

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE ALLO STUDIO DEL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

SOMMARIO: 1. Diritto sostanziale e giurisdizione civile. – 2. Crisi del diritto sostanziale e forme della giurisdizione civile. – 3. Concetto generale di “processo”. – 4. Le tutele.

1. *Diritto sostanziale e giurisdizione civile*

Nel corso degli studi giuridici effettuati fino a questo momento lo studente ha analizzato l'esperienza giuridica su un piano statico, ossia egli essenzialmente ha studiato le norme comunemente denominate *sostanziali*, vale a dire l'insieme delle regole che un certo ordinamento detta al fine di disciplinare le relazioni tra i soggetti, regole che impongono determinati comportamenti, positivi o negativi, in funzione di protezione di interessi ritenuti meritevoli. Invero, ogni ordinamento giuridico, e così pure quello dello Stato italiano che rappresenta l'oggetto principale, o quanto meno l'oggetto di partenza, dei nostri studi, si presenta innanzitutto come un insieme di regole di comportamento doverose, ciò in tutti i suoi settori ed a prescindere dalla costruzione di situazioni giuridiche individuali.

Ora, mantenendoci su un piano generale, comprendente ogni branca dell'ordinamento (civile, amministrativo, penale, ecc.), è intuitivo che il suddetto insieme di regole sostanziali possa entrare in crisi, cioè può verificarsi il caso che un soggetto non si adegui, non rispetti una delle prescrizioni comportamentali che, al contrario, egli avrebbe dovuto rispettare. In altri termini, è possibile che un soggetto non faccia qualcosa che invece avrebbe dovuto fare oppure faccia qualcosa che egli non avrebbe dovuto fare. Ove ciò accada, si verifica un *illecito* in senso lato: se un soggetto tiene in concreto un comportamento contrario a quello che in astratto una norma gli imponeva, si ha una violazione di tale norma, si entra in un ambito patologico di non-attuazione dell'ordinamento. È a questo punto che interviene (*rectius*: può intervenire) l'*attività giurisdizionale*, la quale, in termini generali, ha lo scopo di ripristinare l'ordine violato, di attuare, quindi,

il diritto oggettivo, in ultima analisi di sanzionare l'illecito inteso, in senso lato, come violazione di una norma.

Ma, dovendo ora studiare solo il diritto processuale civile, noi abbiamo bisogno di specificare i concetti generali a questo pertinenti, ossia dobbiamo individuare il concetto di illecito civile, che è più specifico rispetto a quello generale di illecito appena richiamato, e il concetto di giurisdizione civile, che è solo una parte della giurisdizione più ampiamente intesa. Tale percorso conoscitivo va intrapreso partendo dal presupposto teorico imprescindibile per cui l'attività giurisdizionale, essendo innanzitutto attuazione del diritto oggettivo, deve conformarsi secondo il modo di essere, appunto, del tipo di diritto oggettivo che essa è chiamata ad applicare ed attuare. Di conseguenza, per afferrare il concetto di base del diritto processuale civile, dobbiamo partire da alcuni rilievi che riguardano il diritto civile.

Ciò che emerge da una sia pur superficiale osservazione dell'area da noi denominata diritto civile è che nel suo ambito quando un soggetto viola una norma sostanziale, nel senso che egli tiene un comportamento che gli era proibito o, al contrario, non pone in essere un comportamento che, invece, avrebbe dovuto porre in essere, con ciò egli finisce sempre per ledere una situazione giuridica protetta (di vantaggio) imputabile ad altro soggetto denominata *diritto soggettivo*. Questo accade perché le norme sostanziali civili si occupano essenzialmente della ripartizione dei beni tra i consociati, per cui ad ogni previsione di comportamento doveroso corrisponde la necessità di realizzare o, comunque, tutelare un interesse (che non è altro che una tensione verso un bene della vita) prevalente che l'ordinamento riconosce e garantisce appunto attraverso la figura del diritto soggettivo. Insomma, la norma civilistica intanto impone un comportamento ad un soggetto in quanto ciò serve per realizzare o garantire un interesse essenzialmente individuale (considerato) meritevole di tutela, il quale, appunto perché meritevole di tutela, è dall'ordinamento fatto assurgere al rango di diritto soggettivo.

