

Pagina introduttiva alla Dodicesima edizione

Un acuto studioso di psicologia individuale e sociale e delle relazioni fra quella e il diritto, Jerome S. Bruner, nota che nessuna cultura riesce a raggiungere l'utopistica armonia necessaria ad evitare le liti, evento su questa terra dovunque inevitabile. Da alcuni decenni vi è una vera e propria ipertrofia del diritto e dei processi, in ogni campo della società (anche da qui una spinta verso le ADR, Alternative Dispute Resolution, così come dalla c.d. privatizzazione e dal relativismo gnoseologico sia probatorio sia ermeneutico). Cambia la quantità, la frequenza sociale, il valore e financo la qualità - soggiungiamo noi - nonché la cernita di modi "accettabili" di risoluzione, tali perché evitano sia la vendetta dei perdenti sia la loro alienazione o ritrazione dal tessuto sociale ed economico. È una questione di giustizia, ma dopo tutto anche di efficienza; né basta (secondo il pur famoso detto di Felix Frankfurter) appagarsi che "la giustizia debba soddisfare l'apparenza della giustizia", neppure - si badi - se quella apparenza appaia ai più molto plausibile e credibile. Il che del resto in Italia da tempo non avviene quasi più. Pur se codesto sarebbe già un notevole risultato, purtroppo appannatosi, nelle procedure condivise - e aggiungiamo: non solo nella trattazione originaria della causa, ma anche nel sistema delle impugnazioni delle sentenze - deve però alitare in profondità lo spirito della giustizia che non si piega alla mera economia processuale (pur da contestualizzare nel tempo e, in minor misura, nello spazio), mentre mutevolissimo - come mostrato da psicologi ed antropologi (da Stewellyn a Chase) - è stato e sempre rimarrà il semblante che assume proceduralmente quell'apparenza di giustizia, mutevole anche solo fra i paesi europei di oggi, refrattari ad esasperati ritualismi non solo nelle ADR ma anche nei processi civili più formalizzati e sui temi più impegnativi.

Se uccelli e pesci sono gli ultimi a scoprire, rispettivamente, l'aria e l'acqua, non molto dissimilmente capita a tanti operatori del processo civile (e, ancor più grave, del processo penale) di destreggiarsi, non di rado nichilisticamente o almeno alquanto rassegnatamente, entro orizzonti di senso lontani e largamente incompresi, poiché non si

è presa, fin da giovanissimi, l'attitudine a ricercare e scorgere i collegamenti fra le cose o anche solo fra le figure quali generate dai vari formanti della esperienza giuridica, tutto riducendosi ad un bricolage di segmenti procedurali poco o nulla saggiati criticamente nel loro senso funzionale complessivo.

○ Viaggi e soggiorni di studio all'estero dovrebbero disincantare questi nostri apprendisti, ma di rado li conducono fino a paesi e realtà sufficientemente (lontani e quindi) "disrelanti" e ne stimolano a fondo la curiosità comparatistica e la sensibilità clinico-semiologica.

Le lezioni e i seminari orali, sia da noi sia nelle Università visitate, sono spesso troppo numerosi, lunghi, anonimi, pesanti, di routine, monocordi per poter davvero contribuire a quelle salutari reazioni di stupore/incredulità che allertano e tonificano i processi di apprendimento. È nuoce la tendenza di molti corsi ad una pretesa completezza chiusa e compiaciuta, levigata formalmente, che non si concilia con le migliori dottrine cognitive che rimarcano la fruttuosità dell'approfondimento attivo (e meglio se stupito e "scosso") secondo percorsi "a spirale" - enfatizzati appunto da Bruner (1960) - con una acquaintance con movenze cicliche e rivisitazioni viepiù approfondite, ma fin dall'inizio interattive. La guglia che Borromini appostò sulla Saggiamente romana, del resto, che altro voleva significarci?

Certo che il fatto che la tensione del curriculum a spirale sia attratta (quasi con leggerezza, sì da poter dire che sia dunque quasi assunta) verso l'alto ci riporta, al di là della metodica di apprendimento e sviluppo (le lezioni, del resto, fanno crescere più chi le fa germinare entro sé guardando tanti visi ed occhi, di chi le ascolta, è cosa nota), a dovere evocare di nuovo l'aspirazione che lo studio, pur doverosamente tecnico, del diritto processuale civile non deve tarpare. La crescita per arritamento-acquaintance, per essere verso l'alto ed evitare ogni forma di "memorie del sottosuolo", si giustifica solo se impregnata del senso del giusto inteso quanto meno come proportio fra attese e risposte, fra racconti e domande e partecipe attenzione reattiva, proportio di soluzioni (cioè di liberazioni, mutue) attentamente ricercata e (questa sì) ben levigata, senza mai perdere di vista la giuridicità originaria dei fatti (che non vanno piallati ed erosi, pur ricercandone la "tipicità") mentre è possibile, con tecnica sapiente ed intrepida beninteso, "massaggiare" la letteralità normativa, tenendo nel dovuto conto epoche, contesti, orizzonti della loro genesi più o meno occasionale.

