuramente sapendo che, intervenendo, subirà gli effetti di quella sentenza? Da un punto di vista utilitaristico, il terzo interventore adesivo o è sprovveduto o è uno che ha nell'intervento adesivo ha un indiretto strumento di tutela dei propri diritti che non fa valere. L'interesse giuridicamente protetto dal 105 comma 2, che funziona da condizione legittimante l'intervento volontario in via meramente adesiva, si individua con sicurezza nei pochi **casi** in cui la **legge** ha previamente **esteso l'efficacia soggettiva della sentenza oltre le parti**. Sicuramente in questi casi, il terzo o i terzi che subiranno gli effetti diretti di una sentenza altrui, avranno nell'intervento adesivo l'unico strumento per potere indirettamente **tutelare il proprio diritto (senza farlo valere)**, ma nell'aiutare le difese di una delle parti, le modalità indirette di tutela del proprio diritto saranno date dal fatto che la parte aiutata vinca quel processo. Ne abbiamo parlato su due esempi, ad altri fini, che però vanno riproposti.

Il primo caso è la **sublocazione**. Sappiamo che per ragioni sostanziali il sublocatore risente delle vicende che intercorrono in relazione al contratto madre fra locatore e locatario, e quindi se vi è una sentenza che risolve il contratto di locazione madre, l'efficacia di quella sentenza, si riflette anche nei confronti del sublocatore e questi dovrà lasciare la stanza. Per tutelarsi non gode di un diritto autonomo da far valere nel processo fra locatore e locatario, tuttavia la legge, dal punto di vista sostanziale, plasma un istituto che lo aiuta. Nel momento in cui la legge consente che una sentenza del giudice emanata in un contraddittorio fra locatore e locatario estenda i suoi effetti contro il sublocatore, non può non consentire al sublocatore un minimo diritto di difesa in quel processo:



sarebbe un problema di costituzionalità evidente, perché avrebbe acconsentito l'esposizione del sublocatore al *dictum* della sentenza altrui senza consentirgli niente. È un *vulnus* di costituzionalità. Nondimeno, l'articolo 105 comma 2 consente al sublocatore di aiutare il proprio locatore (locatario originario) ed assisterlo nelle difese, assumendo sì la qualità di parte, ma con nessun pregiudizio perché gli effetti si sarebbero comunque prodotti anche su di lui. Al punto che la nozione più sicura di intervento adesivo è quando questo interesse è pre individuato da norme di legge, direttamente o indirettamente.

L'altro esempio è la **garanzia per evizione** ex art. 1485. Garanzia reale, il dante causa nel momento in cui trasferisce un bene all'avente causa, per legge ne garantisce la provenienza, cioè che abbia venduto *a domino*. Tuttavia questo non può escludere che nella imprescrittibilità del diritto di proprietà un terzo evincente promuova una causa nei confronti dell'avente causa, designando il dante causa come un venditore *a non domino*. L'azione del terzo evincente, di rivendica, proverà in giudizio di essere il proprietario di quel bene. Ma questo lo dirà il giudice, non è detto che chi la fa è proprietario. In questo caso scatta la garanzia dell'avente causa. E come opera? Con il 1485, che dice che la garanzia opera a condizione che il convenuto in rivendica (l'acquirente originario) abbia denunciato la lite al dante causa (il garante per evizione) e abbia provocato direttamente o indotto spontaneamente il garante ad intervenire nel processo, perché se non succede l'ingresso del garante nel processo (vuoi perché il convenuto non gli ha denunciato la causa), se il convenuto viene condannato alla restituzione del bene al terzo evincente, la garanzia per evizione (la restituzione del valore dal dante causa all'avente causa) non opera se il dante causa prova che se fosse intervenuto nel processo, ci sarebbero state plausibili motivazioni che sarebbe riuscito ad evitare la soccombenza del convenuto. Molta Cassazione su questo nodo pandettistico.

Poteri

Con la delineazione dei tre tipi di intervento, si chiude il discorso sugli interventi *ex post*. La grande differenza fra uno *ex ante* (103) e uno *ex post* (105) è data dal fatto che quello *ex ante* non pone problemi di poteri del terzo, perché nasce con più soggetti come parti. Per contro, un processo simultaneo che viene attivato *ex post*, implica che nasce un processo fra A e B, si evolve per un certo tempo, incontra le varie fasi e ad un certo punto, questo processo si complica con l'ingresso di un terzo (in via principale, litisconsortile, adesivo ecc.). E come ogni domanda in cui un *quisque* fa valere un proprio diritto dovrebbe avere tutti gli strumenti processuali per attivarlo e difenderlo e così l'altra parte dovrebbe avere tutti i diritti per replicare di fronte a ciò che dice il terzo. Provoca un'esigenza di riallineamento di un processo nato bilaterale che diventa se non altro trilatero ai sensi dell'articolo 24 della Costituzione. Qui si gioca la partita vera, con la Corte Costituzionale che indirettamente è entrata in gioco abbastanza. Questa norma è l'**articolo 268**, che non è stato toccato dalla riforma (se non con una modifica lessicale che è ininfluente).

Art. 268 c.p.c. – Termine per l'intervento

L'intervento può aver luogo sino a che non vengano precisate le conclusioni.

Il terzo non può compiere atti che al momento dell'intervento non sono più consentiti ad alcuna altra parte, salvo che comparisca volontariamente per l'integrazione necessaria del contraddittorio.

Questa norma non distingue fra le tipologie di intervento. Si assume che sia valida per tutte, e quindi sia per l'intervento in cui si fa valere un proprio diritto, sia l'intervento in cui si affianca una delle parti senza far valere un proprio diritto. È molto diverso: un conto è entrare in un processo dicendo "sono io il proprietario del credito" e un conto è entrare dicendo "Voglio tenere la mia stanza e pertanto affianco il mio locatario". Il **termine** sancito entro quanto si può intervenire è **lungo**, non numerico; fa riferimento a una fase che sta in tutto il processo, mediamente due anni di tempo dal momento in cui si notifica la domanda giudiziale nei tribunali più celeri. Nel contempo, il secondo comma è complicato perché non distingue fra le varie tipologie di intervento: statuisce che seppure il terzo possa proporre la propria domanda financo quando l'istruttoria si sia praticamente conclusa, questi vi entrerà con il processo praticamente già istruito. In breve, il **terzo non può compiere atti che non sono più consentiti alle parti originarie**. Più tardi sarà l'intervento del terzo, meno poteri questi avrà; e questo perché i poteri delle parti sono stati già consumati. Questa interpretazione è stata avallata dalla Cassazione quando motivavano qualsiasi cosa in funzione della ragionevole durata del processo. Si veda il 2007: dissero che il terzo cessionario può proporre la propria



domanda, ma se alle parti sono stati preclusi gli atti istruttori, non potrà provare la propria domanda. Assurdo! Proporre una domanda ma non poterla provare, violando in maniera plateale l'articolo 24 Cost. Ultimamente, si parla del dicembre 2020, interviene una **sentenza** bellissima della **Corte Costituzionale** in materia di procedimento sommario; nonostante il tema non sia questo, con questa sentenza statuisce semplicemente che laddove la connessione fra domande è una connessione forte, anzi fortissima (*id est* quella di incompatibilità fra pretese), non vi è alcuna garanzia o principio di ragionevole durata del processo che possa essere d'ostacolo alla piena trattazione, istruzione reciproca delle pretese, perché è un valore essenziale del diritto d'azione e infine statuisce che **la ragionevole durata del processo è un mero valore tendenziale da perseguire**. In chiaroscuro è detto che la ragionevole durata del processo non costituisce un principio, come a dire "inseguilo altrove ma non qui!". Questa sentenza fornisce una luce diversa al 268: si legge che prevale il termine lungo, anche nella riforma, nonostante la riforma sia *ad hoc* stata fatta in maniera smaccatamente evidente sulla ragionevole durata. E allora se prevale il termine lungo per la proposizione dell'intervento, il secondo comma della norma, che sembrerebbe subordinare i poteri del terzo, va distinto caso per caso! Tipologia di intervento per tipologia; e allora se è pacifico che **l'interventore adesivo tardivo subisca gli effetti, non si può dire lo stesso innanzitutto circa l'intervento principale**. Volente o nolente, se proposto tardivo ma in tempo utile, esige che il procedimento, pur cristallizzatosi fra le parti iniziali, venga rinnovato per poter dare al terzo, diventato parte, l'occasione di poter istruire la propria domanda e di consentire la replica e il contraddittorio alle parti originali. Quanti interventi principali ci sono su 1000? Meno di 6. Ma sono tutti potentissimi. E allora in un ordinamento che si rispetta, la salvaguardia del diritto di difesa deve essere superlativa. Oggi quindi, oltre distinguere fra interventi e interventi, bisogna leggere il 268 anche come se legittima il terzo quandanche l'istruttoria della domanda originale sia già esaurita.

Intervento coatto

Manca ora l'**intervento coatto**. Diviso in due perché si distingue a seconda che questa coazione dipenda dalla chiamata di una delle parti del processo (**intervento coatto ad istanza di parte**), oppure diversamente per ordine del giudice (**intervento coatto iussu iudicis**). Il primo è il più utilizzato, il secondo non ha una grande applicazione.

Art. 106 c.p.c. – Intervento su istanza di parte

Ciascuna parte può chiamare nel processo un terzo al quale ritiene comune la causa o dal quale pretende essere garantita.

È l'ipotesi in cui pende un processo bilaterale e una delle due parti del processo può **chiamare in giudizio un terzo**, facendogli acquistare la qualità di parte del processo. Ciò in due situazioni, che la legge descrive in modo piuttosto generico:

- a) **Comunanza di causa**
- b) **Chiamata del terzo garante**

Comunanza di causa

La realizzazione del processo *litisconsortile* rispetto ai due principali non è domandata alla volontarietà delle parti (103), alla volontarietà di un terzo (105) ma coattivamente dalle parti verso un terzo che non avrebbe mai fatto un intervento.

