

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE
NOZIONI INTRODUTTIVE

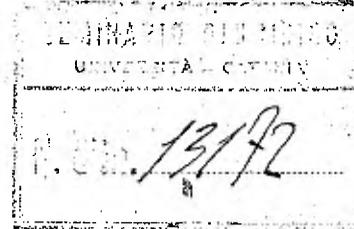
ANTONIO GUARINO
ORDINARIO NELL' UNIVERSITÀ DI CATANIA

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

NOZIONI INTRODUTTIVE

Lezioni universitarie

M
D
59



CATANIA — DOTT. G. CRISAFULLI — EDITORE

Proprietà letteraria riservata

Tip. Lucia Basso ved. Amantia — Catania

PREMESSA

1. *Il diritto processuale civile italiano.* — Alla nozione di « diritto processuale civile italiano », cioè dell'oggetto del nostro studio, conviene arrivare, per chiarezza, attraverso una serie di successive approssimazioni.

In via generale, si intende per *diritto processuale* il complesso delle norme giuridiche relative ai presupposti ed ai modi di attuazione del *processo giurisdizionale*. In linea particolare, si intende per *diritto processuale civile* il sistema di norme giuridiche attinente a quello specifico processo giurisdizionale, che è il *processo civile*. Più in particolare ancora, infine, si intende per *diritto processuale civile italiano* il complesso delle norme giuridiche sul processo civile vigenti *in Italia*.

Fonti del diritto processuale civile italiano sono: a) il *Codice di procedura civile* (cpc.), approvato con rd. 28 ottobre 1940 n. 1443 ed entrato in vigore a decorrere dal 21 aprile 1942; b) le *Disposizioni per l'attuazione* e le *Disposizioni transitorie* (dat.), approvate con rd. 18 dicembre 1941 n. 1361; c) le norme sull'*Ordinamento giudiziario* (oggiud.), approvate con rd. 30 gennaio 1942 n. 12. Disposizioni di carattere processuale si incontrano altresì nel *Codice civile* (cc.), nel *Codice della navigazione* (cnav.) ed in svariate *leggi speciali*, che saranno citate nei luoghi opportuni.

Il *testo legislativo fondamentale*, su cui è imperniata la presente trattazione, è il cpc.: codice fortemente ma ocula-

tamente innovatore, che ha sostituito assai degnamente lo ormai invecchiato cpc. del 1865. Esso si ripartisce in *quattro libri*, di cui il *primo* contiene le *disposizioni generali* per ogni sorta di procedimento civile (aa. 1-162); il *secondo* regola i *procedimenti ordinari di cognizione* (aa. 163-408), con in più un titolo dedicato ai procedimenti speciali in materia di *rapporti di lavoro* (aa. 409-473); il *terzo* è dedicato ai *procedimenti di esecuzione* (aa. 474-632); il *quarto* disciplina vari *procedimenti speciali* (aa. 633-831).

2. *Oggetto e partizioni del presente libro.* — Questo libro non ha lo scopo di esporre la disciplina del processo civile italiano attraverso la disamina delle fonti del diritto processuale civile. Esso ha un fine che è, ad un tempo, più ristretto e più vasto: più ristretto, perchè prescindere dalla minuta analisi di tutte quelle norme che non hanno particolare bisogno di esegesi; più vasto, perchè, viceversa, saranno qui lumeggiati alcuni concetti fondamentali che le nostre leggi processuali non esprimono, ma si limitano a richiamare o soltanto a presupporre.

Il libro vuole costituire, insomma, soltanto una *introduzione allo studio del diritto processuale civile italiano*, una chiave per la comprensione delle norme legislative, ed in particolare di quelle del cpc.

In considerazione di queste finalità, divideremo la trattazione in tre parti:

a) nella prima parte - intitolata *La giurisdizione* - saranno esposti i principi relativi all'attività giurisdizionale dello Stato, sia in generale che, subordinatamente, in rapporto all'attuazione degli scopi del processo civile;

b) nella seconda parte - intitolata *L'azione* - saranno esposti i principi relativi ai poteri dei singoli ed alle atti-

vità che essi hanno il diritto, l'onere od il dovere di spiegare in vista del fine della tutela giuridica;

c) nella terza parte - intitolata *Il processo giurisdizionale* - saranno esposti i principi relativi alla serie di fatti e di atti giuridici che sono richiesti dalla legge affinché, tramite la giurisdizione, possa attuarsi la tutela giuridica tra le parti.

3. *Cenni di bibliografia generale.* — Il libro, per il suo carattere elementare, non comporta citazioni e riferimenti. Il lettore sia rimandato, per maggiori informazioni e più profondi orientamenti, alla *bibliografia scelta*, citata qui di seguito una volta per tutte.

A) Per conoscere a fondo il codice di procedura vigente, occorre tener presente anzitutto la letteratura formatasi sul vecchio codice (del 1865), e particolarmente occorre guardare ad alcune opere di altissimo valore scientifico, di cui può dirsi che siano l'espressione *a priori* della riforma.

CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile* (4ª ediz., Napoli 1928); *Istituzioni di diritto processuale civile* (2 voll., 2ª ediz., Napoli 1935) (nel vol. I, n. 32, amplissima informazione sulla letteratura anteriore, italiana e straniera); *Saggi di diritto processuale civile* (2 voll., 2ª ediz., Roma 1930-31).

