

LE ISTITUZIONI DEL DIRITTO PRIVATO
Manuale modulare coordinato da Mario Nuzzo

Nicola Corbo

LA TUTELA DEI DIRITTI

Quinta edizione



G. Giappichelli Editore – Torino

Nicola Corbo

LA TUTELA DEI DIRITTI

Quinta edizione



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3635-9

Composizione: La Fotocomposizione - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Capitolo Primo

LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI

1. Premessa
2. Ordinamento giurisdizionale e principio di effettività
3. Giudice ordinario ed amministrativo
4. La giurisdizione esclusiva
5. Gradi di giurisdizione e funzione nomofilattica
6. Fasi del processo civile
7. Dispositività del processo civile
8. Sentenze di accertamento e condanna
9. Sentenze costitutive
10. Compromesso e clausola compromissoria
11. Arbitrato rituale ed irrituale
12. Arbitraggio e perizia contrattuale
13. Azioni inibitorie, cautelari ed esecutive
14. Cosa giudicata
15. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

1. *Premessa*

Il libro sesto intitola alla tutela giurisdizionale dei diritti ventisei articoli (2907-2933) contenuti nel penultimo titolo, subito prima della prescrizione.

Si tratta di una scelta (di materia e di collocazione) non andata esente da critiche fondate, in ultima analisi, sull'idea che si tratti di norme le quali, attraverso la giustificazione della necessità di definire gli effetti "sostanziali" del processo, ne realizzerebbero una sorta di "*deminutio*". Secondo questa tesi, di tali norme di mediazione o riconoscimento formale degli effetti del processo (meglio ancora, della sentenza) nel patrimonio dei suoi protagonisti, non vi era alcuna necessità e quindi il titolo dedicato alla prova (artt. 2697-2739) avrebbe dovuto trovare più idonea collocazione nel codice di rito (salvo per le disposizioni che rilevano anche per la disciplina della forma degli atti), data la loro indissolubile inerenza al processo.

Si può per contro osservare come il pur sparuto gruppetto di norme intitolate alla tutela giurisdizionale dei diritti svolga una importante funzione di raccordo fra diritto sostanziale e diritto processuale e ciò anche a ragione dell'intima connessione che non può non predicarsi fra l'uno e l'altro.

Come autorevolmente affermato "il giudizio è l'atto fondamentale del diritto, come l'atto fondamentale del pensiero": ciò vuol dire che il sistema del diritto privato, come ogni altro sistema di norme, non è indirizzato solo alla individuazione di principi ed alla enunciazione di doveri di comportamento, ma anche (se non specialmente) alla soluzione dei conflitti derivanti dalla violazione degli uni e/o degli altri.

Che ci si ponga sotto l'angolo visuale di civil law, in cui la tutela è una conseguenza dell'attribuzione di un diritto soggettivo; o che ci si ponga sotto l'angolo visuale di common law, in cui è invece il rimedio a guidare nella individuazione del bisogno leso, la risposta che il singolo si attende dall'ordinamento è sempre "di protezione".

Muovendo da questa prospettiva l'art. 2907, allorché stabilisce che alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria, non sembra possa esser letto in chiave di subordinazione del processo, ma piuttosto di riassicurazione del titolare della situazione pregiudicata o a

rischio di pregiudizio, che alla enunciazione della sua esistenza ed al riconoscimento della sua titolarità da parte dell'ordinamento, farà seguito una tutela.

L'intima connessione ed anzi quello che è, secondo alcuni, un vero e proprio **orientamento del diritto sostanziale al processo**, emerge del resto dal puntuale richiamo, a corredo della maggior parte degli Istituti, delle azioni esercitabili per la sua protezione: il che riconduce ad esempio, agli istituti della prescrizione (durata della protezione) e della prova (presupposti per la protezione).

Da ciò lo sviluppo di una esposizione sintetica circa il sistema giurisdizionale la quale, spingendosi ben oltre le esigue e ben funzionalizzate disposizioni generali contenute negli artt. 2907-2909, intende offrire un primo approccio, peraltro non scevro di riferimenti problematici, al sistema processual-civilistico, consentendo il miglior orientamento del (giovane) discente. Ne segue che l'esame delle regole in materia di esecuzione forzata, sarà collocata più avanti, nel contesto della trattazione generale (cap. VIII).

Questa scelta, si aggiunge, non è compiuta solo in funzione della già menzionata "necessità di orientamento" del diritto; ma anche per il sempre maggior rilievo che, nella fase attuale, la giurisdizione va assumendo, come vero e proprio **"formante"** e cioè veicolo di produzione normativa in senso stretto.