Il **concetto di comunanza di causa** di cui al 106 va esplicitato seguendo sostanzialmente le condizioni legittimanti la connessione per titolo o per oggetto dell'intervento volontario alle rispettive pretese.

1) La prima è la c.d. **chiamata del terzo pretendente**. Il terzo pretendente è un soggetto, estraneo alla lite tra le parti originarie, che al di fuori del processo vanta o asserisce di vantare un diritto incompatibile con quello oggetto di processo tra le parti originarie. Questo soggetto terzo potrebbe benissimo volontariamente intervenire nel processo, per far valere il suo diritto incompatibile con quello oggetto di processo. E se fosse volontario, questo intervento sarebbe il principale. La difficoltà di realizzarlo deriva dal fatto che il più delle volte questo terzo **non conosce l'esistenza del processo altrui**, tanto che il lungo termine fino alla chiusura dell'istruttoria per poter esperire questo intervento è giustificato proprio da questo aspetto. Più tempo assegno al terzo di intervenire, più questo avrà possibilità di conoscere l'esistenza della causa. Tuttavia, è ben possibile



che una delle parti originarie del processo, a conoscenza dell'esistenza di questo terzo soggetto, (estraneo al processo, che vanta un diritto incompatibile con quello del processo pendente) non aspetti l'intervento volontario, ma vi proceda direttamente essa stessa, chiamandolo dentro al processo. La chiamata del terzo pretendente rientra nel lato concetto di comunanza di causa perché non vi è diritto/domanda/causa più comune che quello incompatibile del terzo con quello già oggetto del processo. Hanno lo stesso *petitum*. Esempio per chiarificare:

Contratto di *locazione* di immobile tra Tizio e Caio, dove Caio deve corrispondere il canone ogni mese. Ad un certo punto bussava alla porta di Caio Sempronio, che dice a Caio di essere lui ormai il titolare del contratto di locazione e che quindi Caio deve pagare a lui e non più a Tizio, locatore originale. Quando Caio non paga più a Tizio, quest'ultimo dopo qualche sollecito decide di instaurare una controversia per far condannare Caio a pagare il canone. A questo punto, Caio, il convenuto, chiama in causa Sempronio, che rispetto all'oggetto della lite instaurata da Tizio, è un terzo titolare di un diritto incompatibile con quello oggetto del processo. Il problema di Caio non era quello di pagare il canone, ma quello di pagarlo a chi spetta. E spetta incompatibilmente a uno dei due. In buona sostanza, un concetto sicuro di comunanza di causa traslabile in qualunque altro esempio, è dato dal fatto che il concetto di comunanza di causa annovera sicuramente la ***incompatibilità tra diritti o pretese***. A quel punto, una volta che è stato chiamato il terzo, questi non può rifiutarsi e acquisisce la nomea di parte del processo. Se decide di non costituirsi, sarà dichiarato contumace. Se decide di difendersi, proporrà quella domanda nei confronti dell'attore di essere dichiarato il titolare del diritto di locazione, realizzando quella stessa situazione oggettiva se fosse intervenuto in via volontaria.

2) La c.d. ***chiamata del terzo obbligato***. C'è una differenza fra il pretendente e l'obbligato e questo è un caso che non trova specchio nell'intervento volontario. Per terzo obbligato si intende sostanzialmente il caso in cui viene proposta una azione di danno aquiliano da Tizio verso Caio e Caio nelle sue difese afferma che non è lui il danneggiante perché per quanto sia il proprietario dell'autoveicolo, il conducente fosse un altro soggetto. Quindi qui il processo nasce bilaterale. Non si contesta il fatto materiale illecito, ma il convenuto si difende sostenendo di non essere la persona giusta dichiarata danneggiante principale, che è Sempronio. A questo punto, se il giudice dovesse accogliere l'eccezione proposta dal convenuto che ha indicato un diverso soggetto obbligato o potenzialmente obbligato al risarcimento, respingerebbe la domanda dell'attore per difetto di legittimazione passiva (l'attore non ha individuato correttamente il soggetto nei cui confronti proporre la domanda). Ma, proprio per sfruttare la pendenza di una lite, evitando l'inutilità di una lite che si chiude in rito e la riproposizione di un altro processo con il mirino corretto, la giurisprudenza ha da sempre ammesso che nel concetto di comunanza di causa rientrasse anche la possibilità che una delle parti del processo, chiamasse in quel processo per ***identità di causa petendi***, il soggetto obbligato come indicato dal convenuto, cioè Sempronio. Così facendo, si propone, con la chiamata del terzo obbligato, la stessa domanda proposta nei confronti del primo convenuto. In questo caso, delle due parti originarie del processo, ***l'unica parte legittimata*** a chiamare il terzo obbligato è l'***attore***, perché il convenuto non ha a monte l'interesse ad agire. La differenza di una chiamata del terzo da parte di un convenuto o da parte di un attore assumerà differenza in tema di tempistiche. Nella fattispecie di chiamata dell'obbligato, non si potrebbe in alcun altro modo realizzare l'effetto prodotto. Si realizza una chiamata del processo con più parti unica, esclusiva. Questa situazione processuale viene a realizzarsi solo con la chiamata ad istanza di parte, in particolare, come detto sopra, con la chiamata ad istanza dell'attore.

Chiamata del terzo garante

La ***garanzia*** è un istituto di primario ordine nel processo perché è qui che svolge il suo vero ruolo. Quando è azionato un diritto nei confronti di un soggetto garantito, sia *in via formale* (***garanzia per evizione***), sia *in via semplice* (***garanzia per fideiussione***), il convenuto garantito fa valere questa garanzia nel processo. Per il convenuto ciò significa che se dovesse perdere il processo, la garanzia lo terrebbe ***indenne dalla soccombenza della lite***, economicamente parlando. Ad esempio, se condannato a pagare una somma, essendo garantito, quella somma sarà *oggetto di restituzione* da parte del garante una volta pagata in esecuzione della sentenza. Allora, per economicizzare queste situazioni, da sempre la legge ha previsto che il convenuto garantito può, ***nella stessa comparsa di risposta, chiamare in causa il garante***, proponendo in quello stesso processo in cui lui è convenuto una ***domanda di garanzia*** nei confronti del garante, ormai parte del processo. Il



convenuto della rivendica del terzo evincente chiama in causa il proprio garante, suo dante causa; e ciò perché nell'ipotesi in cui la sentenza dovesse condannare l'acquirente convenuto in giudizio a restituire l'immobile al terzo evincente, quello stesso giudice, se proposta la chiamata, può condannare il garante a corrispondergli il valore oltre al risarcimento del danno nello stesso processo. La chiamata in garanzia nasce per esigenze sicuramente di **economia processuale** perché la chiamata del terzo garante realizza con la funzione strumentale del processo il contratto di garanzia, che ovviamente funziona per il garantito. Significa avere un'unica sentenza in caso di soccombenza che tuteli più aspetti. Ovviamente, nel momento in cui viene proposta la domanda di garanzia, è concetto implicato che la domanda di garanzia proposta dal garantito verrà **trattata e istruita** dal giudice **solo se** verrà dichiarato il convenuto soccombente. Per cui se B esce vincitore perché il terzo evincente non è riuscito a provare, il giudice quella domanda di garanzia non la deve decidere e nel non doverla decidere non viola minimamente il 112, perché quella domanda di garanzia trova il suo interesse ad agire da B verso C nel minuto dopo l'esito di soccombenza di B verso A, ma se questo esito di soccombenza non c'è, B si priva dell'interesse ad agire.

Litisconsorzio necessario

È opportuno analizzare *in primis* una delle norme che maggiormente riflette la difficoltà di ridurre a sistema perfetto la realtà materiale dentro una norma processuale. La collocazione numerica non è da leggersi come una norma antecedente all'art. 103 c.p.c. (litisconsorzio facoltativo), ma semmai successiva all'art. 101 c.p.c. (principio del contraddittorio).

Il litisconsorzio necessario rappresenta un'altra ipotesi in cui un **terzo soggetto** viene chiamato in un processo pendente per effetto di un'**iniziativa del giudice**. La differenza con l'istituto dello *iussu iudicis* consta nel fatto che l'istituto in esame ora comporta una **obbligatorietà** in capo al giudice, in presenza di determinati requisiti, di instaurare il litisconsorzio.

Art. 102 c.p.c. – Litisconsorzio necessario

Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo.

Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito.

Siamo in tema di problemi circa le sentenze: l'articolo statuisce che **se la sentenza si deve pronunciare nei confronti di più parti, queste parti debbono** essere tutte **presenti** nel processo. In questa norma manca un riferimento a quando una decisione deve pronunciarsi nei confronti di più parti. È un obbligo di cui la legge *non* stabilisce l'origine, ma per cui si limita a dire che quando ricorreranno queste ipotesi è opportuno sapere che (i) tutte **le parti devono essere presenti** e se non sono presenti il giudice ne ordina la presenza e (ii) questa presenza è un **presupposto di validità della sentenza**. E si badi che la mancata ottemperanza dell'integrazione del contraddittorio nel caso di litisconsorzio necessario comporta l'**estinzione del processo**.

Possiamo distinguere **tre sicure situazioni** (due più importanti, la terza più marginale) di litisconsorzio necessario che nascono da specifiche ma singolari previsioni di legge tipiche, dalle quali l'ormai consolidatissima giurisprudenza ha estratto dei criteri di sicura applicazione a casi diversi ma sostanzialmente analoghi a quelli specificatamente regolati dalla legge.