BETTI, *Diritto processuale civile italiano* (Roma 1936).

CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile* (3 voll., Padova 1936-39).

RESENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile* (2ª ediz., Milano 1939).

B) La letteratura sul nuovo codice di procedura civile è già molto copiosa, ma di livello ineguale, perchè abbondano, accanto agli ottimi e ai buoni contributi esegetici e dogmatici, quelli mediocri e quelli cattivi, flora abituale dei primi tempi di ogni riforma legislativa.

a) Le migliori trattazioni di carattere generale sono:

CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice.* - *Parte prima: Premesse storiche e sistematiche* (Pado-

va 1941). - *Parte seconda: Disposizioni generali (Le persone del processo)* (Padova 1944).

CARNELUTTI. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano* (2 tomi, 3ª ediz., Roma 1942).

JAEGER, *Diritto processuale civile* (2ª ediz., Torino 1944).

REDENTI, *Manuale di diritto processuale civile* (Milano 1947).

SATTA, *Guida pratica per il nuovo processo civile italiano* (2ª ediz., Padova 1942).

ZANZUCCHI M. T., *Il nuovo diritto processuale civile*. Vol. I: *Introduzione e Parte generale* (2ª ediz., Milano 1946); Vol. II: *Del processo di cognizione* (4ª ediz., Milano 1946); Vol. III: *Del processo di esecuzione* (2ª ediz., Milano 1945).

b) Eccelle fra i commentari articolo per articolo:

ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile* (2ª ediz., 3 voll., Napoli 1943-47).

c) Una accurata ed utilissima illustrazione del codice di procedura civile con i lavori preparatori è:

LUGO-BERRI: *Codice di procedura civile illustrato con i lavori preparatori e con note di commento* (2ª ediz., Milano 1942).

d) Tra i formulari, va segnalato:

BERRI-DALLARI-LUGO-SCARPELLO-STELLA RICHTER, *Formulario della procedura civile* (2 voll., Milano 1942).

C) Bisogna ricordare, infine, per il suo alto livello scientifico e per la sua grande importanza pratica, la *Rivista di diritto processuale civile* (Padova, dal 1924), fondata dal CHIOVENDA e dal CARNELUTTI e diretta attualmente dal CARNELUTTI e dal CALAMANDREI. A partire dal 1946, questa rivista ha preso il nome di *Rivista di diritto processuale*, allargando la sfera dei suoi interessi anche alle procedure non civili.

PARTE PRIMA

LA GIURISDIZIONE

CAPITOLO I

LA GIURISDIZIONE IN GENERALE

4. *Le funzioni dello Stato moderno.* — Lo Stato è un ente superindividuale, costituitosi allo scopo di realizzare i *pubblici interessi*, cioè quegli interessi che non sono propriamente dei privati (singoli e collettività) ma di tutta la società in quanto tale, e che pertanto non potrebbero trovare adeguata soddisfazione mediante l'attività privata.

All'attuale complessità delle sue funzioni, e corrispondentemente della sua organizzazione, lo Stato moderno è giunto per gradi, attraverso una *evoluzione* assai lunga e non del tutto lineare. Di fronte alle forme politiche della antichità esso presenta la caratteristica generale di tendere al soddisfacimento di molto maggior numero di pubblici bisogni e manifesta, in particolare, l'aspirazione di avocare a sé il potere di dettar norme di condotta sociale, predisponendo i mezzi per la loro tutela in caso di inosservanza ed attuando direttamente la tutela stessa.

Non pago della conformazione raggiunta, lo Stato moderno mira all'ideale dello « Stato di diritto », cioè all'ideale della completa sottomissione alle sue proprie leggi. Solamente in tale forma di Stato (della cui completa attuabilità pratica è, tuttavia, fortemente da dubitare) potrà essere pienamente assicurata l'uguaglianza dei suddetti giuridici di fronte alla legge e la loro libertà individuale. Di essa sono evidenti ed imponenti anticipazioni le molte ga-

ranzie giuridiche che lo Stato moderno già offre ai subbietti, sia procurando di tener distinti ed indipendenti gli organi destinati all'esercizio delle sue diverse funzioni, sia procurando di vincolare quanto più possibile la sua attività con precostituite norme giuridiche.

Le *attività dello Stato moderno* possono essere, tenendo conto della loro sostanza, riportate a tre funzioni distinte: legislazione, giurisdizione ed amministrazione. La *legislazione* è attività di *produzione di norme giuridiche*, cioè di precetti generali ed astratti di condotta sociale, implicanti la tutela dell'ordinamento statale in caso di inosservanza da parte dei destinatari. La *giurisdizione* è attività complementare della precedente, che consiste nella *esplicazione concreta della tutela statale* delle norme di condotta inosservate. L'*amministrazione* è ogni *altra attività* che la Pubblica Amministrazione (cioè non solo lo Stato, ma ogni altro minore ente pubblico) svolge per il soddisfacimento dei rimanenti pubblici interessi (difesa nazionale, istruzione, sanità pubblica ecc.).