Se infatti l'interpretazione delle norme non è appannaggio esclusivo del giudice, ma anche luogo di cimento dell'accademico, non si può dubitare della particolare forza ed energia connessi alla produzione di sentenze.

Nel processo, si osserva, il giudice "rileva e fissa" applicandolo, uno fra i possibili enunciati della norma (così, appunto, "dichiara il diritto"), ma questa attività di interpretazione della norma e qualificazione-riconduzione della fattispecie, non conduce a risultati sempre eguali.

La norma, infatti, può "caricarsi" di significati in relazione a mutamenti di sensibilità sociale sicché, immutato il testo, il significato potrà mutare col tempo e la fattispecie concreta.

Di esempi significati se ne potrebbero prendere in considerazione numerosi. Si pensi, ad esempio, alla questione relativa alla quantificazione dell'assegno divorzile (del quale, nel contesto di una prassi interpretativa che gli assegnava funzione di mantenimento, ne è stata riproposta la funzione meramente alimentare, giungendo poi ad una soluzione di

sostanziale compromesso cfr. Cass. sez. III, 11504/2017 e poi Cass. SS.UU. 18287/2018); oppure al problema del potere di riduzione della penale in sede giudiziaria (per lungo tempo escluso e poi riconosciuto con sempre maggior ampiezza: Cass. sez. II, 21066/2006); od ancora alla risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, per decenni negata e poi invece riconosciuta (Cass. SS.UU. 500/1999): tutte vicende nelle quali il mutamento della sensibilità sociale od economica od ordinamentale ha costituito il presupposto per una revisione critica di un precedente orientamento interpretativo e l'approdo a soluzioni diverse dal passato.

Come se ciò non fosse sufficiente, poi, ad ulteriore complicazione del sistema l'attività dei giudici, talvolta anche con il sostegno della dottrina (e con la speciale forza che in questo momento storico la connota), si sta progressivamente orientando, specie a livello di legittimità, verso interventi di enucleazione dal sistema, di principi in grado di operare non solo come criteri di qualificazione o ricostruzione della fattispecie o della portata dell'enunciato normativo contenuto in disposizioni precettive, ma in funzione autenticamente creativa.

Si pensi, ad esempio, relativamente al recesso *ad nutum* dal contratto, al tema della sua procedimentalizzazione, affermata in applicazione dei doveri di solidarietà, correttezza e buona fede di rilevanza costituzionale, pur in assenza di norma che la rendesse necessaria (cfr. Cass. 20106/2009).

Vi è infine un ulteriore fattore di cui tener conto, anche in un primo sommario approccio al problema della complessità "del giudicare", legato alla evoluzione informatica.

Da un lato, sempre con riferimento al tema della conoscenza, la diffusione delle banche dati offre certamente delle possibilità maggiori del passato (ad esempio, la ricerca del precedente è agevolata attraverso l'utilizzo delle parole chiave¹), dall'altro, con riferimento al momento della interpretazione, e dunque della soluzione del caso, lo sviluppo dei si-

¹Non si deve tuttavia sottovalutare il connesso rischio di impoverire delle capacità critiche od argomentative che in passato erano sollecitate dalla ricerca manuale del precedente attraverso la lettura delle massime e delle motivazioni, e la ricerca del relativo senso. A tale metodica, si contrappone quella corrente nella quale la ricerca è quasi "non consapevole" e spesso prescinde del tutto dal rilievo e dalla qualità del precedente stesso.

stemi di pensiero artificiale prospetta sino a poco tempo addietro impensate occasioni di automazione della decisione².

È allora evidente come, dinanzi ad un quadro di riferimento così ricco e complesso, la considerazione degli Istituti classici di tutela dei diritti, non possa prescindere da una “assunzione di consapevolezza” circa il funzionamento del sistema giurisdizionale.

2. Ordinamento giurisdizionale e principio di effettività

L'espressione tutela giurisdizionale dei diritti, o meglio ancora, tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive, indica l'insieme di strumenti che consentono al titolare di un diritto o di un interesse legittimo, di rivolgersi ad un giudice per essere protetto nella situazione di cui deduce la titolarità e di cui assume la lesione (art. 24 Cost.).

Per **funzione giurisdizionale** si intende dunque l'applicazione del diritto alle singole fattispecie concrete da parte dell'autorità giudiziaria, al fine di ripristinare o dichiarare la legalità.

La locuzione **garanzia giurisdizionale**, pertanto, indica il **diritto dei consociati di attivare la funzione giurisdizionale per tutelare la propria situazione giuridica soggettiva**.