1) Litisconsorzio necessario dettato da ragioni sostanziali

Il *mare magnum* della giurisprudenza è nel primo caso. Strumentalità del processo, il quale ha delle regole che comunque sono utili o dovrebbero essere utili a far sì che il rapporto giuridico dedotto nel processo venga mediante la decisione reso effettivo. Quindi il *focus* sul quale ruotano le regole è la *res in iudicium deducta*. Il diritto fatto valere si identifica non solo per titolo e nel processo per l'oggetto, ma anche per la sua soggettività. Di chi è? Qual è la titolarità? E ancora una volta, normalmente nelle regole processuali si è pensato che la titolarità della *res in iudicium deducta* sia solo di un soggetto. Mentre invece, esistono una serie di situazioni giuridiche soggettivi deducibili in processo, la cui **titolarietà** non è **monosoggettiva**, ma **plurisoggettiva**, sia dal lato attivo (chi agisce), sia dal lato passivo, sia da entrambi. Se viene dedotto in giudizio un rapporto giuridico plurisoggettivo quanto alla contitolarietà del diritto fatto valere, le regole del processo reagiscono a questa



conformazione sostanziale plurisoggettiva **obbligando tutti i soggetti contitolari** di questo diritto fatto valere attivamente o passivamente **ad essere presenti nel processo**.

Contratto plurilaterale, divisione di un bene ereditato, azione di annullamento di un contratto plurilaterale, azione di risoluzione di un contratto plurilaterale ecc.

Una situazione plurisoggettiva per definizione e regolata proprio a riguardo è collocata nel codice di procedura civile all'articolo 784. È financo rubricata con lo stesso nome.

Art. 784 c.p.c. – Litisconsorzio necessaria

Le domande di divisione ereditaria o di scioglimento di qualsiasi altra comunione debbono proporsi in confronto di tutti gli eredi o condomini e dei creditori oppONENTI se vi sono.

Caso di divisione ereditaria, piuttosto frequente: asse ereditario, tre fratelli, tutti eredi legittimari, ma uno dei tre o una delle tre è sostanzialmente ormai scomparso, vive in Nuova Zelanda (*che fortuna, ndr*). Ad un certo punto, viene diviso il patrimonio ereditario da una sentenza del giudice, perché i due fratelli milanesi litigano e pertanto, uno dei due inizia un'azione di divisione ereditaria nei confronti dell'altro, non considerando il neozelandese. Questa sentenza divide l'asse ereditario fra i due. Dal punto di vista della **natura dell'azione**, l'azione di divisione di una comunione è un'**azione costitutiva**, perché modifica la situazione preesistente. L'articolo 784 statuisce tuttavia che l'azione proposta dal milanese 1 al milanese 2 doveva necessariamente rivolgersi anche al neozelandese. Il fatto che da anni risieda là, non cambia nulla ovviamente. Vi è però un principio che si può desumere dalla banalità di questo caso.

Al perché si può arrivare con un altro caso: si ipotizzi un creditore nei confronti di due condebitori solidali parziali fra di loro. Il creditore, dopo una micagnosa indagine patrimoniale dei suoi condebitori, agisce solo nei confronti di uno dei due, quello più capiente. Il giudice condanna il condebitore solidale 1 a pagare il credito per l'intero. Quella dedotta in giudizio è comunque un'obbligazione plurisoggettiva dal lato passivo, ma ciononostante questa sentenza di condanna emanata nei confronti di uno solo dei due condebitori è **valida**, perché l'azione contro il condebitore solidale 1 senza citare il condebitore 2 è un'**azione di condanna**. Non è più costitutiva come prima.

È una linea che serve per tutti i casi non regolati: dedotta in giudizio una situazione giuridica **plurisoggettiva**, se l'azione promossa da o nei confronti di è un'**azione costitutiva**, si avrà **sempre** il **litisconsorzio necessario**. Andrà promossa da o nei confronti di tutti i soggetti contitolari del diritto fatto valere, a **pena di insanabile nullità** della sentenza con lo stesso regime della **sentenza inesistente**.

Diversamente, dedotta in giudizio una situazione giuridica plurisoggettiva, se l'azione proposta da o nei confronti di è un'**azione di condanna**, in questi casi **non vi è mai** il **litisconsorzio necessario**, ma semmai nel caso di specie quello **facoltativo**. I due criteri guida sono quindi **la plurisoggettività del diritto oggetto del processo** e **la natura costitutiva della domanda con la quale si chiede tutela**.

Nel caso dell'azione costitutiva, infatti, il processo attua quello che si sarebbe comunque potuto attuare con la volontà delle parti. La divisione giudiziale arriva perché quella consensuale non ha funzionato, ma la divisione consensuale avrebbe funzionato solo se tutti e 3 fossero stati seduti al tavolo. A maggior ragione il processo, nel momento in cui la divisione diventa giudiziale, il giudice non può con suo provvedimento costituire nuove quote solo nei confronti di due, o nei confronti di tutti e tre, o nei confronti di nessuno. E quindi il difetto di litisconsorzio necessario, toccando la validità della decisione ai sensi del 102, fa sì che la sentenza che divide l'asse ereditario solo tra due soggetti, non solo non divide verso il terzo messo fuori dalla lite, ma non è in grado di costituire nemmeno le quote tra i due., e quindi quella sentenza non solo è nulla, ma qualcosa di più. Se passasse in giudicato, si sanerebbe. Ma questa è insanabile! La legge assoggetta l'invalidità della sentenza resa in violazione del 102 come una sentenza inesistente ai sensi del 161 comma 2.

È opportuno ora considerare l'azione di **mero accertamento**. Se c'è una clausola presente in qualsiasi contratto è la **clausola risolutiva espressa**. Questa consente al contraente non inadempiente, financo semplicemente con una mail certificata, di risolvere il contratto e ribaltare sull'altra parte l'iniziativa di contestare l'avvenuta risoluzione del contratto. Si ipotizzi il caso in cui un soggetto si deve difendere dall'avvenuta risoluzione del contratto. Se plurilaterale, uno dei contraenti (quello che subisce gli effetti della risoluzione) proporrà una causa di mero accertamento



dell'assenza dei presupposti che giustificano la clausola risolutiva espressa. Chi agisce, deve agire verso uno o verso tutti? Altro caso, si supponga che un bene è in contitolarità fra Tizio e Caio. Chi chiede un'azione di **accertamento della proprietà** del proprio Monet nei confronti di Sempronio, deve agire anche citando il proprio contitolare?

Con ordine: in merito alla **clausola risolutiva** la giurisprudenza consolidata ritiene **necessario il litisconsorzio**. La sentenza tende comunque alla rimozione di un titolo apparente, ossia l'apparenza creata su terzi che quel contratto plurilaterale non produca più effetti. L'azione è sì di mero accertamento ma indirettamente rimuove il titolo. Sana l'azione ed è mossa dall'interesse ad agire. Lo stesso si può dire al di fuori della clausola espressa per l'**azione di nullità** o l'**azione di simulazione**. Sono tutti *titoli apparenti*! A livello intuitivo ricorda l'azione costitutiva; anche se l'azione è di mero accertamento, la funzione del rimedio non è lontana dalla costitutiva. In buona sostanza qua va a modificare l'apparenza (e non come là la realtà).

Nel caso della **proprietà, non è necessario il litisconsorzio**. Ma la sentenza che riconosce Tizio proprietario vale anche per Caio! Qui c'è il grande *vulnus* del 102. Laddove la legge ha voluto disciplinare la sentenza favorevole diversa dalla sentenza sfavorevole lo ha fatto espressamente. Il punto è veramente converso, nonostante sia pacifico in giurisprudenza.

2) Litisconsorzio necessario dettato da ragioni processuali

L'**azione surrogatoria** come il caso più emblematico previsto tassativamente dalla legge circa la *sostituzione processuale*. Consente nella facoltà attribuita al creditore di esercitare i diritti e le azioni che spettano al proprio debitore nei confronti dei terzi, ogni qualvolta in cui l'inerzia del debitore sia tale da poter costituire pregiudizio per il suo diritto di credito, ai sensi dell'articolo **2900 c.c.**

La norma è importante anche dal punto di vista del litisconsorzio necessario, perché una volta proposta l'azione surrogatoria, **anche il sostituto deve necessariamente essere presente in giudizio**. Configura un'ipotesi di processo trilatero dove i tre soggetti devono essere necessariamente parte del processo. La necessaria presenza è dovuta a ragioni di natura meramente processuali. La sentenza emanata alla fine dell'azione surrogatoria è una sentenza che, vedendo anche B litisconsorte necessario, esplicherà i propri effetti proprio nei confronti di B, perché è il diritto di B l'oggetto del processo. E quindi innanzitutto per ragioni di effettività del diritto di difesa, B deve essere necessariamente presente in quel processo in cui A fa valere un diritto di B nei confronti di C. Da questa norma, sostanzialmente si può ricavare un altro principio **generale**, in funzione del quale ogni qualvolta un **legittimato straordinario propone una domanda** giudiziale, il **legittimato ordinario deve partecipare** al processo.

Ad esempio, si pensi all'assicurazione del proprietario del veicolo che viene citata direttamente dal danneggiato per ottenere il risarcimento del danno. A margine, l'articolo 2900 non solo è originale del codice civile, ma c'è dai millenni. Già queste norme, nella loro costruzione, osservavano ciò che poi il 24 Cost. ha elevato a rango superiore.