Nei riguardi dei subbietti giuridici, le tre funzioni statali ora accennate sono essenzialmente espressione di una *potestà*, cioè del potere pubblico di assoggettare irremissibilmente i subbietti giuridici alle loro esplicazioni: potere che deriva a sua volta dalla *sovranità*.

Solo in minima parte lo Stato è, al giorno d'oggi, *obbligato* verso i subbietti, che per il più la sua attività è *eminentemente discrezionale*. Della *reale* rispondenza dei provvedimenti legislativi, giurisdizionali e amministrativi ai *veri* interessi della società politicamente organizzata i privati non hanno nessuna completa garanzia giuridica, ma *garanzie soltanto incomplete*, siano esse *giuridiche* (come il principio della pluralità dei gradi di giurisdizione, che assicura la possibilità di un riesame del provvedimento giurisdizio-

nale di prima istanza, pur non garantendo la conformità del provvedimento definitivo al vero principio giuridico da applicare nel caso concreto), siano esse *di altra natura* (come il controllo politico del Parlamento sulla attività legislativa ed amministrativa).

A parte ciò, i subbietti giuridici debbono accontentarsi di vivere nella *fiducia*, e solamente nella fiducia, che lo Stato si comporterà realmente secondo i fini per cui è sorto e vive. Lo Stato, infatti, verrebbe a *negare se stesso*, verrebbe a mettersi irragionevolmente in contrasto con i propri interessi (che sono, per definizione, gli stessi interessi della società) se, approfittando dei suoi ampi poteri discrezionali, emanasse provvedimenti socialmente inopportuni.

5. *Caratteri particolari dell'attività giuridica dello Stato.* — Di fronte all'amministrazione, la funzione legislativa e quella giurisdizionale possono essere accomunate nel concetto e nel termine complessivi di *funzione giuridica*, che servono ad illuminarne i reciproci, strettissimi rapporti.

Compito della *legislazione* è di produrre le norme giuridiche. Queste rientrano nel «genus proximum» delle *norme sociali di condotta*, di cui fan parte anche i precetti normativi dell'ethos, della religione, del costume ecc. Come ogni altra norma di condotta sociale, le norme statali consistono in *comandi preliminari, generali ed astratti*, relativi cioè non a fattispecie realizzatesi, ma a fattispecie future e tipiche, le quali possono concretarsi ciascuna in un numero imprecisabile di fattispecie reali (una, nessuna, centomila).

Per conseguenza, anche le norme di condotta create o comunque recepite dallo Stato si compongono di due ele-

menti strutturali: *a*) una *fattispecie normativa*, che costituisce l'ipotesi di un periodo ipotetico della possibilità; *b*) una *statuizione imperativa*, apodosi dello stesso periodo ipotetico, la quale stabilisce la conseguenza che deve verificarsi qualora si realizzi concretamente la fattispecie normativa. — Esempio (1177 cc.), *a*) se taluno è obbligato a consegnare una cosa determinata a talaltro, *b*) egli è anche obbligato a custodire la cosa sino alla consegna.

La « *differentia specifica* » tra le norme giuridiche e le altre norme di condotta sociale consiste non tanto nel fatto che esse *promanano dallo Stato* (il che, dal punto di vista strettamente formale, può anche non essere), ma sopra tutto in ciò: che *lo Stato predispose, per ogni precetto di condotta da esso imposto ai consociati, un corrispondente sistema di tutela statale in caso di inosservanza.*

In realtà, dunque, ogni norma giuridica è l'esponente della *fusione* di due tipi diversi di norme: *a*) una *norma di condotta*, la quale indica il comportamento che uno o più consociati, oppure gli stessi organi dello Stato (attività statale vincolata), devono tenere in ordine alla ipotesi che si realizzi concretamente una data fattispecie normativa; *b*) una *norma di tutela*, la quale stabilisce una certa tutela giurisdizionale, volta a garantire il rispetto della norma di condotta, nel caso che questa non sia stata volontariamente osservata.

La norma statale di condotta, in sostanza, dichiara degno di prevalenza (relativa o assoluta) l'interesse di un consociato o dello Stato stesso (in quanto vengano a trovarsi in una certa situazione preliminarmente ipotizzata) e si rivolge, come un *avvertimento* o come un ammonimento, al destinatario, che è praticamente libero di osservarla o meno. La norma di tutela è invece quella che conferisce al titolare dell'interesse dichiarato prevalente, nel caso che

esso sia rimasto inosservato, un *potere di soggezione* del destinatario della norma di condotta al rispetto della norma stessa, e pone pertanto a disposizione del titolare dell'interesse rimasto inosservato il *ricorso alla giurisdizione*. Esempio (1168 co. 1 cc.): *a*) norma di condotta: se taluno è possessore di una cosa (cfr 1140 cc.), gli altri consociati non possono violentemente ed occultamente spogliarlo del possesso; *b*) norma di tutela: se taluno spossessa violentemente ed occultamente il possessore, questi può chiedere contro di lui la reintegrazione in possesso (azione di reintegrazione, da esperirsi entro un anno dal sofferto spoglio).