Per gli studenti destinati a divenire a pieno titolo giuristi, è bene che subito emerga la mancanza di risposte certe e non opinabili alla maggior parte dei quesiti posti nello svolgimento di un processo e si disinneschi il senso di panico, ovvero che emerga la centralità a tali riguardi, più che altro, della finesse e della clarté argomen-

tative, dell'analisi dei problemi e della lettura in prima persona delle norme e delle sentenze che costituiscono leading cases. E nondimeno l'esigenza che salda ed univoca sia però almeno la "cornice". Pur se così diviene frequente un certo senso di smarrimento o almeno di densa e continua problematicità, riscattato peraltro dal nascente stimolo per la dimensione investigativa e talora financo ludica. Che gli studenti all'inizio sono tutt'altro che inclini ad associare al mondo del diritto, ed ancor più al suo aspetto giudiziario, inteso quasi oracolarmente (come i famosi pulcini, fungenti da benge antistregoneria, degli Azande sudanesi, ma del resto, anche in età classica romana, gli aruspici etruschi, i flamines e gli stessi pontifices non traevano, per lo più convinti, analoghi auspicia, da viscere e voli di uccelli, proprio in parallelo alla spettacolare formazione del sistema "romanistico" con la presenza della visione dinamica e realistica della esperienza giuridica tipica del processo formulare?).

* * *

Dopo vent'anni, la dodicesima nostra edizione - e ciascuna delle undici precedenti, che non solo per la mole e l'editing variabile, è stata ben diversa dalle altre, pur nella continuità metodica - continua a proporsi quegli scopi, un grande avrebbe detto di far prendere aria alle zolle, e di mostrare che davvero si nuota (nei casi migliori forse si vola) fra onde e spruzzi (venti e turbini) delle novelle al codice di procedura civile e della dinamica giurisprudenziale - riuscendo a fare non rare calzanti prognosi - proprio facendo maggior caso non alle forme accidentali ma alla consistenza caratteristica dell'acqua e dell'aria da cui la accettabile, e magari giusta, soluzione delle liti è non solo avvolta ma sostenuta.

* * *

Anche quest'anno abbiamo scelto di rendere disponibile, nell'appendice informatica on-line, la Postfazione che accompagnava le prime edizioni delle Spiegazioni (allora in un unico volume), le cui considerazioni, a più di quattro lustri di distanza, a noi paiono ancora attuali.

Avvertenza

Il lettore noterà che l'indicazione di alcuni articoli di legge (specie del codice di procedura civile e del codice civile) è in carattere **grassetto** (es.: **art. 2909 c.c.**): ciò esprime il *suggerimento* di interrompere la lettura del volume per cercare e *consultare* con attenzione *quel dato articolo*, come se esso fosse trascritto nel testo in quel punto. La trattazione mantiene così uno stile piano e colloquiale e può dare per presupposte molte nozioni di immediata fonte legislativa.

Il suo angolo visuale è duplice: attento al sistema del nostro ordinamento processuale, ai principi, e ai collegamenti con il diritto sostanziale; volto a porre in evidenza il concreto intreccio delle varie regole nel loro applicarsi casistico. Il volume I (“Le tutele e il rapporto giuridico processuale”) è dedicato, in questa prospettiva “aperta”, alla parte generale e ai vari tipi di azioni e di processi (alle domande di cognizione, alle azioni sommarie, a quelle cautelari, ai processi esecutivi e relative opposizioni, etc.), ed allo studio di quello che si suole indicare come “rapporto giuridico processuale” (e così ai suoi presupposti – che rendono attuale il potere-dovere del giudicante di decidere nel merito la domanda proposta dalla parte – e ai suoi soggetti). Il volume II (“Il processo di primo grado e le impugnazioni”) ha invece riguardo al concreto svolgersi del processo di cognizione, anche complesso e con pluralità di parti.