3) Ipotesi di stretta opportunità né processuali né sostanziali

La norma del 784 c.p.c. faceva riferimento ai **creditori opponenti**. Soggetti che non sono gli eredi, ma che sono i **creditori verso il de cuius**. È una disposizione particolare perché è previsto dalla legge che se vi sono creditori opponenti alla divisione questi **devono essere presenti al processo di divisione**. Ragioni quasi di natura pragmatica, affondano probabilmente in una concezione molto antica dell'eredità. Sostanzialmente ciò è consentito perché la presenza dei creditori in questo giudizio serve agli stessi per monitorare se eventualmente la divisione avvenga in modo collusivo tra gli stessi eredi, in quanto come creditori, se ciò avvenisse, sarebbero ammessi dalla legge a esperire una particolare azione; onde evitare questo il 784 con una forzatura impone la necessità che se vi sono creditori opponenti alla divisione questi debbano partecipare al giudizio. Infatti si suole dire che la partecipazione dei creditori opponenti non è *secundum tenorem rationis* (come può dirsi quella dei contitolari) ma *propter opportunitatem*, ossia per semplici ragioni di opportunità decise dal legislatore.

Difetto di litisconsorzio necessario

Si deve ora esaminare il regime processuale dell'eventuale difetto del litisconsorzio necessario. L'**integrazione** del contraddittorio costituisce un presupposto processuale **sempre rilevabile**, ossia



in ogni stato e grado del processo. Se nessuna delle parti integra il contraddittorio, come accennato, l'art. 307 c.p.c. al suo terzo comma prevede l'**estinzione del processo**.

A riguardo, se una delle parti integra il contraddittorio nel termine assegnato dal giudice, **gli effetti** processuali e sostanziali della domanda sono fatti salvi: decorrono dal momento di proposizione della domanda e gli effetti della sanatoria **operano ex tunc**.

E si badi che qualora il vizio del contraddittorio non venga rilevato né dal giudice, né dalle parti, la sentenza emessa in assenza di uno o più litisconsorti necessari viene qualificata come *inutiliter data*. È il regime processuale della *sentenza inesistente*.

Estromissione di una parte dal giudizio

Il fenomeno inverso dell'ampliamento del processo è l'**estromissione**, che si sostanzia nell'uscita dal processo di una parte. L'estromissione si verifica a mezzo di un provvedimento del giudice che riscontra il difetto dei presupposti sui quali si fonda la presenza in giudizio di quella parte. Due casi:

Art. 108 c.p.c. – Estromissione del garantito

Se il garante comparisce e accetta di assumere la causa in luogo del garantito, questi può chiedere, qualora le altre parti non si oppongano, la propria estromissione. Questa è disposta dal giudice con ordinanza; ma la sentenza di merito pronunciata nel giudizio spiega i suoi effetti anche contro l'estromesso.

Qui siamo di fronte a una controversia classica, che nasce sicuramente bilaterale, in cui il garantito (B) chiama col 106 il garante (C) in giudizio e si realizza un processo a tre parti. Nei casi soprattutto in cui il garante è un'assicurazione, per definizione dotata di mezzi difensivi più istituzionali in quanto più capiente. Quando il garantito chiede al garante di difenderlo processualmente e il garante accetta, il garantito può essere estromesso dal processo. L'estromissione ha luogo **solo se le parti non si oppongono**. Dopo ciò, l'estromesso perde la qualità di parte processuale ma lo stesso non può dirsi per la sua qualità di parte in senso sostanziale. Egli rimane destinatario degli **effetti della sentenza di merito**.

Art. 109 c.p.c. – Estromissione dell'obbligato

Se si contende a quale di più parti spetta una prestazione e l'obbligato si dichiara pronto a eseguirla a favore di chi ne ha diritto, il giudice può ordinare il deposito della cosa o della somma dovuta e, dopo il deposito, può estromettere l'obbligato dal processo.

L'estromissione dell'obbligato si verifica nell'ipotesi di lite fra pretendenti, in cui è controversa la titolarità del diritto oggetto del processo litisconsortile. Questo può verificarsi (i) dopo un intervento principale ai sensi dell'art. 105 c.p.c. (ii) dopo la chiamata in causa ai sensi dell'art. 106 c.p.c. (iii) per un intervento *iussu iudicis* ai sensi dell'art. 107 c.p.c.

La legge regola questa ipotesi prevedendo che l'obbligato depositi la cosa o la somma dovuta e, a seguito di tale deposito, lo estromette dal processo. Il **deposito è funzionale** a evitare la rinuncia dell'obbligato alla cosa o alla somma dovuta. Di nuovo si rinviene il concetto ai sensi del quale l'estromesso perde la qualità di parte in senso processuale ma non in senso sostanziale: non rinunciando alla cosa o alla somma di denaro dovuta, l'estromesso mantiene la qualità di parte in senso sostanziale e, pertanto, continua ad essere destinatario degli effetti della sentenza di merito.

Pregiudizialità di pendenza

Si ipotizzi una domanda di alimenti del figlio che si trova in stato di necessità verso il genitore. L'azione esperita è ovviamente di condanna. Nel diritto ad ottenere gli alimenti da parte del figlio che prova lo stato di necessità, i fatti costitutivi del diritto sono dati da un fatto materiale (*stato di necessità*) ma anche dallo *status* del rapporto di paternità: chi fa la domanda è il figlio.

I fatti costitutivi quindi in questo caso si distinguono fra **fatti-fatti** (lo stato di necessità) e **fatto-diritto**. Questa doppia composizione deriva dalla legge. La domanda è proposta dal figlio nei confronti del padre. Il padre si difende spesso, non contestando lo stato di necessità, ma piuttosto sostenendo di non essere il padre. Si pensi fino agli anni '90 che non esisteva il test del DNA. Contesta quindi un pezzo della fattispecie che però è un elemento costitutivo del diritto agli alimenti.



Altro caso emblema della nuova frontiera della pregiudizialità di pendenza. **Esecuzione o risoluzione del contratto** da Tizio verso Caio, in cui Caio si difende eccependo la **nullità del contratto**. La fattispecie del diritto fatto valere da Tizio verso Caio è data dall'inadempimento. *Main question*: lasciando stare la nullità del contratto rilevabile d'ufficio, nella fattispecie esecuzione/risoluzione, fra gli elementi che costituiscono con l'inadempimento il diritto di esecuzione del contratto, risiede anche l'implicita validità di questo contratto? Da un punto di vista logico, non c'è dubbio che per chiedere l'esecuzione di un contratto, quel contratto deve produrre effetti; la domanda di esecuzione/risoluzione si fonda sul fatto che il contratto sia valido e cioè che fino a quel momento abbia prodotto effetti! Ed allora, nel caso in cui vada in contestazione difensiva la nullità, va in contestazione un segmento, presupposto di antecedenza logica del diritto fatto valere (esecuzione o risoluzione) che non è dato da un fatto ma da un diritto, che qui è dato dal rapporto giuridico fondamentale: la *validità del contratto*.

Nel primo caso gli elementi sono pregiudicati dall'**accertamento pregiudiziale della filiazione**. Nel secondo caso, non si può tecnicamente dire che il diritto all'esecuzione/risoluzione del contratto abbiano la "non nullità" del contratto come presupposto. Primo perché la non nullità non esiste, in secondo luogo perché i fatti costitutivi tecnici delle due domande sono diversi, sono fatti puri. Tuttavia, una volta che **in entrambi** i processi emerge la contestazione, in un caso della filiazione e nell'altro della nullità, a prescindere dalla tecnicità del primo esempio e dalla logicità del secondo, il **giudice dovrà affrontare** strutturalmente la decisione prima risolvendo la **pregiudiziale (filiazione/nullità)** e dopo, in dipesa, decidere alimenti e esecuzione/risoluzione. Il primo esempio è l'esempio classico di applicazione dell'**art. 34 c.p.c.** con il **35 c.p.c.** come suo corollario. Il secondo esempio non era un caso che dovesse risolversi con il 34, ma a riguardo sono intervenute le **Sentenze Gemelle**. Si badi che per effetto delle Sentenze Gemelle, i due esempi si avvicinano tra loro, prescindendo dalla pregiudizialità tecnica o logica, portando progressivamente di fatto ad uno svuotamento dell'art. 34 c.p.c.

Delineando le rispettive domande principali, nella prima domanda di *alimenti*, il rapporto di filiazione (lo **status di figlio**) costituisce *tecnicamente* un **elemento della fattispecie di domanda** di alimenti insieme allo *stato di bisogno*.

Nel secondo caso, la **validità/nullità** del contratto *tecnicamente non costituisce un elemento della fattispecie*, perché il *fatto costitutivo* della domanda di esecuzione è dato dall'*inadempimento*. Semmai, pone la questione della nullità come un **fatto impeditivo di quella domanda**. Il giudice, nei cui confronti la domanda è posta, una volta che nel processo sono sorte come controversie entrambe le questioni, per rispondere obbligatoriamente alla domanda di alimenti o inadempimento, deve necessariamente prima risolvere le questioni pregiudiziali. Sarà necessario risolvere queste due questioni pregiudiziali insorte che non hanno per oggetto un mero fatto, ma un vero e proprio **rapporto giuridico** a sé stante, che tuttavia entra in questo processo come elemento pregiudiziale e condizionante la decisione sulla domanda.

Art. 34 c.p.c. – Accertamenti incidentali

Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui.

La norma interessa nelle prime righe, poiché sfrutta l'eventuale spostamento di competenza da un giudice all'altro per delineare l'**accertamento incidentale** e parafrasando statuisce che se sorge la questione sulla *filiazione* o la questione sulla *nullità* del contratto nelle rispettive domande, il **giudice**, se non vi è un'esplicita domanda di una delle parti del processo, si limita a **conoscere della questione ai fini della decisione** della domanda **principale**. Avendo ad oggetto la questione insorta, non un mero fatto, i poteri del giudice in ordine alla soluzione della filiazione o della validità del contratto sono **poteri di pura cognitio**: verranno istruite e il giudice ne terrà conto in via mera nella motivazione come **iter logico necessario per pronunciarsi** sull'unica domanda proposta sulla quale ha l'obbligo decisorio.