La situazione sin qui analizzata può andare incontro a *complicazioni* per effetto di svariate circostanze: o perchè nella formulazione legale i vari elementi sono confusi, o perchè la norma di tutela è esplicita e quella di condotta è implicita (es.: 624 cp. e le norme penali in genere) o viceversa (es.: 1177 cc.), o perchè, infine, nell'ambito delle norme di condotta possono esservi norme primarie, secondarie ecc. Alcune volte, infatti, il diritto obiettivo stabilisce, per il caso di violazione di una norma di condotta (primaria), una *norma di condotta secondaria*, mediante la quale l'obbligo posto a carico del destinatario viene convertito in altro obbligo. Esempio (1228 cc.): *a*) norma di condotta primaria: se taluno ha un credito verso talaltro, questi è tenuto ad adempiere esattamente l'obbligazione; *b*) norma di condotta secondaria: se il debitore non adempie esattamente l'obbligazione, è tenuto al risarcimento dei danni; *c*) norma di tutela: se il debitore inadempiente non risarcisce il danno, il creditore può ottenere un provvedimento giurisdizionale a suo carico.

In conclusione, la norma di tutela è il termine imprescindibile perchè possa parlarsi, nello Stato moderno di norma giuridica. Ciò spiega come e perchè la *giurisdizione*

zione sia complemento necessario ed indispensabile della funzione legislativa. Stante il divieto dell' autotutela (392-393 cp.: « esercizio arbitrario delle proprie ragioni »), lo Stato moderno deve correlativamente assumersi il compito di attuare la garanzia del rispetto delle norme di condotta, nel caso in cui queste non siano state liberamente osservate dai destinatari.

La giurisdizione è, dunque, a sua volta, il termine imprescindibile perchè possa parlarsi di una funzione giuridica dello Stato moderno.

6. *Teorie sulla giurisdizione.* — Prima di precisare i caratteri specifici della funzione giurisdizionale, è bene esaminare in succinto, alla luce delle considerazioni finora svolte, le principali teorie formulate in proposito.

A) *Teorie formalistiche.* Queste teorie basano la distinzione tra la funzione giurisdizionale e le altre funzioni dello Stato su *elementi puramente esteriori*, quali la forma degli atti, la indipendenza degli organi giurisdizionali, la esistenza (normale) di un contraddittorio ecc. Dette teorie possono essere senz'altro scartate perchè hanno il comune difetto di affidarsi ad *elementi tipici, ma non esclusivi della funzione giurisdizionale*: elementi, inoltre, che *non sono costanti* nella giurisdizione e che, comunque, non sarebbero di per sé sufficienti ad individuare la sostanza dell'attività giurisdizionale.

B) *Teorie scettiche.* Queste teorie partono dal presupposto negativo (scettico) che *non possa distinguersi efficacemente tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa*, essendo ambedue attività concrete di attuazione del diritto obiettivo: esse tentano, per conseguenza, di differenziare l'una funzione dall'altra in base al rileva-

mento di *particolarità secondarie*, se non addirittura di sfumature.

Sebbene la prassi presenti alcuni casi in cui non è molto facile la distinzione fra attività giurisdizionale e attività amministrativa (infra n. 11-12), bisogna dire che la premessa scettica è certamente inesatta, come risulterà da quanto sarà esposto in seguito, a precisazione dei caratteri della funzione giurisdizionale.

La più nota tra le teorie scettiche è quella dello SCIALOJA, secondo il quale tanto *la giurisdizione* quanto *l'amministrazione*, sono attività concretantisi in un giudizio logico ed in un corrispondente atto di volontà, salvo che nella prima il *giudizio logico prevale sull'atto di volontà*, mentre nella seconda l'atto di volontà prevale sul giudizio logico. A questa tesi è sufficiente obiettare che vi sono attività giurisdizionali (come quella esecutiva) in cui il giudizio logico si riduce al minimo di fronte all'atto di volontà, mentre vi sono attività amministrative svariate in cui il giudizio logico quanto meno equivale l'atto di volontà.

C) *Teoria della lite* (CARNELUTTI). Secondo questa teoria, la giurisdizione — anzi, per meglio dire, il *processo*, visto che il Carnelutti restringe il concetto di giurisdizione (« iuris dictio ») al solo processo di cognizione — ha per scopo la *giusta composizione delle liti*, cioè dei conflitti intersubiettivi di interessi (latenti o patenti) che, salvo in casi eccezionalissimi, sarebbero immanenti in ogni specie di processo.

Indubbiamente questa concezione dell'attività processuale ha il merito di una notevole plasticità, perchè corrisponde con lucida immediatezza alla prima intuizione che chiunque può avere del processo: conflitto fra i titolari di due contrastanti interessi, che sta al giudice di risolvere. Tuttavia una conoscenza per poco approfondita del feno-

meno giurisdizionale impone il rigetto della teoria della lite, che si dimostra antistorica ed antipositiva.

a) La teoria carneluttiana è *antistorica* perchè pone a base della giurisdizione (o, più in generale, del processo) un concetto ormai superato, la *lite*, esponente di epoche in cui l'intervento statale a garanzia del diritto si aveva soltanto quando una controversia scoppiasse fra i subbietti o comunque si manifestasse in atto o in potenza un conflitto di interessi fra loro. Conseguentemente avviene, non solo che gli stessi sostenitori di questa teoria debbono ammettere l'esistenza (sia pure come eccezioni) di « processi senza lite » (come quelli di interdizione, di inabilitazione, di separazione personale ecc.), ma che si giunge allo assurdo di affermare che nel processo penale (in cui, come è noto, la confessione dell'imputato o la requisitoria di assoluzione del pubblico ministero, pur eliminando ogni controversia fra l'ufficio requirente e l'imputato, non determinano l'obbligo del giudice di condannare o, rispettivamente, di assolvere) non occorre sempre la lite, ma basta talvolta la « metà della lite » (che è quanto dire che la lite non c'è).