Ciò che è stato appena detto risulta evidente se solo si fa qualche esempio.

In riferimento ai diritti di credito è essenziale la figura del rapporto obbligatorio, nel quale dal lato passivo si pone il debitore che deve tenere un certo comportamento al fine di realizzare il diritto di credito. Tenendo il comportamento dovuto l'obbligato adempie la prestazione e quindi realizza il diritto di credito. Peraltro, qui il diritto soggettivo si presenta come una situazione strumentale, ossia una situazione-ponte, fisiologicamente destinata ad estinguersi, in quanto l'avente diritto realizza il suo interesse proprio a causa della prestazione dell'obbligato, che, adempiendo, appunto estingue il diritto. Se, invece, il debitore non adempie, il mancato comportamento dovuto comporta, non solo inattuazione del diritto oggettivo (= violazione della norma), ma anche lesione del diritto soggettivo in funzione del quale quel dovere era stato imposto.

Mutando ciò che c'è da mutare, rilievi analoghi vanno fatti anche in riferimento ai diritti assoluti, siano essi diritti reali o diritti della personalità, diritti anche detti finali in quanto nella loro fisiologia non sta l'estinzione, bensì la loro durata, realizzandosi l'interesse sottostante proprio nella misura in cui il diritto continua a vivere in capo al suo titolare. Infatti anche a fronte di tali situazioni si possono costruire obblighi, ancorché non specifici, in quanto a fronte di ogni diritto assoluto vi è il dovere di tutti i consociati di astenersi dal fare ciò che altrimenti turberebbe il godimento del bene oggetto del diritto assoluto. Insomma, anche qui si riscontrano doveri (negativi) di comportamento, la cui violazione comporta inevitabilmente pure la lesione del diritto in funzione del quale quei doveri sono costruiti.

In conclusione, nel campo dei nostri studi il concetto di illecito si specifica nel senso che il mancato rispetto di una norma di relazione comporta sempre anche la lesione di un diritto soggettivo al cui presidio quella norma era dettata, per cui l'illecito civile è, non solo, violazione del diritto oggettivo, ma anche *lesione del diritto soggettivo*.

A fronte di un illecito civile deve essere possibile un'attività che, per un verso, ristabilisca oggettivamente l'ordine violato e, per altro verso, tuteli soggettivamente il diritto soggettivo leso. Tale attività negli ordinamenti moderni non può consistere, almeno di regola, in forme di autotutela, ma essa consiste nella *giurisdizione civile*. Quindi l'attività giurisdizionale civile, a prescindere da ogni ulteriore specificazione sulle forme nelle quali essa si manifesta e sui soggetti che possono porla in essere, è sempre caratterizzata dallo *scopo* di *tutelare il diritto soggettivo violato* o, se si vuole, di realizzare e/o garantire l'interesse che è "giuridicizzato" dalla figura del diritto soggettivo, interesse che può non aver trovato la sua fisiologica realizzazione (come dovrebbe accadere nei diritti di credito attraverso l'adempimento) o può essere stato turbato, per così dire, nella sua persistenza (come si verifica nella lesione di un diritto assoluto).

Peraltro, se il quadro appena descritto rappresenta la normalità delle situazioni, è anche possibile che in diversi casi si debbano apportare correttivi a quanto detto, pur rimanendo sempre valida l'impostazione di fondo.

Bisogna, invero, verificare se: 1) è sempre vero che l'interesse protetto asurga al rango di diritto soggettivo; 2) a volte non accada che dalla violazione della legge nasca un diritto soggettivo, piuttosto che essere questo preesistente; 3) la lesione di un diritto soggettivo esistente comporta sempre la sopravvivenza di esso, fornendo così la possibilità di agire in giudizio al fine della sua protezione.