Nonostante la quesitone insorta abbia un vero e proprio diritto pregiudiziale, i poteri del giudice, ai sensi del 112, consentono allo stesso di decidere **sulla domanda proposta e sulle eccezioni**. La *res iudicata* però si determina solo sulla domanda proposta. E quindi la soluzione della questione pregiudiziale sarà un passaggio per arrivare a rispondere solo sulla domanda proposta. Importante perché quindi **non opera il ne bis in idem sulla questione pregiudiziale**.

Tuttavia, ai sensi del 34, **se** insorta questa quesitone una delle parti **introduce una domanda** vera e propria, allora la proposizione della domanda *trasforma la questione pregiudiziale in causa pregiudiziale*; anche i poteri del giudice muteranno e questi dovrà rispondere anche sulla causa.

Su questa stigmatizzazione dell'art. 34 c.p.c. si innesta l'**evoluzione giurisprudenziale**, che va a mettere in discussione lo stesso articolo. Ciò chiaramente nei limiti di una giurisprudenza di Cassazione che, per quanto a Sezioni Unite sia autorevole e per tanti aspetti più forte di uno *stare decisis*, rimane una giurisprudenza interpretativa. La giurisprudenza ha quindi scalpellato l'art. 34. Nel caso di alimenti, la giurisprudenza sostiene che la questione pregiudiziale è data dal rapporto di filiazione, che è qualcosa di più di un diritto soggettivo. I diritti personalissimi sono uno **status**. La giurisprudenza di Cassazione sostiene che allorché sorga la questione della **filiazione** in una domanda di alimenti, il giudice, **anche se non vi è la domanda di parte**, nell'affrontare la questione di filiazione, se decide in un senso o nell'altro e un figlio viene riconosciuto come tale, questi verrà riconosciuto figlio **in qualsiasi altra controversia**. Perciò oggi si dice che **se la quesitone pregiudiziale ha per oggetto uno status**, la decisione che il giudice rende sullo *status* in quel processo, a prescindere dalla domanda esplicita di una delle parti, uscirà da quel processo **res iudicata**, cioè con efficacia vincolante e quindi *ne bis in idem*.

Ma se questa giurisprudenza non ha destato da quando è sorta (ha almeno una trentina d'anni) particolari preoccupazioni, la questione sul 34 è tornata alla ribalta con le famose **Sentenze Gemelle**, in quanto hanno picconato in maniera ormai demolitoria la norma. In funzione di queste 130 pagine, sorta nel processo per eccezione del convenuto la **questione di nullità**, anche se non vi è domanda in una delle parti, dovendo il giudice conoscere e risolvere della quesitone, se quest'ultima è stata **decisiva per la decisione del processo** ed è stata **dibattuta tra le parti** nel processo, quella decisione che riguarda nullo o annullato il contratto **vincolerà** nel bene o nel male e quindi passerà dall'oggetto del processo all'oggetto del giudicato sarà **ne bis in idem**. E si badi che qui non si sta trattando uno *status*, ma un diritto soggettivo; si abbandona il formalismo e la lettera. La giurisprudenza si chiede come può un sistema di giustizia civile modellato su efficienza consentire che una volta affrontata a fondo una questione, la soluzione data possa essere completamente rimessa a disposizione del sorgere di una nuova causa di fronte a un nuovo giudice? Evita la proliferazione della lite a condizione che sia insorta, sia stata decisiva per la decisione e si siano svolte. Questo vuol dire che anche nel secondo esempio, pur non essendo la validità/nullità del contratto un elemento costitutivo, tuttavia anche una pregiudizialità meramente logica non può essere fermata da una formale o formulistica applicazione dell'articolo 34 c.p.c.

Dopo di ciò, questa sentenza *va oltre*, rischiando di pregiudicare quanto di buono aveva fatto fino a quella pagina. Ha fatto un errore: però è *ius receptum* quindi va spiegato. Statuisce che anche se la questione sulla nullità **non emergesse** nel corso del processo in cui la domanda principale è quella di esecuzione, avendo **il giudice un potere-dovere di rilevare d'ufficio** la questione, se ritiene dalla lettura di quel contratto che sia nullo e il fatto non sia emerso e la domanda pregiudiziale venga poi giudicata senza questa questione passando in giudicato, **ogni eventuale futura** questione sulla nullità del contratto che possa sorgere è **preclusa da un giudicato implicito sulla validità** del contratto in quel giudizio. Qui si sconfinava su un altro terreno, che è oltre il 34 e rischia di avere l'effetto opposto, perché l'avvocato che conosce questo orientamento sa che se non solleva quella questione, quella questione su quel contratto una volta azionato non sarà più disponibile. E quindi la solleverà, anche se al limite: per premunirsi di una potenziale zeppa farà che almeno questo accertamento sia esplicito: in buona sostanza farà l'avvocato.

Art. 35 c.p.c. – Eccezione di compensazione

Quando è opposto in compensazione un credito che è contestato ed eccede la competenza per valore del giudice adito, questi, se la domanda è fondata su titolo non controverso o facilmente accertabile, può decidere su di essa e rimettere le parti al giudice competente per la decisione



relativa all'eccezione di compensazione, subordinando, quando occorre, l'esecuzione della sentenza alla prestazione di una cauzione; altrimenti provvede a norma dell'articolo precedente.

La norma successiva dedica tanto spazio all'**eccezione di compensazione**. Questa è per esplicita previsione normativa ex art. 1245 c.c. una eccezione **di parte**, ovviamente. Questa norma esiste come esplicitazione del 34 nella parte in cui il 34 fa riferimento alla trasformazione dei poteri del giudice da cognitori a decisori, non solo per effetto di una domanda di parte, ma perché è la legge che lo prevede, all'insorgere di una determinata questione pregiudiziale. A fa valere un diritto di credito a B di 1000. B si difende ed eccepisce la compensazione, chiedendo al giudice di rifiutare la domanda attorea perché nei confronti di A vanta un controcredito di 2000 secondo i presupposti della compensazione *legale*. Se l'attore non contesta l'esistenza del controcredito contro di lui speso, il giudice decide sulla domanda attorea, respingendola fino a 1000. I 1000 più spesi sono impregiudicati. Per farsi restituire anche gli altri 1000, **il convenuto deve proporre una domanda riconvenzionale**.

Per contro, se l'**attore contestasse l'esistenza del controcredito**, questa difesa configura l'insorgere di una **questione pregiudiziale** alla decisione dell'originale domanda di 1000; e questo perché il giudice, prima di poter decidere la domanda fra A e B di 1000 e l'eccezione da B ad A fino a 1000, dovrà necessariamente accertare che il titolo dell'eccezione fino a 1000 esista. Anche qui però vi è un **diritto soggettivo**; ed allora, se non ci fosse il 35 il giudice, di fronte alla contestazione dell'esistenza del controcredito, non potrà decidere la domanda tra A e B se prima non avrà risolto la quesitone del titolo sul quale si fonda. E se non ci fosse il 35 dovremmo applicare il 34, quindi, senza apposita domanda, il giudice deciderebbe solo sulla questione pregiudiziale senza efficacia di giudicato. Ed allora ecco il 35, che statuisce che nel momento in cui viene contestato il controcredito, **i poteri del giudice sono per legge decisori a prescindere dalla domanda**.

Ne bis in idem. E si badi che **non vi è alcuna differenza con la prima parte delle Sentenze Gemelle!** Perché si sia fatto questo pensiero solo per la compensazione è un mistero!



LE VICENDE ANOMALE DEL PROCESSO

Processo in contumacia

La **contumacia** è la conseguenza della mancata costituzione in giudizio dell'attore o del convenuto o financo del terzo chiamato. La contumacia non è considerata un atto di ribellione all'autorità come in precedenza e pertanto non modifica le regole normali sul procedimento che disciplinano la formazione della decisione. Questa deve essere **dichiarata** dal giudice e solo dopo la dichiarazione si dà luogo al c.d. **processo contumaciale**.

Sospensione

La **sospensione** consiste in un arresto del processo a causa di un determinato evento e fino alla cessazione dello stesso: il processo entra in uno stato di quiescenza in attesa di qualcosa che ne consenta la prosecuzione. Vi sono tre gruppi di sospensione:

- a) **La sospensione necessaria o propria**, la più utilizzata di cui si dirà a breve;
- b) **La sospensione volontaria o concordata**, ipotesi di scarso utilizzo dato che è prevista per un massimo di 3 mesi e dovrebbe essere funzionale a giungere ad una trattativa. Questo schema si inquadra nel codice appena entrato in vigore alla luce dei 15 giorni massimi indicati come intervallo fra due udienze. Come è noto, questo aspetto non rappresenta la realtà;
- c) **La sospensione impropria**, che trova una disciplina in diverse norme processuali e attiene a tutti quei casi in cui sorge nel corso di un processo la necessità di esperire un nuovo processo per risolvere una questione (sostanziale o processuale) relativa alla situazione sostanziale dedotta in giudizio. Essendoci una litispendenza, il secondo processo avrà lo stesso oggetto del primo.

Art. 295 c.p.c. – Sospensione necessaria

Il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa.

Tale norma implica il rapporto di pregiudizialità di pendenze tra cause di cui sopra. La differenza rispetto all'applicazione dell'art. 34 c.p.c. consiste nel fatto che qui la domanda **pende in un separato processo**. È necessario che le stesse pendano di fronte a giudici diversi. E se il *simultaneus processus* non viene realizzato *ex post* con la riunione *ex art. 40 c.p.c.*, in modo da ritornare alle due domande davanti allo stesso giudice, allora le stesse andrebbero per conto loro. Il rischio è evidente: se le due cause, una pregiudiziale e una dipendente, fanno il loro corso, si potrebbero avere due giudicati in contrasto. In questo caso e solo in questo caso, il giudice della causa *dipendente* dovrebbe *sospendere* il processo. "Deve" per legge, ma in qualche caso non lo fa tecnicamente, ma di fatto; aspetta cioè che venga risolta la prima causa per poi conformarsi.