b) La teoria carneluttiana è inoltre *antipositiva*, perchè, mentre da un lato restringe il concetto di giurisdizione al puro processo di cognizione (che, secondo gli ordinamenti processuali moderni, è soltanto uno dei modi in cui può esplicarsi la funzione giurisdizionale), accoglie nel generico concetto di processo fenomeni processuali che il nostro legislatore indiscutibilmente non ritiene partecipi del carattere giurisdizionale (es.: il processo di giurisdizione volontaria).

Insomma, se è vero che la giurisdizione si risolve sempre nel dare soddisfazione ad un interesse nei confronti di un altro interesse contrario, non è vero che i ti-

tolari dei due opposti interessi debbano entrare necessariamente in conflitto, e tanto meno è vero che la tutela giurisdizionale dello Stato si restringa alla funzione dichiarativa dell'interesse subbietivo prevalente.

D) *Teoria subbiettiva* (MANFREDINI, SIMONCELLI, CAMMEO, SATTA ecc.). Secondo questa teoria la giurisdizione ha per fine esclusivo la *tutela dei diritti subbietivi*, cioè la loro reintegrazione in caso di incertezza, di minaccia o di effettiva violazione.

E' inutile riferire le molte obiezioni, assai facilmente superabili, che sono state opposte a questa concezione tradizionale della giurisdizione. L'unico grave difetto di essa sta nella sua *unilateralità*, in quanto i suoi sostenitori guardano solo agli interessi subbietivi da tutelare (interessi privati o pubblici che siano) e non si accorgono che lo scopo di realizzare questi interessi coincide perfettamente con quello di realizzare l'interesse supremo dello Stato a che la legge sia esattamente applicata. Invece *anche questa finalità è connaturata alla giurisdizione*, e lo dimostrano vari e significativi elementi: dal divieto dell'autotutela all'ordinamento minuzioso dei procedimenti giurisdizionali (per garantire gli eventuali interessi contrari del convenuto), agli ampi poteri istruttori e ordinatori riconosciuti agli organi giurisdizionali ecc.

E) *Teoria obbiettiva* (WACH, CHIOVENDA, BETTI ecc.). Secondo questa teoria, che può dirsi oggi dominante, la giurisdizione è mera attività di *attuazione del diritto obbiettivo*, cioè mera attività di applicazione delle statuizioni normative alle fattispecie concrete. Ma questa concezione pecca di *unilateralità* nel senso opposto a quello della concezione precedentemente esposta.

Esplicitamente negando alla giurisdizione lo scopo della tutela degli interessi subbietivi, la teoria obbiettiva

si pone fuori della realtà delle cose, tanto più che il processo moderno (civile penale, amministrativo) è processo di parte, nel senso che il giudice non può esercitare la sua funzione se non sia a ciò invitato dai subbietti giuridici.

Salva la premessa critica ora formulata, bisogna dire che degne del più alto interesse sono, comunque, le *prezisazioni* che della teoria obbiettiva forniscono alcuni recenti autori.

a) Secondo il REDENTI, la giurisdizione è attività di *applicazione delle sanzioni previste dalla legge*. Questa formulazione avvia felicemente verso una più precisa nozione dell'attività giurisdizionale, ma pecca per troppa recisione: è ben difficile vedere una sanzione, almeno nel senso universalmente accolto, nella sentenza di mero accertamento, che pure è esplicazione di attività giurisdizionale.

b) Il CALAMANDREI ha, dal suo canto, posto in rilievo che la giurisdizione si risolve in una *garanzia dell'osservanza pratica del diritto*. Questa formulazione, mentre raccoglie il buono della teoria dianzi esposta, sfugge alle facili critiche che possono muoversi alla definizione del Redenti. Tuttavia, nemmeno la tesi del Calamandrei si sottrae alla critica di eccessiva genericità e, sopra tutto, di implicare il pericolo di una qualche confusione: bisogna tener presente, infatti, che la garanzia in cui si riassume la attività giurisdizionale è solo in minima parte una garanzia giuridica per i subbietti, dato che, come si è detto a suo luogo (retro n. 4), niente garantisce giuridicamente a questi ultimi che gli organi giurisdizionali realizzeranno l'osservanza pratica della norma giuridica che realmente andava osservata.

7. *Concetto di giurisdizione*. — L'esatto concetto di giurisdizione è — secondo noi — contenuto «in nuce» tanto nella teoria subbiettiva, quanto nella teoria obbiettiva sopra esaminate (n. 6 sub D e E).

Non ci pare che l'una concezione debba necessariamente implicare il ripudio dell'altra e viceversa. È da ritenere, al contrario, che *l'attuazione del diritto obbiettivo si identifichi con la tutela degli interessi subbiettivi* dichiarati degni di prevalenza dalle norme statali di condotta e che, pertanto, ben possa parlarsi di uno scopo unico dell'attività giurisdizionale, di uno scopo che si esprime in due modi diversi, a seconda del punto di vista da cui lo si esamina.