Dal primo punto di vista bisogna considerare che le norme civilistiche non sempre impongono doveri comportamentali (positivi o negativi) in funzione della realizzazione/protezione di un diritto soggettivo, in quanto a volte con esse vengono attribuiti poteri, ossia la possibilità di produrre unilateralmente effetti

giuridici nella sfera giuridica di altri. Anche qui emerge la figura del diritto soggettivo, ma non anche quella dell'obbligo a petto del titolare di esso, stando piuttosto a fronte di essi uno stato di soggezione.

In queste ipotesi la legge disciplina i presupposti del potere (almeno di solito, essendo rari gli esempi di poteri spendibili senza presupposti di legge: si pensi al caso emblematico del potere di recesso del lavoratore dipendente, salvo al più il preavviso) ed eventualmente le modalità del suo esercizio. Insomma, la legge fissa dei binari, un limite al potere. Anche qui può accadere che in concreto si violino le previsioni di legge. Ma, data la caratteristica del paradigma normativo e concettuale, l'illecito provocherà la reazione di colui che è soggetto al potere, il quale pretenderà il ripristino del limite oltrepassato, senza avere, però, un diritto soggettivo in senso proprio da far valere.

Insomma, anche in questi ambiti possiamo riscontrare l'esistenza di norme comportamentali e la possibilità di una loro violazione. Ma quelle norme non sono poste a Tizio al fine di realizzare/tutelare un diritto di Caio, bensì sono poste a Tizio per realizzare un interesse di Caio al rispetto dei binari stabiliti, quali argini al potere. Per cui la reazione giudiziaria di Caio all'abuso di Tizio non consisterà nel far valere un suo diritto, bensì nel contestare un potere altrui o il suo irrituale esercizio.

Dal secondo punto di vista si pensi alla violazione delle norme che condizionano il potere delle parti di stipulare contratti ovvero vicende dei rapporti che ne scaturiscono. Tali violazioni possono causare al contratto, dal primo punto di vista, vizi genetici (si pensi alle categorie della nullità, annullabilità o rescissione) e, dal secondo punto di vista, vizi successivi del sinallagma (si pensi alle varie ipotesi di risoluzione).

Ebbene, qui è dall'illecito che finisce per nascere un diritto soggettivo (d'impugnativa), il quale poi assurgerà ad oggetto dell'agire in giudizio.

Torneremo su questi temi più volte, ma innanzitutto nell'ambito dello studio dell'azione costitutiva (rientrante nella tutela dichiarativa) e dell'individuazione del suo oggetto¹.

Dal terzo punto di vista si deve tenere presente che non sempre la lesione di un diritto implica la possibilità di reagire giudiziariamente per la sua affermazione. Non si deve dimenticare che, presupposta la sussistenza di un diritto soggettivo, la sua violazione comporta sempre o quasi sempre l'insorgere di altri diritti. Il punto, allora, sta nel capire se sul piano sostanziale, quindi prima di prefigurarsi il tipo di azione giudiziale da spendere, l'insorgere di questi ulteriori diritti prenda il posto del diritto leso ovvero a questo si aggiunga.

La risposta dipende o da ragioni oggettive o da scelte del legislatore.

¹ Vai al paragrafo 5 del terzo capitolo ed al paragrafo 6 del quinto capitolo.

Oggettivamente la distruzione da parte di altri della cosa che mi appartiene non può far sopravvivere il mio diritto di proprietà, essendo materialmente venuto meno il suo oggetto: al posto del diritto di proprietà emergerà un diritto al risarcimento del danno. Ma, se, invece, la cosa mi è stata danneggiata, senza essere distrutta, o mi è stata sottratta, allora al diritto di proprietà si aggiungerà il diritto al risarcimento del danno, nel primo caso, ed il diritto alla sua restituzione nel secondo caso.