La sospensione va dichiarata con un'ordinanza. Sugli atti processuali durante il periodo di sospensione vi è da fare una distinzione fra **sospensione legale** (in cui il processo si arresta automaticamente al verificarsi della fattispecie prevista dalla legge) e **sospensione giudiziale** (in cui l'arresto del processo non si produce al verificarsi dell'evento ma occorre un provvedimento del giudice). Qualora il giudice non sospenda il processo, gli atti che sono compiuti *dopo* il verificarsi della causa che ha generato la sospensione *legale* sono automaticamente nulli. Per contro, nel caso di sospensione *giudiziale*, al fine della verifica degli effetti della sospensione è necessaria una pronuncia e pertanto saranno nulli solamente gli atti compiuti a seguito della pronuncia di sospensione.

L'udienza di prosecuzione del giudizio potrebbe essere già fissata dal giudice con il provvedimento di sospensione; le parti devono riassumere la causa entro 3 mesi da quando vengono a conoscenza della cessazione della causa di sospensione.

Interruzione

Come la sospensione, il fenomeno dell'interruzione consiste nell'arresto dell'*iter* processuale a causa di un determinato evento; diversa la funzione e le cause che la generano.

L'istituto dell'interruzione ha infatti la funzione di garantire l'**effettività del contraddittorio**, proprio perché le cause che danno luogo all'interruzione sono eventi che si verificano in capo ai soggetti



che sono abilitati a compiere atti processuali, causando un'**impossibilità** o un'**eccessiva difficoltà** a **compiere** detti **atti processuali**. L'istituto non è contemplato nel processo di esecuzione.

Un primo gruppo di eventi che determinano l'interruzione del processo sono i seguenti:

- a) **Morte della parte**
- b) **Morte del rappresentante**
- c) **Perdita della capacità della parte**
- d) **Perdita della capacità del rappresentante legale**
- e) **Cessazione della rappresentante legale**

Il legislatore fa riferimento solo alla rappresentanza legale e non anche alla rappresentanza volontaria o organica. Gli altri eventi che causano interruzione sono dati invece dalla **morte**, **radiazione**, **sospensione** o **cancellazione volontaria dall'albo** del **procuratore difensore**.

La ripresa del processo avviene per effetto della ricostituzione dell'effettività del contraddittorio, la quale, come accennato, si verifica nelle seguenti due ipotesi:

- (i) La costituzione spontanea della parte (c.d. **prosecuzione del processo**)
- (ii) La citazione in riassunzione a cura della controparte (c.d. **riassunzione del processo**)

Estinzione

La funzione dell'estinzione è quella di evitare la prosecuzione del processo quando tutte le parti, a mezzo di un accordo esplicito (**la rinuncia agli atti**) oppure mediante un determinato comportamento di disinteresse (**l'inattività delle parti**), lo considerano inutile.

La **rinuncia** agli atti consiste in una dichiarazione esplicita di voler rinunciare *agli atti del giudizio*, ossia alla domanda e agli atti successivi. Occorre che provenga **dal soggetto che ha proposto la domanda** ma affinché si determini l'estinzione occorre anche l'**accettazione delle altre parti** costituite.

L'inattività delle parti deve coinvolgere **tutte le parti** nel processo. A riguardo, la legge configura in via tassativa determinati atti la cui omissione genera l'estinzione del processo. Vanno divisi in due gruppi, fra inattività semplice e inattività qualificata. Casi di inattività semplice sono *la mancata costituzione di entrambe le parti entro il termine / le ipotesi in cui il giudice ha ordinato la cancellazione della causa dal ruolo e nessuna delle parti ha riassunto la causa entro il termine perentorio / i casi in cui il giudice ex lege ordina la cancellazione immediata della causa dal ruolo / diserzione di tutte le parti di due udienze successive*. L'inattività qualificata, invece, si correla alla mancata sanatoria di vizi processuali.

L'estinzione del processo **non estingue l'azione**, ma determina la **perdita degli effetti sostanziali** della domanda. Resta quindi fermo l'effetto interruttivo ma non quello sospensivo.



LA LEGGE DELEGA DI RIFORMA DELLA GIUSTIZIA CIVILE (l. n. 206/2021)

Obiettivi

Modifiche del codice di procedura civile a novella: non viene rifatto il codice *ex novo*, ma vengono capillarmente modificate alcune disposizioni. Inevitabilmente scappa il concetto corollario da correggere, con alcune asimmetrie evidenti. Il principale motivo della lentezza di un processo consiste nel fatto che sulla scrivania del giudice ne esistono tantissimi altri da svolgere contemporaneamente. La riforma, improntata al dichiarato obiettivo della **riduzione del 40%** della formazione del *decisum*, si divide in due grandi macro temi.

RAFFORZAMENTO DELLE ADR (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION)

Mediazione civile e commerciale

La prima potenzia l'istituto della **mediazione civile e commerciale**. La riforma punta a deflazionare il numero delle liti pendenti. Significa tentare che la lite fra due soggetti non arrivi in tribunale. La mediazione consiste nell'attività svolta da un soggetto terzo imparziale (**organismo di mediazione**), finalizzata alla ricerca di un **accordo amichevole** tra le parti per la composizione di una controversia.

Per renderla effettiva, si dice che la mediazione è una **condizione di procedibilità** della domanda per determinate tipologie di controversie. La legge qui prevede che se le parti non si rivolgono prima ad un organismo di mediazione e tracciano un tentativo di mediazione, la domanda davanti a un Tribunale non è proponibile. **In assenza**, il giudice dichiarerà **improcedibile la domanda** e rigetterà la causa rinviando alla mediazione preventiva.

È un sistema che già esisteva, ma verrà **potenziato in funzione delle cause** che rientreranno ora fra quelle che necessariamente devono rivolgersi a questi organismi. Finora, non ha avuto successo, ma non vi è alcuna colpa da attribuire. Quando fu introdotto questo istituto, nel 2009/2010 insieme anche ad altri, l'idea non era nuova dal punto di vista internazionale, ma il fulcro del problema era di costume forense. Quando vuoi incidere con riforme di impatto immediato, che stravolgono l'*habitus* mentale di una categoria di soggetti, in questo caso avvocati, è naturale che vi sia una ritrosia delle categorie coinvolte a portarlo avanti. Questo aspetto, non regolamentabile, oggi, dopo 12 anni, è entrato un po' in testa – ad esempio, la branca del *behavioural law* in continua crescita nei paesi anglofoni – e si spera che potenziandolo, dia qualche risultato. L'importanza della mediazione si rinviene maggiormente nelle ipotesi in cui la relazione tra le parti abbia una certa estensione temporale: ciò significa che **le parti si conoscono** e quindi se non sono ignote fra loro, potrebbe essere più facile che il mediatore riesca a metterli d'accordo.

La riforma punta a valorizzare la mediazione come strumento non tanto meramente ancillare rispetto al processo, quanto anche complementare rispetto alla giurisdizione. È la famosa **mediazione successiva o demandata dal giudice**, che è condizione anch'essa di procedibilità della domanda giudiziale. Due soggetti fanno una causa, litigano per anni, uno vince, l'altro perde e appella, arrivano alla fine della fase istruttoria, entrambi aspettano la sentenza ed è qui che il giudice, di sua iniziativa, può rimandare le parti alla mediazione. Ed è anche qui condizione: il processo, non andando avanti, verrà dichiarato estinto.

Il giudice, anche in sede di giudizio di appello, **fino al momento della precisazione delle conclusioni**, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l'esperimento di un procedimento di mediazione. Più ordinande di mediazione i singoli giudici faranno, maggiore sarà ciò che archiveranno nel loro *background* personale. Concetto fortissimo evidenziato dalla riforma, soprattutto perché le ordinanze con cui il magistrato demanda le parti in mediazione e le controversie definite a seguito della loro adozione saranno oggetto di specifica *rilevazione statistica*.

La mediazione funziona bene nei paesi anglosassoni dove, pur essendo garantito a tutti l'accesso alla giustizia, in concreto le controversie sono gestite dalle *big companies* o al limite in regimi di *class action* (dove dietro vi è comunque qualcuno di importante), in una regolamentazione non unitaria della giustizia. Si pensi all'America, 50 stati! Banalmente, tra la Louisiana e il Montana c'è una differenza di cultura macroscopica. Il nostro sistema *costo-justizia*, checché si voglia dire, è basso,



dove per costo giustizia si intende la sproporzione tra la spesa pubblica (elevata) e il costo degli avvocati in Italia (basso, si pensi che rapportato rispetto al mondo anglofono si parla di 1:4).

La negoziazione assistita

La procedura vede protagonisti gli avvocati delle parti **senza** il coinvolgimento di **un soggetto terzo**. Più specificatamente essa si sostanzia in un procedimento finalizzato ad un accordo, a mezzo del quale **le parti** convergono di **cooperare in buona fede e lealtà**, per risolvere **in via bonaria** una controversia, tramite l'assistenza di avvocati. Cioè sono le parti che si fanno assistere dagli avvocati, ci si riferisce all'*adversary system* americano, come si vede proprio nei film! Una battaglia lì fra gli avvocati. Ma perché è stato studiato l'*adversary* come sistema? Lo scopo del processo di giustizia in America è la verità. Tutti i sistemi sono buoni purché si arrivi al nocciolo. Ma così non è in Europa! L'*adversary* vuole questo, si fa barba di tante regolette e gli avvocati, tosti e preparati, fanno proprio degli **interrogatori alle parti**. La giuria valuterà sulle dichiarazioni fatte dalle parti nel *trial*.