La giurisdizione è attività statale necessaria di attuazione delle norme di tutela, quindi di assicurazione del rispetto delle norme statali di condotta e degli interessi subbiettivi da esse dichiarati degni di prevalenza; attività che ha la capacità di esplicarsi, per iniziativa dei subbietti che vi abbiano interesse, se ed in quanto le norme di condotta rimangano inosservate; attività che si risolve in provvedimenti dichiarativi, esecutivi o cautelari.

Occorrerà ora analizzare brevemente gli elementi di questa definizione.

8. *Elementi del concetto di giurisdizione*. — A) La giurisdizione è *attività statale*, perchè esercitata esclusivamente da organi dello Stato, siano essi di giurisdizione ordinaria (intra n. 13-14), siano essi organi giurisdizionali speciali (infra n. 15-16).

Non hanno pertanto carattere di vera giurisdizione, ma puro carattere di sostitutivi giurisdizionali, gli istituti che mirano ad attuare gli scopi della giurisdizione attraverso

privati (es. arbitri, infra n. 25) o organi giurisdizionali stranieri (infra n. 26-27).

B) La giurisdizione è *attività necessaria*. Di necessarietà deve parlarsi in duplice senso:

a) nel senso che la giurisdizione è una *funzione necessaria* (pur non essendo obbligatoria) *per lo Stato moderno* (il quale mancherebbe ai suoi fini se non la esplicasse: retro n. 4);

b) nel senso che, dato il divieto dell'autotutela (retro n. 5), il ricorso alla giurisdizione si rende *necessario per i subbietti giuridici* (e per lo Stato stesso, quando sia in veste di parte), ove vogliano ottenere l'osservanza dei propri interessi insoddisfatti.

In linea eccezionale vi sono, peraltro, dei casi in cui la autotutela è permessa (es.: attività di polizia, infra n. 12) o giustificata (es.: legittima difesa, 52 cp.).

C) La giurisdizione è *attività di attuazione delle norme di tutela*. Attuazione delle norme di tutela significa assicurazione concreta del rispetto delle norme di condotta. Assicurazione del rispetto delle norme di condotta equivale assicurazione del rispetto degli interessi subbiettivi da queste dichiarati degni di prevalenza.

A questo proposito sono di capitale importanza due *precisazioni*.

a) La *funzione assicurativa*, in cui si sostanzia l'attività giurisdizionale, non è una forma di garanzia giuridica, per le ragioni già dette e ripetute (retro n. 4 e n. 6 sub E). I subbietti giuridici hanno verso lo Stato soltanto il diritto (pubblico subbiettivo, della specie dei diritti civili) di ottenere la prestazione degli organi giurisdizionali da loro richiesta (diritto al processo: infra n. 32 e 39).

b) L'assicurazione del *rispetto* delle norme statali di condotta non consiste sempre nella garanzia della realizzazio-

ne coattiva delle medesime, ma può concretarsi (quando non sia altrimenti possibile) in qualcosa di meno. Molto spesso, infatti, non è possibile, data una certa situazione di inosservanza giuridica (es.: omicidio), la reintegrazione in pristino dello stato di cose violato (« factum infectum fieri nequit »), dimodochè bisogna contentarsi di un *comportamento approssimativo*, che dimostri il rispetto della volontà della legge (riparazione o espiazione.).

D) La giurisdizione ha la capacità di esplicarsi *se ed in quanto si sia verificata la inosservanza della norma di condotta*.

Inosservanza di una norma non significa soltanto violazione, ma include un novero più largo di casi, ad incominciare da quello della *incertezza* sulla applicabilità concreta di una norma statale di condotta: per conseguenza, tra i provvedimenti giurisdizionali vanno annoverati, come si vedrà (infra n. 9 sub A), anche i provvedimenti di mero accertamento.

E) La giurisdizione si esplica concretamente *per iniziativa dei subbietti giuridici che vi abbiano interesse*.

Lo Stato moderno ignora (salvo casi eccezionalissimi) il sistema della giurisdizione « ex officio »: vale invece il principio « *nemo iudex sine actore* ». Di qui le due fondamentali regole che, per poter far valere un diritto in giudizio, bisogna proporre *domanda* al giudice competente (99 cpc.) e che, per proporre una azione processuale (con la quale si invita il giudice a decidere), occorre mostrare di avere un concreto *interesse* alla soggezione della persona indicata come soggetto passivo (cfr. 100 cpc.).

9. *Continua. I provvedimenti giurisdizionali.* — F) La giurisdizione si risolve in *provvedimenti dichiarativi, esecutivi o cautelari*.