Nel campo dei rapporti obbligatori l'illecito comporterà, normalmente, la permanenza del credito originario a cui si aggiungerà una pretesa risarcitoria. Ma a volte l'ordinamento può dare all'interessato altre soluzioni: ad esempio nell'ambito dei contratti sinallagmatici la parte non inadempiente potrebbe scegliere la risoluzione del contratto più il risarcimento del danno, senza insistere nel pretendere la prestazione originariamente dovuta. Altre volte, poi, l'ordinamento sceglie di sostituire all'obbligo originario altri obblighi, non ritenendo possibile il permanere del vincolo alla prestazione originaria: si pensi a prestazioni artistiche o ad obblighi personali nell'ambito del matrimonio, come ad esempio all'obbligo di convivenza o di fedeltà.

Anche su questi temi torneremo. Ma fin d'ora si tenga presente che quanto al momento descritto appartiene al campo del diritto sostanziale, quindi alle possibilità o necessità che la legge sostanziale prevede.

Solo a valle della conformazione del diritto sostanziale, quindi dello studio dei modi in cui esso si struttura a fronte degli illeciti, emerge il problema dell'azione o meglio del diritto di azione, anello di congiunzione con l'attività giurisdizionale che serve a ripristinare il diritto oggettivo entrato in crisi.

Il diritto di azione si annovera tra le situazioni giuridiche processuali ed è il corrispettivo che gli Stati moderni hanno conferito a ciascuno in cambio della rinuncia all'autotutela: esso ha come contenuto essenzialmente il diritto di agire in giudizio per la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive sostanziali.

Fermo restando che su di esso torneremo quando studieremo l'art. 24, 1° comma, Cost., fin da ora si tenga presente che tale diritto spetta ad ogni soggetto, non nei confronti di altri soggetti, bensì nei confronti dello Stato. Col suo esercizio (subito dalla controparte, ma rivolto allo Stato²) il soggetto passa dalla statica alla dinamica dell'esperienza giuridica e, assumendo la (compiuta) lesione di un suo diritto, egli chiede agli organi deputati dello Stato appunto la tutela di esso, ovviamente in base al modo di essere del diritto sostanziale così come emerge a seguito della lesione. Il diritto di azione è una categoria processuale e presuppone

² Insomma potremmo anche dire che dall'esercizio del diritto d'azione emergono due aspetti: per un verso, si determina una modificazione giuridica nella sfera della controparte, che si trova assoggetta alla situazione processuale, e, per altro verso, si concretizza una pretesa verso lo Stato alla pronuncia di un dato provvedimento giurisdizionale.

un diritto soggettivo la cui esistenza (presunta) e conformazione deriva dalla legge e dalla situazione verificatasi. Così, ad esempio, danneggiata la proprietà altrui, ne deriva un diritto risarcitorio, che a seconda delle situazioni può anche essere in forma specifica (art. 2058 c.c.). Ora, se questo diritto risarcitorio è fisiologicamente realizzato, non vi sono problemi. Ma, se così non è, l'interessato eserciterà un'azione di condanna affermando quel credito, che non rappresenta il contenuto del diritto di azione, bensì ciò che questo presuppone.

Insomma, il diritto d'azione non è altro che il *diritto alla tutela giurisdizionale*.

Di conseguenza, nello svolgimento di ogni attività giurisdizionale si agiteranno sempre due ordini di questioni: quelle attinenti all'azione, ossia alle condizioni della sua esistenza nonché alle forme del suo esercizio, e quelle attinenti al diritto sostanziale per il quale si chiede tutela, così come in ipotesi conformato prima del processo.

In altri termini, l'azione ha come contenuto il tipo di provvedimento che si vuole ottenere dal giudice, il tipo di tutela giurisdizionale. Restando all'esempio appena sopra fatto, nonostante contrari usi linguistici diffusi nel foro, non esiste l'azione risarcitoria, ma esiste il diritto sostanziale al risarcimento, rispetto al quale può essere esercitata l'azione di condanna, se la vicenda umana lo rende necessario.

Azione e diritto sostanziale hanno diversi presupposti e possono esistere disgiuntamente.