La negoziazione assistita italiana è molto più modesta. Noi non possiamo esibire un documento in mano a terzi o in mano alla controparte perché non abbiamo una fonte legale di provenienza. Abbiamo introdotto il "**tavolo degli avvocati**". In alcune tipologie di controversie, l'esercizio dell'azione è condizionata al preventivo esperimento della procedura di negoziazione, a pena di improcedibilità. Fra le nuove possibilità di ricorrere alla negoziazione, da segnalare le *controversie di lavoro*, che occupano tantissimo "spazio".

Nell'ambito della negoziazione assistita è stata poi introdotta una rilevante novità: l'**istruttoria stragiudiziale**.

Acquisizione di dichiarazioni

Ciascun avvocato può invitare un terzo a rendere dichiarazioni su fatti specificamente individuati e rilevanti in relazione all'oggetto della controversia, presso il suo studio professionale o presso il Consiglio dell'ordine degli avvocati, in presenza degli avvocati che assistono le altre parti.

Le domande rivolte all'informatore e le dichiarazioni da lui rese sono verbalizzate in un documento, redatto dagli avvocati, che contiene l'indicazione del luogo e della data in cui sono acquisite le dichiarazioni, le generalità dell'informatore e degli avvocati e l'attestazione che sono stati rivolti gli avvertimenti di cui al comma.

Il documento contenente le dichiarazioni dei terzi **fa piena prova** di quanto gli avvocati attestano essere avvenuto in loro presenza. È quello che fa un po' il notaio dell'atto pubblico, ma non c'entra nulla. Quel verbale è sottoscritto e contiene dichiarazioni del terzo, che valgono nel processo. Era più facile prevedere di no, per evitare osmosi fra lo studio legale e il giudice, perché non siamo abituati. Però con la riforma il documento contenente le dichiarazioni dei terzi può essere prodotto nel giudizio tra le parti della convenzione di negoziazione assistita ed è **valutato dal giudice ai sensi dell'articolo 116 c.1 c.p.c.**, fatta salva la possibilità del giudice di disporre che l'informatore sia escusso come testimone.

Sempronio, terzo rispetto a Tizio e Caio in lite, dice che uno di questi è passato con il rosso. Non mettendosi d'accordo su niente, Tizio inizia la causa nei confronti di Caio. Quel documento in cui Sempronio attesta che Caio è passato con il rosso entra nel processo ed essendo dichiarazioni di parti terze, sarà valutata dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento. Però il legislatore ha statuito che l'informatore sia escusso come teste: è una prova *testimoniale d'ufficio*, disposta dal giudice, al di fuori dell'art. 281 ed ancora più forte. Evidentemente il giudice ritiene che probabilmente una fonte di maggior convincimento la possa avere sentendo lui il teste.

Dichiarazioni confessorie

Ciascun avvocato può invitare la controparte a rendere per iscritto dichiarazioni su fatti, specificamente individuati e rilevanti in relazione all'oggetto della controversia, ad **essa sfavorevoli** e favorevoli alla parte nel cui interesse sono richieste. La dichiarazione è resa e sottoscritta dalla parte e dall'avvocato che la assiste anche ai fini della certificazione dell'autografia.

Il documento contenente la dichiarazione confessoria **fa piena prova** di quanto l'avvocato attesta essere avvenuto in sua presenza.

La confessione è mezzo di **prova legale**, quasi inutile nel processo ordinario. Qui la recuperi: nel tavolo, un avvocato, su determinati fatti, chiede alla controparte di confessare. Dirà no, ma un eventuale sì in quella sede significa che è stata resa una **confessione stragiudiziale** con l'**efficacia**



di prova legale. Si chiama confessione stragiudiziale nell'ottica di un futuro processo. Qui tutto viene fatto prima del processo, pensando al processo. Il documento contenente la dichiarazione confessoria può essere prodotto nel giudizio iniziato dalle parti della convenzione di negoziazione assistita. Tale documento ha l'efficacia ed è soggetto ai limiti previsti dall'articolo 2735 del codice civile. Il rifiuto ingiustificato di rendere dichiarazioni è valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio, anche ai sensi dell'articolo 96, commi primo, secondo e terzo, del codice di procedura civile

Art. 2735 comma 1 – Confessione stragiudiziale

La confessione stragiudiziale fatta alla parte o a chi la rappresenta ha la stessa efficacia probatoria di quella giudiziale. Se è fatta a un terzo o se è contenuta in un testamento, è liberamente apprezzata dal giudice.

La confessione stragiudiziale è normata perché è involontaria e la parte non realizzava l'*animus confitendi*. Quindi, o è condotta da avvocati espertissimi, o sennò il rischio di rese di confessioni è molto elevato, sapendo che questa sarà una prova legale decisiva. Disciplinare questo aspetto è stato da un lato doveroso, ma dall'altro crea dei *bias* perché, come detto, non siamo abituati.

PROCEDIMENTO ORDINARIO

Prima della riforma

Il convenuto che riceve la domanda giudiziale deve costituirsi in giudizio 20 giorni prima, depositando quella comparsa di risposta. Quando si arriva all'udienza, detta anche di *scambio di cioccolatini*, il giudice è mediamente preparato sul contenuto della causa, vuoi perché ne ha altre 1000, vuoi perché il processo è ancora molto vacuo. E se non vengono rilevate delle forme di *vacatio in ius*, il giudice concede 3 termini congiunti di 80 giorni in cui le parti compiono tutta una serie di attività scritta depositando delle memorie che costituiscono la trattazione scritta della controversia. Scaduti questi 80 giorni, il giudice pronuncia un provvedimento detto ordinanza istruttoria con il quale decide sulle prove costituende e decide sull'ammissibilità o meno di quest'ultime e può eventualmente disporre della consulenza tecnica d'ufficio. Pur non essendo mezzo di prova, incide. Si conclude con la fase di assunzione della prova, che a sua volta può suddividersi in varie fasi.

Si apre poi l'istruttoria con un provvedimento di ammissibilità del giudice. Poi il giudice invita le parti fissando una udienza, che in realtà non serve, per la precisazione delle conclusioni. Vengono dati i termini per il deposito degli atti conclusionali di memoria e di replica e finiti questi il giudice dovrebbe depositare la sentenza entro 60 giorni.

Dopo la domanda giudiziale c'è un "obbligo" del convenuto (che in realtà può anche non difendersi, ma se si difende ha l'obbligo) di depositare la propria comparsa venti giorni prima dall'udienza. Quei 90 giorni per lui sono 90 meno 10 meno 20. Non sono molti perché la comparsa di risposta è piena di preclusioni. Nel bilanciamento fra l'effettività della resa della giustizia compromette l'effettività del diritto di difesa: il nocciolo della controversia viene dalle parti trattato in quegli 80 giorni delle tre memorie, in cui la prima è di riepilogo e la terza è solo destinata alle prove contrarie delle parti a seconda delle prove prima preposte. Bisogna cesellare quindi la difesa sulla seconda memoria. A 170 giorni (90 + 80) dalla notifica della domanda giudiziale è finito tutto e si aspetta la sentenza. Arriverà tre anni dopo, perché non da termini al giudice nell'ordinanza. Può arrivare nelle cause bagatellari in una settimana, nelle cause grandissime anche tre anni. Poi c'è la fissazione della precisione delle conclusioni, il deposito degli atti conclusionali e poi, dopo, la sentenza. Da qui il ritardo!

Con la riforma

Fase introduttiva e di trattazione

Finalmente la riforma ha cambiato un po' di cose: disegna un procedimento che a primo acchito crea sicuramente ansia e timore, forse dubbi, per i soggetti chiamati poi a gestirlo. Ma che in realtà rappresenta una vera novità nel panorama europeo. Il nuovo provvedimento ordinario di cognizione di primo grado, se non muta quegli 80 giorni, questi non seguono più la prima udienza, ma la prima udienza diventerà veramente una sorta di *pretrial conference* dove questa trattazione, finora riservata agli 80 giorni successivi alla prima udienza, si sposta prima, in modo che alla prima udienza



le parti arrivino e le parti debbano arrivare con tutti i tratti già definiti. Sembra solo uno spostamento di carte (lo è da un punto di vista formale) ma è un cambiamento epocale. Bisognava allungare questa prima fase e allora la prima modifica è un **allungamento del termine a comparire**. Il nuovo termine a comparire sarà **120 giorni**, per tutti. Da quei 120 giorni, vanno tolti i 10 giorni della notifica e i 20 giorni del convenuto. Questi mesi, che prima erano vuoti, adesso si riempiono in due modi. Cosa implica l'arretramento alla prima udienza secondo l'*habitus* che c'è stato per 80 anni in cui la fase di trattazione seguiva la prima udienza? Comporterà per il giudice un radicale cambiamento di approccio alla causa e se questo non cambia, la riforma fallisce.

Il **giudice** dovrà arrivare alla **prima udienza** con in mano la causa: dovrà studiarla come oggi la studia dopo la prima udienza per pronunciare se non altro la **prima ordinanza istruttoria**. Adesso il tema è enorme: le linee di fondo obbligano inevitabilmente il giudice, in qualunque controversia (oserei dire toste, perché si spingerà per le cause bagatellari sulle ADR), che dovrà in quella udienza decidere sull'ammissione dei mezzi istruttori, e per decidere deve conoscere i fatti. Non potrà più aspettare due anni. Non solo, dovrà già fissare in quella udienza le udienze di ammissione. Disporre la CTU e tante altre cose. Questo è il **cambio epocale** e questo avvicina, almeno a livello di imposizione, il modello di *civil procedure* al modello anglosassone. Se ci aggiungiamo l'emulazione dell'*adversary*, il modello procedimentale anglosassone si è imposto. E non è un modello puro, perché non è più puro neanche da loro. È un "*semi adversary model*", segnato da un ruolo attivo del giudice fin dalle prime battute della controversia, ma di un giudice il cui ruolo attivo è dato dal dovere di arrivare al primo contatto con le parti con la perfetta conoscenza della delineazione fattuale e ovviamente giuridica della controversia. Su questa impostazione di fondo, frutto di compromessi, riposerà ancora una volta su un cambio di un costume, che passerà da tutta una serie di cambiamenti epocali del modo di fare le professioni legali.

