

Claudio Consolo

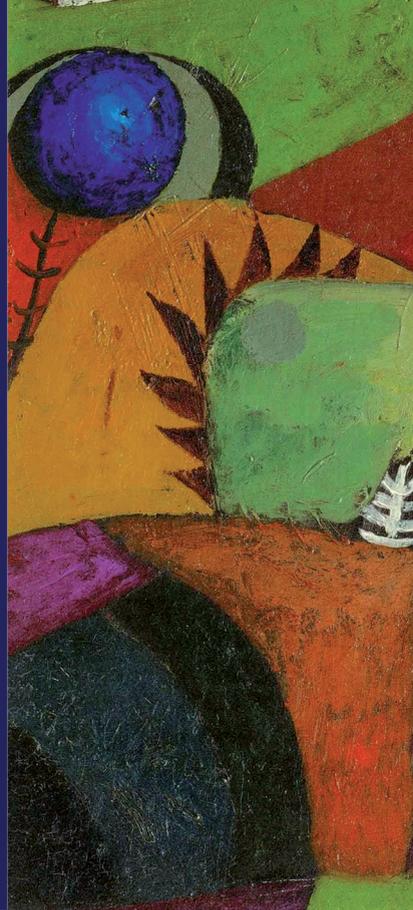
Spiegazioni di diritto processuale civile

Estratto

Parte generale

Il rapporto giuridico processuale

Il processo complesso e con pluralità di parti



DODICESIMA EDIZIONE



Giappichelli

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'interroghi 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 ascrivito 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

giuridici, è stato superato molto presto, anche se non immediatamente, creando appunto un'autorità specificamente giurisdizionale, depositaria di una frazione dei poteri sovrani.

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

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

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

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

Cosicché, si ha qui anche un *pendant* diretto nel codice civile di quei reati, la cui previsione è contenuta nel codice penale (agli artt. 392 e 393 c.p.), che puniscono la cosiddetta "ragion fattasi", cioè l'autotutela dei propri diritti. Questo perché in capo al titolare di un diritto vi è anche l'onere, cui fa riscontro un *potere esclusivo della parte*, di rivolgersi

Esclusività dell'impulso di parte |

per la sua protezione e riconoscimento allo Stato, attraverso una domanda giudiziale. E quest'ultimo concetto di disponibilità "riservata" è l'altro aspetto fondamentale dell'art. 2907 c.c.: la scelta di attivare i meccanismi del processo e quelli della funzione giurisdizionale è rimessa in via tendenzialmente esclusiva e libera al titolare del diritto leso, non essendoci un'iniziativa *ex officio*.

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

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

Ne procedat
iudex ex officio

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

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

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

... e principio
dispositivo istruttorio

Tale condizionamento della raccolta della prova alla richiesta di parte (o delle parti) è proprio del c.d. *modello accusatorio* di processo.

Il modello
accusatorio