Invero è possibile che sussistano in concreto i presupposti per una misura giurisdizionale richiesta, siano cioè realizzate le condizioni previste dal diritto processuale civile, e allo stesso tempo non sussistano i presupposti del diritto sostanziale per il quale si pretenda una certa tutela. Come, al contrario, è possibile che non vi siano i dovuti presupposti processuali, ancorché sussistano le condizioni di esistenza della situazione giuridica sostanziale. Tale duplicità di piani si pone in ogni tipo di attività giurisdizionale, ma meglio e più approfonditamente noi la analizzeremo nell'ambito dell'attività c.d. dichiarativa, nel cui seno si distingueranno le questioni c.d. di rito dalle questioni c.d. di merito.

2. Crisi del diritto sostanziale e forme della giurisdizione civile

La crisi del diritto soggettivo può verificarsi in diversi modi e, di conseguenza, diverse possono essere le esigenze di tutela del titolare del diritto soggettivo. Ma, se la giurisdizione civile è rivolta alla tutela del diritto soggettivo³,

³ Peraltro, in seguito vedremo come, per un verso, la tutela di un diritto soggettivo possa

evidentemente essa deve adeguarsi ai diversi modi in cui può entrare in crisi il diritto soggettivo, quindi alle diverse esigenze di tutela, approntando le adeguate *forme*.

Innanzitutto può sorgere il bisogno di *accertare* il diritto soggettivo, perché quanto meno è messa in discussione la sua esistenza e/o il suo modo di essere. Oppure è possibile che il bisogno stia nella sua *realizzazione*. Od anche può essere che sorga il bisogno di approntare *cautele* affinché il tempo necessario per svolgere una certa attività giurisdizionale non vada a danno del titolare del diritto.

A queste diverse esigenze di tutela corrispondono diverse forme di attività giurisdizionale. Essenzialmente ci troviamo di fronte a tre tipi di attività, ognuno dei quali ha specifiche caratteristiche funzionali e strutturali, nel senso che ogni tipo è previsto in funzione di un certo bisogno di tutela e per ognuno di essi l'ordinamento appronta anche uno strumento, il processo, per giungere allo scopo.

Mantenendo l'ordine già scelto, nel campo dei nostri studi distinguiamo:

1. la tutela dichiarativa, che si realizza attraverso il processo dichiarativo;
2. la tutela esecutiva, che si realizza attraverso il processo esecutivo;
3. la tutela cautelare, che si realizza attraverso il processo cautelare.

In ciascuno di questi ambiti si riscontra sempre lo scopo generale della giurisdizione civile, che sta nella tutela del diritto soggettivo leso. Ma, poi, a seconda delle diverse forme di crisi del diritto soggettivo e, quindi, a fronte dei diversi suoi bisogni di tutela, quel comune, ed identico, scopo si attegga in modi diversi.

Ed ancora l'attività da compiere in funzione dei detti scopi si struttura in modi diversi, per rendere adeguata la struttura al suo obiettivo, ma sempre, in ognuna di quelle forme, noi possiamo dire che lo strumento utilizzato è comunque un *processo*, ossia un'attività che mantiene in ogni caso alcune imprescindibili caratteristiche strutturali.

In questa fase introduttiva il nostro compito sarà allora duplice: innanzitutto è necessario delineare gli elementi essenziali e generali del concetto di "processo", quindi, in un secondo tempo, sarà nostra cura specificare meglio gli scopi che la giurisdizione civile assume nelle sue tre forme appena accennate.

aversi anche nell'ambito di altre giurisdizioni (si pensi a quella del giudice amministrativo) e, per altro verso, la giurisdizione civile possa a volte risolvere controversie che non hanno ad oggetto un diritto soggettivo (si pensi ad esempio all'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c.).