Si dicono *provvedimenti* gli atti cui dà luogo l'esercizio di un potere pubblico (legislativo, giurisdizionale o amministrativo). La classificazione dei provvedimenti giurisdizionali in dichiarativi, esecutivi e cautelari è fatta tenendo conto dello *specifico scopo* che essi realizzano, nel quadro del fine generico della attuazione delle norme statali di tutela.

a) *Provvedimenti dichiarativi o di cognizione*: hanno la comune caratteristica di implicare un *accertamento* (e conseguentemente una dichiarazione) della applicabilità di una norma giuridica ad una determinata fattispecie concreta. Essi possono essere *semplici* (di mero accertamento) e *complessi* (di condanna e costitutivi).

aa) *Provvedimenti di mero accertamento* sono quelli che perseguono il puro scopo di *eliminare l'incertezza sulla applicabilità al caso concreto di una norma giuridica*. Come tali, essi possono suddividersi in:

α) provvedimenti di mero accertamento *positivi*, se sanciscono l'applicabilità della norma;

β) provvedimenti di mero accertamento *negativi*, se sanciscono la inapplicabilità della norma (tali sono, ad esempio, tutti i provvedimenti di rigetto della domanda attrice).

In realtà la suddivisione ora fatta è più apparente che reale. Ogni provvedimento di accertamento positivo implica la inapplicabilità della norma contraria a quella ritenuta applicabile dalla parte che lo richiede e viceversa (es.: il provvedimento di accoglimento della domanda attrice implica la inapplicabilità della norma sul diritto di libertà invocata dal convenuto; il provvedimento di rigetto implica viceversa la applicabilità di quella norma, che è il fondamento della difesa del convenuto).

Altra necessaria precisazione è che ogni provvedimento di mero accertamento porta *implicito* in sé il comando di

regolarsi secondo le sue conclusioni. Ogni provvedimento di mero accertamento è, dunque, un provvedimento *potenziale* di condanna.

bb) *Provvedimenti di (accertamento con) condanna* sono quelli che non solamente dichiarano l'applicabilità di una norma giuridica al caso concreto, ma *prescrivono esplicitamente un determinato comportamento di rispetto* della norma di condotta a carico del destinatario che non l'ha liberamente osservata (o a carico di chi è per lui tenuto a rispondere).

cc) *Provvedimenti (di accertamento con effetti) costitutivi* sono quelli che non soltanto accertano l'applicabilità della norma giuridica al caso concreto, ma determinano un *effetto costitutivo, modificativo o estintivo di rapporti giuridici* (2908 cc.; es.: provvedimenti di annullamento di un negozio giuridico, di rescissione del contratto ecc.).

b) *Provvedimenti esecutivi o di esecuzione forzata*: hanno la comune caratteristica di basare su di un separato titolo di accertamento dell'interesse subbiettivo che deve essere rispettato (*titolo esecutivo*: 474 cpc.) *l'attuazione dei mezzi atti a soddisfarlo* direttamente o indirettamente. I provvedimenti esecutivi possono, pertanto, suddividersi in due categorie: provvedimenti di esecuzione diretta e provvedimenti di esecuzione indiretta.

aa) *Provvedimenti di esecuzione diretta*, o in forma specifica, sono quelli che assicurano direttamente la soddisfazione dell'interesse subbiettivo che deve essere rispettato (es.: provvedimento di consegna o rilascio di cosa determinata, mobile o immobile, che si aveva l'obbligo di consegnare, 2930 cc.; cfr. 2930-2933 cc.).

bb) *Provvedimenti di esecuzione indiretta*, o di espropriazione, sono quelli che assicurano indirettamente il soddisfacimento dell'interesse subbiettivo che deve essere ri-

spettato, mediante la espropriazione dei beni del debitore (o di un terzo) e la consegna del ricavato della vendita (o di parte del medesimo) al creditore (cfr. 2910-2929 cc.).

c) *Provvedimenti cautelari o assicurativi*: hanno la comune caratteristica di *assicurare preventivamente e provvisoriamente* la situazione di diritto o di fatto necessaria alla esplicazione di un provvedimento dichiarativo o esecutivo che si ha ragione di prevedere conforme. Esempi: provvedimento di ammissione di prova a futura memoria (692-695 cpc.), provvedimento autorizzante il sequestro giudiziario (in vista di un provvedimento dichiarativo: 670 cpc.) o il sequestro conservativo (in vista di un provvedimento esecutivo: 671 cpc.).

10. *Giurisdizione di diritto e giurisdizione di equità.*

— Fondamento dell'attività giurisdizionale è il *principio della legalità*: i provvedimenti giurisdizionali devono essere rigorosamente basati su una norma giuridica (113 co. 1 cpc., 1 cp.).

Non sempre, peraltro, il giudice trova minutamente tracciata dalle norme giuridiche la via da seguire per emettere un provvedimento: ove più ove meno, a lui è sempre lasciato un campo di *giudizio discrezionale*, affinché possa adeguare nel miglior modo possibile le norme del diritto (necessariamente anelastiche) alle esigenze della fattispecie concreta. In penale, l'organo giudicante ha sempre la possibilità di spaziare tra una pena massima ed una pena minima previste dalla legge (purchè si attenga ai criteri generali di valutazione posti dagli aa. 132-133 cp.); in civile, sono svariatissimi i casi in cui l'organo giurisdizionale ha più o meno ampia facoltà di valutare discrezionalmente situazioni e rapporti (es.: nei casi in cui la clausola limitativa della proponibilità di eccezioni è efficace, il

giudice, se riconosca che concorrono gravi motivi, può sospendere la condanna ed imporre una cauzione, 1402 co. 2 cc.).