Essa è prevista dall'**art. 24 della Costituzione** il quale stabilisce che «*tutti possono agire per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*», che «*la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*» e che per rendere effettivo tale principio, «*vengono assicurati strumenti che consentono a chi è privo di mezzi di accedere alla difesa*»³: dalla nor-

²Ci si riferisce alle metodiche nelle quali il procedimento “valutativo” viene sostituito da uno analitico/matematico, basato su algoritmi che, muovendo da determinate informazioni, offrono un risultato: esperienze se ne hanno sia in ambito civilistico, all'interno dei Sistemi di Soluzione Alternativa delle controversie (ADR, nell'acronimo di origine anglofona), che in ambito penale (algoritmi di determinazione dell'entità della pena, utilizzati in alcuni Stati degli USA).

³Infatti, a causa della sua struttura e dei suoi contenuti tecnici, lo svolgimento del processo (salve alcune eccezioni, correlate in genere alla scarsa rilevanza della controversia), richiede che le parti siano assistite da avvocati e cioè liberi professionisti in possesso delle capacità tecniche di conduzione della lite: da ciò la previsione del «gratuito patrocinio» e cioè di meccanismi che consentono a chi sia documentatamente privo di mezzi finanziari di poter proporre o resistere ad una lite.

ma costituzionale si ricava che ogni qual volta vi è attribuzione di una **situazione giuridica** soggettiva, vi è anche attribuzione di un **diritto di agire in giudizio** per farla valere (**diritto di azione**) e che ciò deve avvenire nell'ambito di un **processo** e cioè di un procedimento caratterizzato da una serie di regole preordinate alla formazione del corretto convincimento da parte del giudice (**diritto di difesa**).

Il **processo** pertanto, è il procedimento giurisdizionale che si svolge dinanzi ad un giudice ed è volto a dirimere una controversia inerente ad una situazione giuridica soggettiva.

A questo proposito, l'**art. 111 Cost.**, modificato con legge cost. 23 novembre 1999, n. 2, enuncia i principi del così detto «*giusto processo*» ed in particolare afferma al primo comma che esso «*si svolge nel contraddittorio delle parti, davanti ad un giudice terzo e imparziale*» e che la legge «*ne assicura la ragionevole durata*».

Di tale disposizione che interessa, prevalentemente, il giudizio penale, rileva ai fini civilistici non solo la enunciazione costituzionale del principio del contraddittorio, ma anche la previsione della «*ragionevole durata*» del processo che pertanto consente all'interessato, nel caso in cui il giudizio si protragga eccessivamente, di agire per ottenere il risarcimento del danno subito a causa del ritardo con cui la sua situazione è stata decisa (cfr. legge n. 89/2001, così detta «Legge Pinto»).

La struttura dell'ordinamento giudiziario (cioè del complesso degli uffici cui spetta l'esercizio della funzione giurisdizionale) è disegnata, nelle sue linee essenziali, dagli artt. 101-110 della Costituzione da cui si ricava la sua **tripartizione** in Giudice ordinario (civile e penale), Giudice amministrativo (TAR e Consiglio di Stato) e Giudice contabile (Corte dei Conti a sezioni periferiche e centrali). Tali giudici si differenziano fra loro per struttura e, soprattutto, per competenze: per indicare i diversi ambiti spettanti ai vari giudici, si utilizza anche l'espressione «*riparto di giurisdizione*».

In particolare:

1) al **Giudice ordinario** è riservata la cognizione delle controversie che riguardano i rapporti fra soggetti privati o comunque fra i quali non corre una situazione specifica di supremazia (**giudice civile**) ed i reati (**giudice penale**): nell'ambito della giurisdizione ordinaria trovano spazio anche alcuni giudici specializzati (non speciali, che invece vuol dire costituiti *ad hoc* e che per questa ragione sono vietati: cfr. art. 102 Cost.), previsti per risolvere categorie di controversie che richiedono particola-

ri conoscenze (ad esempio Tribunale dei minori, Sezioni agrarie, Sezioni usi civici, ecc.);

2) al **Tar** ed al **Consiglio di Stato** è riservata la cognizione delle controversie che insorgono tra privati e P.A. nelle quali sono coinvolte, in genere, situazioni di interesse legittimo e, in particolari ipotesi stabilite dalla legge, anche di diritto soggettivo (in quest'ultimo caso si utilizza anche la locuzione **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo**: cfr. art. 103, primo comma, Cost.): al di fuori delle ipotesi specificate dalla norma, per le controversie nelle quali la P.A. non esercita una posizione di supremazia o cura diretta dell'interesse pubblico, la giurisdizione spetta infatti al giudice ordinario (si pensi ad una azione possessoria o petitoria, o ad una azione per violazione dell'art. 833 o dell'art. 844);

3) alla **Corte dei Conti**, infine è riservata la cognizione delle controversie che involgono ragioni di contabilità pubblica (ad esempio, i giudizi di responsabilità nei confronti dei pubblici amministratori o le cause in materia di pensioni dei dipendenti pubblici: cfr. art. 103, secondo comma, Cost.).