Art. 171-bis c.p.c. Post Riforma – Verifiche preliminari

Scaduto il termine di cui all'articolo 166, il giudice istruttore, entro i successivi quindici giorni, verificata d'ufficio la regolarità del contraddittorio, pronuncia, quando occorre, i provvedimenti previsti dagli articoli 102, secondo comma, 107, 164, secondo, terzo, quinto e sesto comma, 167, secondo e terzo comma, 171, terzo comma, 182, 269, secondo comma, 291 e 292, e indica alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione, anche con riguardo alle condizioni di procedibilità della domanda e alla sussistenza dei presupposti per procedere con rito semplificato. Tali questioni sono trattate dalle parti nelle memorie integrative di cui all'articolo 171-ter.

Quando pronuncia i provvedimenti di cui al primo comma, il giudice, se necessario, fissa la nuova udienza per la comparizione delle parti, rispetto alla quale decorrono i termini indicati dall'articolo 171-ter.

Se non provvede ai sensi del secondo comma, conferma o differisce, fino ad un massimo di quarantacinque giorni, la data della prima udienza rispetto alla quale decorrono i termini indicati dall'articolo 171-ter.

Il decreto è comunicato alle parti costituite a cura della cancelleria.

La norma di cui al primo comma è confusionaria. Dieci giorni dopo la notifica della domanda giudiziale ed entro i successivi quindici giorni deve leggere l'atto di citazione dell'attore. Ha l'obbligo di verificare se la citazione è nulla ecc. ma soprattutto **dopo 15 giorni**, il giudice deve essere in grado di **indicare alle parti**, fuori dall'udienza, **le questioni rilevabili d'ufficio**. Ad esempio, la nullità del contratto. Quindi si badi: è un ruolo attivo del giudice, 15 giorni dopo la pendenza del processo, che non può andare oltre. Tali questioni saranno trattate dalle parti nelle memorie integrative, quelle degli 80 giorni, che adesso iniziano a decorrere lì, prima della prima udienza. E non saranno più neanche 80, vengono portati dopo i 15 giorni del giudice e prima del 120 dell'udienza. Attenzione, fino ai 15 giorni del giudice, né il giudice, né le parti sanno della costituzione del convenuto! L'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio è in realtà, se ben calibrata dal giudice, un tagliare tutto. Va in decisione saltando tutto. Lo fanno raramente perché il rilievo d'ufficio è comunque difficile da parte del giudice e vuoi perché non c'è l'*habitus*.

Art. 171-ter c.p.c. Post Riforma – Memorie integrative

Le parti, a pena di decadenza, con memorie integrative possono:



- 1) **almeno quaranta giorni prima dell'udienza** di cui all'articolo 183, proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto o dal terzo, nonché precisare o modificare le domande, eccezioni e conclusioni già proposte. Con la stessa memoria l'attore può chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, se l'esigenza è sorta a seguito delle difese svolte dal convenuto nella comparsa di risposta;
- 2) **almeno venti giorni prima dell'udienza**, replicare alle domande e alle eccezioni nuove o modificate dalle altre parti, proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande nuove da queste formulate nella memoria di cui al numero 1), nonché indicare i mezzi di prova ed effettuare le produzioni documentali;
- 3) **almeno dieci giorni prima dell'udienza**, replicare alle eccezioni nuove e indicare la prova contraria.»

Il contenuto è uguale rispetto a prima. Sono i giorni che cambiano. 120 è l'udienza, il convenuto si costituisce almeno **70 giorni prima**. Quindi il convenuto ha, come prima, 60 giorni. Posto che l'attore sa 70 giorni prima della prima udienza come si è difeso il convenuto, l'attore deve fare tutto. Il convenuto aspetta che l'attore si esponga. L'attore ha 30 giorni di tempo dalla comparsa di risposta del convenuto per replicare. Se deve chiamare un terzo, può farlo ora. Per non far torto, la legge perla di entrambe le parti, ma in realtà fa comodo solo all'attore. Queste attività di replica dell'attore alla comparsa di risposta del convenuto erano destinate non ad una memoria ma oralmente alla prima udienza. Almeno 20 giorni prima dell'udienza, il convenuto può replicare alle domande nuove attoree. E entrambe le parti devono indicare i mezzi di prova ed effettuare le prove documentali. Per tutta la causa, fino al giudicato, si chiude la definizione del *thema probandum* ai venti giorni prima dell'udienza! Gli ultimi 10 sono esclusivamente per le deduzioni a prova contraria. Spesso veniva utilizzata come memoria di trattazione, ma non si poteva fare né prima né ora.

Arriviamo alla prima udienza. Qui, il giudice dovrà aver letto e studiato tutte queste memorie. Questo è il *pre trial*, piaccia o no. Il nostro ci prova! Il giudice non può non conoscere il *thema decidendum* e *probandum*. Ha in mano la causa, la controversia. La riforma introduce altre 2 vie d'uscita veloci del processo. Se i fatti sono controversi da una parte o dall'altra il giudice proprio perché non può non conoscere la causa, può pronunciare un'ordinanza di accoglimento (183-ter) o un'ordinanza rigetto (183-quater) della domanda, che non equivale a sentenza, reclamabile dalla parte di soccombenza entro 15 giorni, ma se quella causa viene respinta di nuovo, è definitiva. Oppure e qui la cosa più bella, viene enfatizzato il fatto che il giudice, fin dalla prima udienza, può fare una **proposta conciliativa alle parti** e lo può fare in ogni momento fino alla decisione della controversia. Si distingue dalla transazione perché qui la fonte è il giudice, non un organismo terzo. Potrebbe creare un problema di terzietà perché se le parti la accolgono il problema non si pone, ma se una delle parti non la accoglie, la causa tornerà in capo allo stesso giudice che avrà più o meno fatto capire dove andrà a tarare con la sua proposta. Siamo ai limiti. Finora poco attuata, però chissà, magari conoscendo ora la controversia meglio prima potrebbe cambiare il modo di fare giustizia.

Istruzione

All'esito della prima udienza il giudice deciderà sulle **richieste istruttorie** e l'udienza per l'assunzione dei mezzi di prova ammessi è fissata entro 90 giorni. Se dispone d'ufficio mezzi di prova, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio, i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi, nonché depositare memoria di replica nell'ulteriore termine perentorio parimenti assegnato dal giudice.

Con riguardo al **calendario delle udienze**, il giudice fissa le successive con ordinanza sino a quella di rimessione della causa in decisione, indicando gli incumbenti che verranno espletati in ciascuna di esse.

Fase decisoria

Il passaggio della fase di trattazione a fase di decisione comporta la rimessione della causa in decisione dal Giudice Istruttore. Vi sono due ipotesi, o la causa matura per la decisione senza necessità di istruttoria e si forma una questione preliminare di merito o una questione pregiudiziale di rito; ovvero, quando il giudice istruttore ha esaurito l'istruttoria della controversia, rimette le parti al collegio per la decisione a norma dell'art. 189 o dell'articolo 275-bis.



Il tentativo di eliminare il c.d. “**collo di bottiglia**”, ossia quel lasso di tempo molto lungo che intercorre solitamente tra la conclusione della fase di trattazione in senso ampio e la decisione.

Tra le novità più rilevanti in punto di fase decisoria vi è, anzitutto, l’**eliminazione dell’udienza di precisazione delle conclusioni** che si è rivelata negli anni una delle fonti di ritardo principali del processo. La stessa infatti veniva fissata a grande distanza dalla chiusura dell’istruttoria e spesso si limitava ad un’attività che di fatto non necessitava di un’apposita udienza.

I modelli di decisione sono due:

- 1) Decisione collegiale:
 - a) Decisione a seguito di trattazione scritta o trattazione scritta e discussione orale di fronte al collegio (art. 189 c.p.c./275 c.p.c.)
 - b) Decisione a seguito di trattazione orale (art. 275-bis c.p.c.)
- 2) Decisione monocratica
 - a) Decisione a seguito di trattazione scritta o mista (art. 281 *quinques* c.p.c.)
 - b) Decisione a seguito di trattazione orale (art. 281 *sexies* c.p.c.)

PROCESSO SEMPLIFICATO DI COGNIZIONE

La nuova denominazione «**procedimento semplificato di cognizione**» è volta a riflettere più precisamente le caratteristiche di detto procedimento. Lo stesso infatti consta in un rito semplificato ma, nel suo complesso, non cautelare e a cognizione non superficiale. Esso si caratterizza per una destrutturazione formale rispetto a quello ordinario di cognizione. Prima della novella, la Cassazione a Sezioni Unite aveva infatti sottolineato come la denominazione “sommario” non dovesse conferire l’idea di una sommarietà della cognizione. La cognizione è infatti piena, e la sommarietà deve essere piuttosto riferita alla descritta destrutturazione formale del procedimento. In altre parole, si tratta, quindi, di un rito speciale a cognizione piena ma destrutturato sotto alcuni profili di forma che si conclude con un provvedimento idoneo al giudicato sostanziale.

Prima della riforma era limitato alle cause a decisione monocratica ed era **sempre** alternativo al procedimento ordinario: il soggetto che agiva in giudizio poteva scegliere se tutelare il proprio diritto a mezzo di un processo a cognizione piena oppure a mezzo di questo procedimento speciale.

Post riforma viene esteso alle cause a **decisione collegiale** e viene meno l’alternatività per le cause a decisione collegiale che presentano determinate caratteristiche.