L'ampia parte introduttiva, rivolta anche ai profili storici e comparatistici e più ancora alla cornice costituzionale, anche in questa edizione resa disponibile nell'apposita sezione dell'appendice informatica, è destinata a venire letta all'inizio della frequentazione dell'opera. Ma la sua comprensione risulterà più agevole a studio inoltrato, per scorgervi tutte le risonanze tecniche che, di proposito, non si sono tralasciate, benché ovviamente ancora non sviluppate. In questo contesto socio-economico di sempre più intensa compenetrazione, si è cercato di dare il dovuto risalto ai profili di diritto internazionale processuale. Non solo tenendo conto della legge 31 maggio 1995, n. 218, ma altresì fornendo allo studente un'ampia disamina, che quasi funge da parte speciale (cap. 4, sez. III, Vol. I), a mo' di compendio, delle evoluzioni della normativa dell'Unione Europea e delle molte e molto importanti pronunce della Corte di Giustizia in materia processuale, assai frequenti e che si avvicendano con vorticosità.

Il testo tiene naturalmente conto, seppur sovente soltanto nelle parti redatte con caratteri di minore dimensione, sì da tener ben distinto il piano più strettamente didattico da quello più specificamente informativo, dei risultati dell'ultimo, convulso trentennio di riforme: e così della legge 26 novembre 1990, n. 353, ad oggi l'intervento più organico e significativo subito dal codice; del d.l. 21 giugno 1995, n. 238, reiterato – pressoché senza modificazioni – dal d.l. 9 agosto 1995, n. 347, e dal d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, ed infine convertito con legge 20 dicembre 1995, n. 534; del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, istitutivo del giudice unico in primo grado, che ha comportato la soppressione dell'ufficio del pretore; del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 – e successive modificazioni apportate dalla legge 21 luglio 2000, n. 205 – in tema di riparto di giurisdizione ordinaria e amministrativa (in genere alla giurisdizione ordinaria nei confronti della P.A., ed alle azioni risarcitorie da violazione di interessi legittimi, si è dato più ampio spazio); della legge cost. 23 novembre 1999, n. 2, che ha modificato l'art. 111 Cost. in tema di garanzie del giusto processo; del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che conia nuovi riti per le “materie societarie”, così come della sua abrogazione ad opera dell'ultima (non però davvero organica) riforma del processo civile del giugno del 2009; della legge 14 maggio 2005, n. 80, e della legge 28 dicembre 2005, n. 263, che l'ha in buona misura modificata prima dell'entrata in vigore; dei decreti legislativi che nella legge n. 80/2005 hanno rinvenuto i propri principi e criteri direttivi: su tutti il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, in materia di arbitrato e di ricorso per cassazione, ed il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, di riforma organica della legge fallimentare (nonché da ultimo il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che vi ha non poco inciso); della legge 24 febbraio 2006, n. 52, nominalmente di riforma delle esecuzioni mobiliari, ma in realtà portatrice di modifiche che interessano la generalità dei procedimenti satisfattivi; dell'art. 140-*bis* cod. cons. sulla c.d. azione collettiva risarcitoria, e pure – nella appendice informatica – della nuova azione di classe non più solo consumeristica prevista dalla legge n. 31/2019 (destinata ad entrare in vigore, però, nel 2020); della legge di riforma del processo civile n. 69/2009; del d.lgs. n. 28/2010 relativo alla conciliazione e mediazione nelle controversie civili e commerciali; del d.lgs. n. 150/2011, sulla razionalizzazione dei riti in forza della delega contenuta nella legge di riforma del processo civile n. 69/2009; nonché degli ultimi interventi in materia processuale, “isolati” e nient'affatto organici, del periodo 2010-2019 (così, ad esempio, le leggi n. 183/2011; n. 218/2011; n. 3/2012; n. 27/2012; n. 134/2012, certo non davvero persuasiva, che reca interventi su appello e ricorso per cassazione; n. 98/2013; n. 162/2014 e 132/2015; sino alle più recenti leggi n. 119/2016, sul processo esecutivo, n. 197/2016, che ha riscritto le modalità di svolgimento del giudizio per cassazione, e n. 12/2019, che reca ulteriori interventi sul processo esecutivo). Non mancano una analisi della nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati (l. n. 18/2015), e una particolare attenzione ai più recenti ed importanti interventi giurisprudenziali, e così alle pronunce, formative e non solo informative, specie delle sezioni