3. Concetto generale di "processo"

Il processo è la via che il giudice e le parti in conflitto devono percorrere insieme per giungere alla meta della tutela del diritto soggettivo (che si assume) violato. In termini giuridicamente sintetici possiamo dire che esso è un *procedimento* caratterizzato dall'operatività al suo interno di alcuni *principi essenziali*, che possiamo dire essere tutti attuazione nel processo del principio fondamentale di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.:

- a) il principio di terzietà del soggetto che pone capo alla misura giurisdizionale (il giudice);
- b) il principio del contraddittorio;
- c) il principio della domanda.

Il procedimento non è altro che un'attività normativamente organizzata, ossia preordinata da norme, ancorché, come vedremo, nei diversi moduli processuali il tasso di preordinazione può essere (legittimamente) più o meno alto. Tale attività consta di una pluralità di atti, l'uno consequenziale all'altro, nel senso che essa si sviluppa secondo un'ordinata progressione, la quale pone capo ad un atto finale, l'unico (normalmente) destinato ad avere efficacia nel mondo sostanziale. Gli atti del procedimento, avendo di solito solo lo scopo di far avanzare la progressione verso l'atto finale, non hanno effetti nel mondo sostanziale, essendo a ciò deputato solo l'atto finale della serie. Ma, a volte, è possibile che vi siano atti procedurali a doppia rilevanza: così, ad esempio, la domanda, che, per un verso, instaura il procedimento, ponendo le basi per gli atti procedurali successivi, e, per altro verso, è fattispecie sostanzialmente rilevante a vari fini, tra i quali basti citare l'effetto dell'interruzione-sospensione della prescrizione del diritto fatto valere (argomenta dagli artt. 2943, 1° e 2° comma, e 2945, 2° comma, c.c.). Peraltro, discende sempre dalla logica interna al procedimento che l'atto finale sia in ogni caso atto qualificabile da una duplice serie di norme: quelle che lo riguardano direttamente, perché presiedono propriamente alla sua formazione, e quelle che qualificano gli atti anteriori, per cui la loro violazione, generando vizi degli atti a monte, produce, per ripercussione, vizi anche nell'atto finale.

Questi concetti di base saranno ripresi quando studieremo le nullità processuali⁴. Per il momento si tenga presente che la struttura procedimentale è tipica di varie attività di pubblico potere (anche se vi sono attività proceduralizzate pure nel diritto privato: si pensi alle attività delle persone giuridiche). Ma, come si è accennato, quando ci si trova di fronte a quel tipo di attività di pubblico potere

⁴ Vedi *infra* il paragrafo 12 nel quarto capitolo.

che chiamiamo attività giurisdizionale⁵, il procedimento si colora della necessaria vigenza al suo interno di alcuni principi, che fanno di esso un processo. Quindi il processo è una *species* del *genus* procedimento.

Sui singoli principi si tenga, per il momento, presente quanto segue.

Principio di terzietà del giudice

Con esso si esprime l'esigenza dell'equidistanza di colui che giudica dagli interessi in gioco. Il principio è oggi garantito da un complesso di norme costituzionali, sulle quali torneremo, e trova la sua attuazione anche in istituti disciplinati a livello di legge ordinaria (la riconsunzione e l'astensione di cui agli artt. 51 e ss. c.p.c.)⁶.

Principio del contraddittorio

Con esso si esprime l'esigenza di garantire a coloro che sono interessati alla misura giurisdizionale (l'atto finale) la partecipazione al processo della sua formazione, partecipazione da costruire su un piano di parità tra di essi e tra gli interessati ed il giudice. In altre parole il principio del contraddittorio si risolve nell'esigenza di garantire il diritto degli interessati ad essere ascoltati, ad influenzare quello che sarà il contenuto della misura giurisdizionale. Anche tale principio trova riconoscimento in norme di rango costituzionale, sulle quali torneremo, e in norme di legge ordinaria, tra le quali si ricordi in particolare, oltre agli artt. 171*bis*, 1° comma e 384, 3° comma, c.p.c., l'art. 101 c.p.c., che contiene l'enunciazione del principio generale e che oggi, dopo una riforma del 2009 ed una del 2022, così recita: «Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa./ Il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice

⁵ Quella giurisdizionale è attività di pubblico potere quando è svolta dai giudici dello Stato. Ma, come meglio vedremo (si rinvia ai paragrafi 1 e 2 del terzo capitolo), l'attività giurisdizionale può anche essere svolta da privati e in tal caso essa non sarà, ovviamente, un'attività di pubblico potere.