Nel caso di lesione di **diritti soggettivi** nell'ambito di rapporti fra privati, dunque, il titolare ha la possibilità di ottenere una **protezione piena**, cioè di rivolgersi al giudice per ottenere una pronunzia che attui in via diretta ed immediata lo specifico interesse di cui egli è portatore e gli riconosca anche il risarcimento del danno conseguente alla lesione subita.

Così, ad esempio, il proprietario che abbia subito la privazione del bene, può agire (se non è più in grado di avvalersi della tutela possessoria) in sede petitoria con l'azione di rivendicazione e, dimostrata la proprietà della cosa, può ottenere una pronunzia che oltre ad accertare la titolarità del suo diritto nei confronti del convenuto, condanni quest'ultimo alla restituzione del bene ed al risarcimento dei danni subiti da esso attore per non averne potuto godere (e dunque per non aver potuto esercitare, per il tempo dello spossessamento, le sue prerogative di proprietario).

Acquisisce particolare spessore il principio della **effettività della tutela giurisdizionale** con il quale si indica la capacità del sistema di offrire un **rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela** della specifica situazione sostanziale di interesse del quale il soggetto è portatore.

Sebbene si tratti di una nozione che si afferma nell'ambito del diritto processuale civile, l'effettività della tutela è una locuzione che viene utilizzata, di recente con maggiore frequenza, anche nell'ambito del diritto privato, ma con una coloritura diversa. Infatti se nell'ambito del diritto processuale essa indica la capacità dell'ordinamento di offrire tutela alle situazioni soggettive, nell'ambito del **diritto privato** viene piuttosto utilizzata come strumento di **individuazione di bisogni non ancora espressi in situazioni di diritto soggettivo vero e proprie**, ma tuttavia riconducibili a doveri di comportamento od astensione, cui attribuire protezione.

Di fatto, dunque, la nozione viene ad essere utilizzata come uno strumento correttivo alla inefficienza dei rimedi tradizionali: si pensi, ad esempio, alla affermazione del diritto al risarcimento del danno relativo a comportamenti che abbiano inciso sulla determinazione di una parte a concludere una transazione, quando la eventuale rimozione dell'atto negoziale non sarebbe comunque idonea a soddisfare l'interesse della parte (ad esempio per la impossibilità di ricostituire la situazione originaria: Cass. 21255/2013).

3. Giudice ordinario ed amministrativo

La distribuzione del sindacato giurisdizionale fra Giudice civile (od ordinario) e Giudice amministrativo è tema costantemente dibattuto perché si connette alla ricerca di un equilibrio fra le esigenze di protezione del singolo e quelle di efficacia dell'azione amministrativa.

Il punto di partenza della riflessione moderna su questo argomento può essere individuato nella **legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E** con la quale venne introdotto nell'ordinamento italiano il principio della **giurisdizione unica** e cioè della attribuzione della tutela di tutti i diritti soggettivi al giudice ordinario, anche per le controversie che avessero coinvolto una pubblica amministrazione.

Lo scopo della disposizione era di por fine ad una lamentata situazione di privilegio della pubblica amministrazione, stabilendo che essa si ponesse dinanzi alla legge nella stessa condizione di qualunque altro soggetto dell'ordinamento.

Fino a quel momento, infatti, gli eventuali contenziosi fra privati e pubbliche amministrazioni erano affidati ai "giudici del contenzioso am-

ministrativo” i quali, però, erano organi interni alle stesse amministrazioni e pertanto privi, si affermava, di quei requisiti di terzietà ed imparzialità propri della giurisdizione.

La soppressione dei giudici del contenzioso e la devoluzione al giudice civile delle controversie relative a diritti che coinvolgevano l'Amministrazione, **non apportò i risultati che ci attendeva**, e ciò per due ordini principali di ragioni.