unite. Così, ad es., Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707 (che ha riscritto la disciplina della c.d. garanzia impropria, omologandola a quella dettata per la garanzia propria); Cass., sez. un., 19 aprile 2016, n. 7700 (sulla distinzione tra appello incidentale e onere di riproposizione ex art. 346 c.p.c. delle domande ed eccezioni non accolte perché non valutate) e la successiva Cass., sez. un., 12 maggio 2017, n. 11799 (che ritorna sul tema con specifico riguardo alle eccezioni non accolte); Cass., sez. un., 4 maggio 2017, n. 10790 (sul concetto di prova nuova “indispensabile” e quindi ammissibile in appello ove retto dal rito del lavoro, dal rito sommario di cognizione, o dal rito ordinario, prima della modifica dell’art. 345, co. 3, c.p.c. ad opera della legge n. 134/2012); Cass., sez. un., 16 febbraio 2016, n. 2951 (sulla natura di mera difesa della questione di carenza di legittimazione attiva e passiva sostanziale, e del ruolo della non contestazione al riguardo); Cass., sez. un., 22 settembre 2016, n. 18569 (sull’individuazione del *dies a quo* del termine lungo per impugnare la sentenza, ove questa rechi due diverse date di “pubblicazione”). E ancora, Cass., sez. un., 16 novembre 2017, n. 27199, sui requisiti di ammissibilità dell’atto di appello ex art. 342 c.p.c. (che giustamente ripudia il c.d. “progetto alternativo di decisione”, richiesto da una parte della giurisprudenza di merito e legittimità); Cass., sez. un., 21 marzo 2019, n. 7940, che individua – non del tutto persuasivamente tuttavia – i termini per la riproposizione ex art. 346 c.p.c.; o Cass., sez. un., 23 luglio 2019, n. 19882, che negano sia questione di competenza quella del riparto tra sezioni ordinarie e sezioni specializzate in materia di impresa.

La nostra materia – e il breve *excursus* sugli interventi legislativi lo testimonia – è oggetto ormai di costanti (e settoriali) interventi, sulla cui bontà e futura tenuta si può sempre più di sovente dubitare. Di essi certo viene dato conto (così come dei più eclatanti risultati del diritto vivente, quello giurisprudenziale), ma pur sempre nella convinzione che oggi, in questo ondosso (e ondivago) mare che è divenuto il diritto processuale civile, risulta assai più proficuo disegnare agli studenti i confini (comunque già frastagliati) della costa, piuttosto che seguire il moto di ogni singola onda.

Una certa attenzione è stata – di necessità – dedicata altresì al processo telematico (e alla relativa disciplina), il “futuro del processo civile”, nonché al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (e sue successive modifiche): il c.d. Codice del processo amministrativo.

* * *

Anche in questa nuova edizione all’opera si accompagna una “appendice informatica” (con materiali disponibili all’indirizzo *www.giappichelli.it* nell’area “La mia libreria”), nella quale trovano spazio, accanto alla bibliografia ed alle questioni, altri due strumenti già noti nelle precedenti edizioni: il primo, il “processo simulato” (già apparso, con fotocopie di atti di un processo reale, nella prima edizione del III

volume: quella del 2009), illustra lo svolgimento del processo di primo grado attraverso i diversi atti e verbali in cui si articola. La “prova d’esame” – frutto di quindici anni di insegnamento nell’ateneo patavino – offre invece la possibilità di verificare le proprie conoscenze: in essa vengono proposte una serie di domande (alcune a risposta aperta, altre a risposta multipla con le relative soluzioni) che sono state poste in questi anni agli studenti in sede di esame. Alcune di esse sono poi completate da una “griglia” esplicativa che elenca i principali snodi argomentativi attraverso cui dovrebbe articolarsi la trattazione del tema, consentendo così allo studente un immediato riscontro circa la sua preparazione personale.

Come per la precedente edizione l’appendice informatica è arricchita da due altre sezioni. Nella prima, “*Spiegazioni on-line*”, trovano collocazione alcuni capitoli (in passato a disposizione dello studente in formato “cartaceo”) di utile compendio allo studio della materia. Si è voluto così mantenere la scelta di rendere più compatta (e – seppur di poco – meno economicamente impegnativa) l’Opera, abbandonando la tradizionale articolazione in tre volumi, a favore dei due che in apertura abbiamo descritto (e nei quali comunque lo studente ritroverà le ormai “classiche” sette sezioni). L’altra sezione ospita il “Testo Ausiliario” al Manuale. Si tratta di una iniziativa sperimentale, con la quale si è voluto fornire allo studente uno strumento ulteriore, pensato per offrire una diversa prospettiva d’indagine, all’occorrenza in forma sintetico-riepilogativa, degli istituti più complessi del diritto processuale. Il Testo Ausiliario si affianca dunque alle *Spiegazioni di diritto processuale civile*, ed affronta in modo complementare (non alternativo) al Manuale i principali temi trattati nelle sue Sezioni I, III e V, e così: la tutela di cognizione (nelle sue diverse forme di accertamento, costitutiva e di condanna); gli elementi individuatori della domanda giudiziale; il giudicato; le eccezioni; la domanda riconvenzionale; l’accertamento incidentale; le condizioni di decidibilità della causa nel merito; le diverse figure di processo oggettivamente e soggettivamente complesso. Per agevolare il necessario continuo confronto con il Manuale, il Testo Ausiliario riporta – in ogni capitolo e paragrafo – l’indicazione della Sezione e del capitolo delle *Spiegazioni* di riferimento.