⁶ Vedi anche l'art. 186*bis* disp. att. c.p.c. introdotto dalla legge n. 69/2009, che, al fine di ovviare alla c.d. forza della prevenzione, ossia alla naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso in altri momenti decisionali, impedisce che l'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c. sia trattata dallo stesso magistrato che ha posto in essere gli atti esecutivi avverso i quali il rimedio è stato speso. Analogo principio è stato applicato dalla Corte costituzionale nell'art. 630 c.p.c., con l'escludere dal collegio chiamato a decidere del reclamo il giudice che abbia emanato il provvedimento reclamato.

riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione».

Principio della domanda

Con esso si esprime l'esigenza per cui vi deve essere una distinzione tra il soggetto che mette in moto l'attività giurisdizionale e ne individua l'oggetto e il soggetto chiamato a porre in essere la misura giurisdizionale (previsione generale nell'art. 2907 c.c.).

Sono sottese a tale principio due ragioni.

Innanzitutto esso è un corollario del principio di terzietà del giudice, perché, se questi deve essere equidistante dagli interessi in conflitto, è opportuno che si tenga sempre distinta la figura del giudice da quella del soggetto che attiva la giurisdizione e ne individua l'oggetto. In tal senso il principio della domanda trova copertura costituzionale e dovrebbe essere rispettato anche nelle ipotesi in cui sono in gioco diritti indisponibili o, comunque, interessi pubblici, ipotesi nelle quali l'ordinamento, più che affidarsi ad azioni d'ufficio, come pur ammette in linea di principio il 1° comma dell'art. 2907 c.c., dovrebbe affidarsi all'esercizio dell'azione da parte del Pubblico Ministero. Peraltro si tenga presente come il caso più importante che la legge prevedeva d'iniziativa d'ufficio sia stato eliminato quando nell'art. 6 della legge fallimentare si esclude che la dichiarazione di fallimento potesse essere adottata senza la domanda, se non dello stesso debitore o di uno dei creditori, almeno del Pubblico Ministero⁷.

Inoltre, il principio della domanda è anche una naturale conseguenza del modo di essere del diritto soggettivo, quando si ha a che fare con diritti disponibili. Invero, il diritto soggettivo (se disponibile) è comunque una situazione di libertà e non di necessità, per cui il suo titolare deve pur sempre mantenere, oltre al potere di agire per la tutela dell'interesse sotteso al diritto soggettivo, anche la libertà di non perseguire la sua realizzazione.

⁷ Peraltro, quello a cui si accenna è un mondo del tutto cambiato con l'approvazione del c.d. Codice della crisi d'impresa, punto di arrivo di un travagliatissimo lavoro legislativo, a partire dal D.Lgs. n. 14/2019. Oggi si deve guardare all'art. 37 di tale testo e poi, visti gli artt. 121 ss., è cambiata anche la terminologia, per cui il fallimento ha lasciato spazio alla c.d. liquidazione giudiziale. Piuttosto va citato come importante caso che fa eccezione alla regola quello tratto dall'art. 96, 3° comma, c.p.c., in virtù del quale il giudice può, anche d'ufficio, condannare la parte soccombente a pagare alla controparte una somma a titolo di abuso del processo, norma che dà al giudice un amplissimo potere discrezionale, che scade quasi nell'arbitrio. Peraltro, il D.Lgs. n. 149/2022 ha qui aggiunto un ulteriore 4° comma, a norma del quale il giudice potrà aggiungere, a quanto già previsto nello stesso articolo, la condanna della parte al pagamento, a favore della cassa delle ammende, di una somma non inferiore ad euro 500 e non superiore ad euro 5.000.