Innanzitutto, detta cognizione aveva carattere sostanzialmente limitato. Infatti nel rispetto del principio di separazione dei poteri il Giudice ordinario poteva bensì conoscere della illegittimità del comportamento dell'Amministrazione, ma solo in relazione al caso concreto. Per questa ragione gli era stato attribuito dalla legge solo il potere di “**diapplicare**” l'atto amministrativo e non quello di rimuoverlo dall'ordinamento attraverso l'annullamento: si riteneva, infatti, che siffatta estensione sarebbe entrata in conflitto oltre che con la natura discrezionale dell'azione amministrativa (e quindi con la sua autonomia) anche con il carattere individuale della tutela civile dei diritti.

In secondo luogo, poiché, come si è detto, la tutela affidata al Giudice ordinario riguardava la lesione dei soli “diritti soggettivi”, si sviluppò un ampio dibattito volto ad accertare in quali casi l'azione amministrativa si confrontasse con tale situazione. Si venne così delineando, con sempre maggiore nettezza, la distinzione fra atti amministrativi che riguardavano interessi solo pubblici (**attività d'imperio**) ed atti che riguardavano interessi privati (**attività di gestione**) e l'idea che solo nel secondo caso potessero configurarsi diritti soggettivi dei privati meritevoli di tutela dinanzi al Giudice ordinario.

Si osservava, infatti, che nel caso di esercizio di attività di imperio vi era assoluta prevalenza dell'interesse pubblico sicché la posizione individuale non poteva essere mai qualificata di diritto, ma al più di mero “interesse” al corretto esercizio del potere, con la conseguente impossibilità di far valere eventuali violazioni dinanzi al Giudice (mancando la lesione di un diritto soggettivo).

Inoltre, anche quando la tutela era ammessa, si escludeva che fosse possibile condannare l'Amministrazione al risarcimento del danno scaturente dall'atto illegittimo, giacché una pronuncia di questo genere avrebbe nuovamente interferito con il potere discrezionale della pubblica amministrazione (principio, questo che ha concorso ad ostacolare, per molto tempo, la configurabilità di una tutela aquiliana dell'interesse legittimo).

Nel corso di questo dibattito, peraltro, affiorò anche l'idea che quell'interesse del privato rispetto all'azione *jure imperii* dell'amministrazione non fosse generico ed indeterminato, ma consistesse nel fatto che l'azione amministrativa fosse conforme alla legge.

Da questa elaborazione scaturiva così la nozione di **interesse legittimo** con la quale venivano e vengono tutt'ora descritte le situazioni giuridiche riferibili ad un privato, caratterizzate dal fatto di essere correlate ad un interesse pubblico o, meglio ancora, all'esercizio di una potestà amministrativa diretta a perseguire un interesse pubblico.

La peculiarità della situazione sta appunto nella **disparità di posizioni** fra le parti: il privato è in una condizione di soggezione rispetto alla P.A. la quale esercita un potere discrezionale dal quale dipende costituzione, modificazione od estinzione della situazione giuridica.

Il privato, dunque, a differenza di quanto accade nel diritto soggettivo (dove è titolare di un vero e proprio "potere" di conformazione della realtà alla situazione giuridica di cui è titolare) è portatore di un semplice **"interesse" a che la P.A. eserciti correttamente il suo potere discrezionale** e cioè emetta atti "legittimi", conformi alla legge: qualità dalla quale deriva l'attributo che caratterizza la situazione, e cioè **interesse legittimo**.

Orbene, tornando ora alla questione della tutela, è evidente che avendo **la legge n. 2248/1865, all. E**, abolito i giudici amministrativi e limitato la cognizione del Giudice ordinario alla sola lesione di diritti soggettivi, il privato si trovava ad essere **privo di protezione giurisdizionale rispetto ad azioni della P.A. che avessero inciso su interessi legittimi**.

In questo caso l'unica possibilità di tutela consisteva nella proposizione di ricorsi "amministrativi" (ricorso gerarchico, ecc.): rimedi interni alla stessa P.A. e non processuali, dunque incapaci di assicurare un adeguato grado di protezione del cittadino.

In un certo senso, dunque, la legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo, pur diretta a ridimensionare la posizione dell'Amministrazione ed a sancirne la soggezione alla sola legge, al pari di qualunque altro soggetto dell'ordinamento, aveva finito col comprimere la possibilità di tutela del singolo.

La questione venne allora risolta istituendo presso il **Consiglio di Stato** (sino allora organizzato in tre Sezioni che svolgevano solo funzioni consultive), una Sezione Quarta cui fu attribuita la competenza generale a conoscere delle **controversie tra privati e Autorità che riguardassero la lesione di interessi legittimi** (legge n. 5992/1889).