La lunghezza e inconcludenza dei tempi processuali universalmente considerata eccessiva (la cui riduzione è l’obbiettivo primario anche da ultimo perseguito, non sempre in modo appagante, tanto dal legislatore delegante come da quello delegato), il carico di formalismo di cui è intriso il codice, lo scetticismo che accompagna l’effettività delle pronunce (benché, specie in questi ultimi anni, assai autorevoli) sono alcuni dei problemi da tempo denunciati da tutti gli operatori del diritto. Attraverso una modifica non sempre puntuale delle norme processuali, duplice è l’intento perseguito da tutti i menzionati interventi normativi. Da un canto snellire il procedimento troppo spesso caratterizzato da inutili formalismi e dall’altro, attraverso riforme anche riorganizzative incisive, rendere il processo uno strumento più duttile, ad efficienza “misurabile” onde fare fronte alle pressanti ed emergenti richieste di tutela effettiva e non solo proclamata in via di principio, bandendo ogni corporativismo tralatizio.

Soltanto il tempo, e l'impatto con la pratica, diranno se realmente siffatti obiettivi potranno ritenersi, almeno in parte, raggiunti. Giusto sembra, nondimeno, attendere l'esito di queste riforme, certo senza soverchi entusiasmi, ma pure, forse, senza eccessivi pessimismi se si affronterà in fine anche l'imperativo categorico della interna (e quasi aziendale) riorganizzazione degli uffici e *accountability* del loro lavoro.

Rimane in ogni caso confermato che vi è sempre più bisogno, e per vero in vari sensi, di "Spiegazioni": ecco allora questa nuova e più completa (anche in relazione al diritto vivente) undicesima edizione, fedele al suo precipuo metodo "aperto" nato a Trento e a Milano in Cattolica, proseguito a Padova e alla Sapienza romana, vicino sia alla storia (in prospettiva comparatistica) e al diritto sostanziale come alla ineludibile proiezione internazionale. Restano fermi i ringraziamenti già espressi per le precedenti edizioni, e così a Federica Godio, per il contributo sagace e continuo nell'aggiornamento dell'opera e nella "semplificazione" (di cui gli studenti avvertono il sempre giovane incedere); e a Laura Baccaglioni, alla quale pure va un sentito ringraziamento per il suo prezioso e costante contributo. Un ringraziamento va anche a Michelle Vanzetti, assieme alla quale si svolse il triennio di docenza in Bocconi da cui sono nate le parti finali dell'Opera; e pure a Marcello Stella, per l'attenzione ai profili extranazionali e comunitari. Un ringraziamento anche a Sara Barone, e Alessandro Fabbi per gli utili spunti recenti in materia di prove.

Rinnovo poi il grato riconoscimento a Marcella Negri, Beatrice Zuffi, Luca Penasa, Dora Rizzardo e Alberto Stropparo, insieme ai quali abbiamo curato nel corso degli anni (e delle varie sessioni di esame) – a Padova, per quasi tre lustri – il materiale didattico oggi confluito nella "Prova d'esame" allegata al detto supporto informatico. A Beatrice Zuffi e Luca Penasa un ringraziamento anche per alcuni recenti casi e questioni disponibili nell'apposita sezione dell'on-line.

C.C.

Roumnaz, 15 settembre 2019

L'approfondimento del diritto processuale civile, tra fonti "vecchie" e "nuove"

Allo studente (debuttante o progredito) che voglia approfondire la materia del diritto processuale civile anche attraverso fonti diverse dai manuali editi, molti famosi non più aggiornati, vengono forniti diversi strumenti, che crediamo utile qui in apertura passare brevemente in rassegna.

Importanza centrale rivestono anzitutto i commentari al codice di procedura civile (che recano, per ogni articolo, in modo più o meno ampio, l'indicazione delle principali questioni e la soluzione adottata da giurisprudenza e dottrina). Quattro sono i principali commentari, qui elencati in ordine decrescente di ampiezza: il *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, Torino, Utet, 2012-2014, in sette volumi; il *Codice di procedura civile commentato*, diretto da Consolo, Milano, Wolters Kluwer, 2018, in quattro volumi; il *Codice di procedura civile*, a cura di Picardi, Milano, Giuffrè, 2010, in due volumi; ed il *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi-Taruffo, Padova, Cedam, 2018, in un volume.

Un approfondimento degli istituti del diritto processuale civile è poi offerto dalle diverse enciclopedie giuridiche. Le principali sono il *Novissimo Digesto Italiano* (Torino, Utet) del 1956 (e successivi aggiornamenti); il *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, che ne è la continuazione (Torino, Utet) in cui la parte processuale civile era diretta da E.F. Ricci; l'*Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè), per la parte processuale diretta da S. Satta e poi da E. Fazzalari, con voci spesso assai ampie ed importanti; e l'*Enciclopedia Giuridica* (Roma, Treccani), con voci enciclopediche più brevi ma sovente assai autorevoli.

Strumento centrale per l'approfondimento e l'aggiornamento costante sono anche numerose riviste giuridiche. Con specifico riguardo alla nostra materia segnaliamo: la *Rivista di diritto processuale* (Padova, Cedam), dove molta attenzione viene prestata ai recenti interventi giurisprudenziali in materia, corredati da commenti e note redazionali; e la *Rivista trimestrale di diritto processuale civile* (Milano, Giuffrè), che maggior spazio dedica agli interventi dottrinali, pur se in essa pure viene dato conto delle principali novità giurisprudenziali (in una apposita rubrica denominata "Casi"). Sui temi del diritto processuale civile, vanno segnalate anche la *Giustizia Civile* (Milano, Giuffrè) e la più "giovane" *Il Giusto Processo Civile* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane). Alla materia dell'arbitrato (di cui pure si occupano anche le riviste in precedenza menzionate) è

dedicata la *Rivista dell'Arbitrato* (Milano, Giuffrè), mentre la *Rivista dell'Esecuzione forzata* (Milano, Giuffrè), come bene spiega il titolo, è interamente incentrata sulla materia dell'esecuzione forzata. Per la giurisprudenza internazionale e comunitaria (anche, ma non solo, processuale) gli articoli e gli interventi apparsi sino al 2016 in *Int'l Lis*, Corriere trimestrale della *litigation* internazionale (Milano, Ipsoa), sono ora disponibili anche nei due *Articoli, saggetti e commenti di litigation internazionale apparsi in dieci anni di Int'l Lis*, Vol. I (2012-2016) e Vol. II (2006-2011), Padova, 2018; potrà altresì essere consultata la più risalente *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (Padova, Cedam). Infine, per le novità giurisprudenziali e legislative in materia civile, e non solo processualciviltistica, fondamentale strumento si rivelano la *Giurisprudenza Italiana* (Torino, Utet), che in ogni numero dedica uguale spazio anche al diritto ed al processo penale, al pari de *Il Foro Italiano* (Roma, Il Foro Italiano), ed il *Corriere Giuridico* (Milano, Ipsoa).

In quest'era dell'informatizzazione e della conoscenza "in presa diretta" i "vecchi" Massimari cartacei (ad esempio quelli della *Giustizia Civile* e del *Foro Italiano*) hanno necessariamente lasciato il passo alle banche dati *online* (con le quali difficilmente possono competere in aggiornamento). Le principali sono *Pluris* e *DeJure*. Entrambe forniscono anzitutto il servizio di banca dati, assai aggiornato (è possibile reperire pronunce anche pubblicate poche settimane prima) e capillare, della giurisprudenza di legittimità, di merito, amministrativa, costituzionale ed anche comunitaria ed internazionale. Inoltre, l'abbonamento consente all'utente di poter consultare direttamente *online* le riviste giuridiche pubblicate dalla casa editrice che cura la banca dati. Così *Pluris* mette a disposizione le riviste della Cedam, dell'Ipsoa e della Utet. *DeJure* consente invece l'accesso alle riviste della Giuffrè.

Anche internet può rivelarsi un'utile fonte. I siti giuridici sono molti (benché non tutti parimenti affidabili, specie in relazione alle opinioni ed ai commenti alle sentenze ivi pubblicate). Si possono qui segnalare *www.judicium.it*, che mette a disposizione (sino al 2017 gratuitamente, poi come rivista *online*) saggi ed interventi principalmente in materia processuale; e *www.ilcaso.it*, che rende disponibili molte interessanti sentenze, specie della giurisprudenza di merito. Anche il sito della Corte di cassazione (*www.cortedicassazione.it*) potrà essere utilmente consultato, specie alla sua sezione "Recentissime dalla Corte", dove si trovano le principali sentenze delle sezioni civili e penali, e l'indicazione delle questioni rimesse alle Sezioni Unite, con la relativa ordinanza interlocutoria e la finale decisione. Infine non si dimentichi che la fonte principale di conoscenze circa gli interventi legislativi, la *Gazzetta Ufficiale*, ha essa pure un proprio sito internet, liberamente accessibile: *www.gazzettaufficiale.it*.

Parte introduttiva

IL DIRITTO DEL PROCESSO CIVILE E LA SUA EVOLUZIONE

1. La giurisdizione civile. Il diritto processuale civile e le sue fonti: codici e riforme processuali e loro valori ispiratori

La giurisdizione. – La giurisdizione ordinaria. – Giurisdizioni speciali. – Il “diritto processuale civile” e le sue fonti. – Il c.p.c. del 1865 quale esempio di processo prevalentemente scritto, largamente rimesso all’impulso di parte. – I moti critico-riformatori e la scuola chiovendiana all’inizio del ‘900. – Segue: i principi di oralità, concentrazione e immediatezza. – Il codice Grandi-Calamandrei del 1940 quale soluzione di compromesso e timida innovazione. – Perdurante valore di larga parte di quel codice. – Obsolescenza della coeva legge sull’ordinamento giudiziario. – L’organizzazione interna dei quattro libri che compongono il codice. – I contenuti e la diversa vitalità delle sue parti. – Spunti storici in tema di codificazioni processuali. – La legislazione processuale codicistica vecchia e nuova.

2. Il moto delle riforme processuali dalla Costituzione fino all’epoca attuale

Le tutele giurisdizionali differenziate. – Il nuovo rito del lavoro. – Caratteristiche salienti e tecnica delle preclusioni. – La vicenda altalenante delle preclusioni nel rito ordinario fra versione originaria del codice e riforme successive. – Codice liberale o codice autoritario? – Codice e Costituzione del 1947. – Il contributo al codice della Corte costituzionale.

3. I principi costituzionali in materia processuale

I principi costituzionali processuali e l’esigenza di una loro specificazione casistica. – Segue: in rapporto all’interpretazione. – L’art. 24, co. 1, e la garanzia dell’azione. – Istituti da vagliare criticamente alla luce di tale garanzia. – Segue: pronunce costituzionali sulla portata della garanzia. – La difesa in contraddittorio e l’art. 24, co. 2. – Rilevanza costituzionale del ricorso per cassazione nell’art. 111, co. 7, e non già del doppio grado di giu-

risdizione di merito. – La proposta di revisione costituzionale (frutto della c.d. Bicamerale). – Il giusto processo in Costituzione (il potenziamento dell'art. 111). – Il ricorso per cassazione contro provvedimenti decisori per violazione di legge e la c.d. "cameralizzazione" del giudizio sui diritti. – Disciplina del procedimento camerale. – Il significato strumentale del principio del contraddittorio. – Varie angolazioni ed applicazioni del principio nella giurisprudenza costituzionale. – Le previsioni dell'art. 24, co. 3 e 4. – Le disposizioni costituzionali sulla magistratura: principii di legalità ed indipendenza. – Scelte di fondo della Costituzione.

4. La crisi di effettività della giustizia civile e, di riforma in riforma, le prospettive future

Effettività della tutela. – Qualche statistica sulla durata abnorme e crescente dei processi. – L'art. 6 C.e.d.u. – L'attuazione della garanzia del giusto processo. – Segue: il tipo di difficoltà tutt'affatto pratiche che riguardano l'attuazione della garanzia specifica di ragionevole durata. – La c.d. legge Pinto. – Il moto riformatore continuo per accelerare i giudizi civili. – Riscoperta dei giudici onorari e della giustizia "non togata". – Riforme processuali del 1990-1991 e loro non rassicuranti esiti. – Le due riforme del 1997: sezioni-stralcio per l'arretrato e giudice unico di primo grado con abolizione delle preture. – Riforme del 2005-2006. – L'ultima abbastanza organica riforma del c.p.c. (legge n. 69/2009). – I successivi interventi legislativi "a macchia di leopardo" (2010-2019). – Il diritto processuale civile comunitario ed europeo.

La parte introduttiva continua a far parte dell'Opera, e se ne consiglia così ora la lettura. Tuttavia, per limitare i costi correlati alla stampa dei volumi, si è scelto di renderla disponibile nella sola appendice informatica, che si trova nell'apposita sezione "*Spiegazioni on-line*".

Sezione prima

**DIRITTO CIVILE E ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE:
LA DOMANDA E LA TUTELA**

L'attività giurisdizionale

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

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

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

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

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

**Perché non
procedura ma diritto
processuale**

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

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

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

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

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

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

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

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

La gradualità del processo e lo sviluppo dell'ordinamento

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

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

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

Il giudice e la legge scritta

Questo carattere decentrato nella specificazione della norma (specificazione a

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

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

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

Sarebbe, crediamo, inappropriato tradurre queste riflessioni *tout court* in termini di fonti del diritto plurime (o anche solo di "formanti", per usare suggestioni – oggi, nella nostra letteratura: da R. Sacco –

Concorrenza fra c.d. formanti?

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

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

L'applicazione giudiziaria del diritto processuale

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

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

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

Le tutele dei diritti
ed il processo

Sempre dai loro precedenti studi di diritto privato, gli studenti avranno percepito non solo l'esistenza del processo, ma anche alcuni profili di più immediata rilevanza connessi con la stessa esistenza del fenomeno processuale. Ad es., le cosiddette azioni giudiziali e

così, fra tante, la rivendica, la *hereditatis petitio*, l'azione surrogatoria, l'azione revocatoria, e altri aspetti più particolari del fenomeno delle azioni civili (perché intese talvolta come azioni meramente cautelari) come il sequestro conservativo e giudiziario. In effetti, è nel codice civile che vi sono le norme su cui poggia l'intera materia delle tutele erogabili dal (e nel) processo civile. Sono gli artt. 2907 ss., contenuti nel (titolo IV del) libro VI c.c., libro relativo alla tutela dei diritti.

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

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

La tutela
extra processuale

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

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

La prescrizione

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

indebiti, che si ha solo quando è effettuata una prestazione cui non corrisponde più alcun rapporto obbligatorio, a ragione della vera e completa estinzione di esso (come nel caso di una sua precedente remissione oppure di duplice adempimento, etc.). Parlare per il credito prescritto di obbligazione naturale (e quindi con rilievo *in thesi* solo etico e non giuridico) è impreciso: non abbiamo qui un *aliud*, quanto in un certo senso un *minus* (sulla stessa linea v. anche l'art. 1251 c.c. in tema di compensazione).

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

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

L'azione surrogatoria e quella revocatoria ■

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

stituisce una sorta di pegno generico offerto a tutela delle ragioni del creditore.

Venute meno da secoli le azioni tipiche romanistiche, l'azione surrogatoria è una forma di legittimazione mentre l'azione revocatoria presuppone l'esercizio di un potere di azione costitutivo. Nel primo caso, a fronte di un debitore che lascia impoverire il suo patrimonio non esercitando i suoi diritti, viene data la possibilità della sostituzione surrogatoria, che può anche assumere le forme di un'azione giudiziale esercitata per surrogazione (vedremo essere questo il caso più notevole del fenomeno eccezionale della c.d. sostituzione processuale; sez. III, cap. 9).

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

Tutto questo lo diciamo non per cercare di passare in rassegna, tanto rapidamente, i numerosi istituti contenuti nel libro VI del codice civile che attengono alla tutela civile (e sovente giurisdizionale) dei diritti, ma per mostrare con qualche esempio dove sta e come va ricostruito, in concreto, il raccordo, il *trait d'union* fondamentale (per differenti ragioni, tipico della cultura italiana, lontano da quella sia francese sia inglese) fra il codice civile e il codice di procedura civile e i relativi studi irrelati. Questo raccordo si situa, appunto, nel libro VI del codice civile, il quale si occupa della tutela dei diritti e colloca questo tema in una prospettiva molto più ampia, vale a dire, come tutela soprattutto e innanzitutto stragiudiziale dei diritti. Così, il tema delle prove documentali, trattato nel libro VI, è visto dal legislatore del codice civile come quello che attiene alla predisposizione dello strumento più utile a garantire il corretto svolgimento dei rapporti giuridici, in quanto la preconstituzione di una prova e in particolare di una prova documentale, scoraggerà più facilmente la violazione del diritto. Altrimenti detto, il titolare del diritto non avrà bisogno di ricorrere alla spesso (ed in vari sensi) incerta prova testimoniale per tutelare la sua pretesa giuridica, ma potrà immediatamente basare la fondatezza del suo vanto giuridico su un do-

cumento e sulla sua efficacia probatoria legale (diversa, peraltro, secondo che si tratti di atto pubblico o di scrittura privata: artt. 2700 e 2702 c.c.; v. sez. VI, cap. 7). Sequestri, ipoteche, privilegi, trascrizioni, etc., si prestano ad una serie di riflessioni diverse eppure analogamente ispirate.

I capisaldi della tutela
giurisdizionale nel
codice civile

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

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

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

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

L'art. 2907 c.c. rubricato “Attività giurisdizionale” è la pietra angolare della “sutura” e recita: “Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del

pubblico ministero o d'ufficio". Il secondo comma, sulla domanda nell'interesse non dei singoli ma delle categorie professionali, non lo si prende qui in considerazione, perché non si è nemmeno certi se sia ancora in vigore; verosimilmente, l'abrogazione tacita di questo co. 2 si sarebbe avuta già con la caduta dell'ordinamento corporativo nel 1944.

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

L'art. 2907 ed il principio della domanda

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

Orbene, va da sé che un sistema del genere porta – superata la dimensione racchiusa della *civitas* arcaica – alla più totale confusione nei rapporti sociali e, dunque, nella storia delle società, degli ordinamenti

Il divieto di autotutela