Una sottospecie della categoria dei giudizi discrezionali (nel senso precisato dianzi) è costituita dai *giudizi secondo equità*, nei quali il giudice viene *completamente* disciolto dall'obbligo di motivare secondo una norma giuridica la decisione della fattispecie concreta e viene autorizzato a provvedere secondo il suo equo apprezzamento.

Due sono i *cas*i di giudizio secondo equità.

a) Il conciliatore decide secondo equità le cause di valore non superiore alle lire 600 (113 co. 2 cpc.). La ragione di questa norma sta nella parvità della materia, che sconsiglia l'adozione obbligatoria del giudizio secondo diritto.

b) Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda *diritti disponibili delle parti* e queste gliene fanno *concorde richiesta* (114 cpc.). La ragione di questa norma sta nel fatto che l'accordo delle parti è lecito e che i fini di giustizia non vengono lesi, così come non sono lesi da una transazione intersubiettiva (infra n. 23.)

Un terzo caso di giudizio secondo equità, scomparso con l'abolizione dell'ordinamento corporativo, era, secondo il cpc., il seguente. Nella formulazione di nuove condizioni di lavoro, la magistratura del lavoro giudica secondo equità, temperando gli interessi dei datori di lavoro con quelli dei lavoratori e tutelando in ogni caso gli interessi superiori della produzione (409 co. 2 cpc.). La ragione di questa norma stava nella impossibilità di regolare in astratto (legislativamente) la materia e nella particolare competenza tecnica del magistrato del lavoro.

Nelle ipotesi sopra esposte di giudizio secondo equità la

comune dottrina parla di attività sostanzialmente legislativa del giudice e ne qualifica « dispositive » le sentenze (CHIOVENDA). Ma, in verità, il giudice esplica in quelle ipotesi una *attività di comando individuato e concreto*, non generale e astratto. La sua opera, anche se non è della più tipica attività giurisdizionale, non è tuttavia opera di legislatore.

Solo in ordine al terzo caso poteva darsi in parte ragione alla dottrina corrente, visto che le sentenze del magistrato del lavoro avevano efficacia per tutti gli appartenenti alle categorie cui esse si riferivano (arg. 10 l. 3 aprile 1926 n. 563) ed erano annoverate fra le fonti del diritto (5 prel.): ma, se è vero che esse avevano *effetti normativi*, è pur vero — ed è questo che, per quanto attiene al presente argomento, ha valore decisivo — che l'attività dell'organo giudicante si limitava sempre alla risoluzione di una controversia concreta.

11. *Attività formalmente giurisdizionali.* — Attività solo formalmente giurisdizionali, ma sostanzialmente amministrative, sono quelle riassunte nel termine tradizionale di *giurisdizione volontaria*: termine che fu usato per esprimere il fenomeno che il giudice non risolve in questi casi una lite (secondo la concezione più antica, ormai superata, del processo: retro n. 6 sub C), ma attua un provvedimento richiesto concordemente dalle parti (*inter volentes*).

La giurisdizione volontaria è, dunque, una *attività sostanzialmente amministrativa* rimasta, per effetto di una lunga tradizione, affidata ad organi giurisdizionali (i quali la esercitano, peraltro, con un procedimento assai condensato, privo di contraddittorio: procedimento in camera di consiglio). Essa consiste nella *collaborazione, necessaria o facoltativa, di organi giudiziari al compimento di atti*

giuridici privati e si inquadra pertanto nella categoria generale della così detta « amministrazione pubblica del diritto privato » (di cui è esempio l'intervento dell'ufficiale dello stato civile nella celebrazione del matrimonio, 107 cc.).

I principali *tipi* di attività di giurisdizione volontaria sono i seguenti:

a) *documentazione* (ed eventuale pubblicazione) di atti di volontà privata (es.: attività del giudice del registro, quanto alla iscrizione nel registro delle imprese, 2188 ss. cc.);

b) *prestazione di assenso*, preventivo (autorizzazione) o successivo (approvazione, omologazione), ad atti di volontà privata (es.: autorizzazione del giudice tutelare quanto agli atti eccedenti la ordinaria amministrazione compiuti dal padre per i figli nati o nascituri, 320 cc.; approvazione della adozione da parte della corte di appello, 313 cc.; ordine del tribunale quanto alla iscrizione della società per azioni nel registro delle società, 2330 co. 3 cc.);

c) *conciliazione* fra le parti prima della deduzione della controversia in sede contenziosa o prima della emanazione del provvedimento giurisdizionale (infra n. 24).

La differenziazione tra giurisdizione volontaria e vera giurisdizione (così detta *giurisdizione contenziosa*) diventa difficile, almeno praticamente, quando ci si trovi in presenza di una attività giurisdizionale risolvendosi in *provvedimenti costitutivi*: anche in questi casi si verifica, infatti, una collaborazione di organi giurisdizionali alla determinazione di una modificazione giuridica (retro n. 9 sub a). Tuttavia, la differenza può essere rilevata anche in queste ipotesi, poichè alla produzione dell'effetto giuridico mediante provvedimenti costitutivi occorre essenzialmente la *volontà dell'organo giurisdizionale* (il quale non è obbligato verso le parti a decidere nel senso richiesto), men-

tre la produzione di effetti giuridici mediante atti di volontaria giurisdizione è essenzialmente fondata sulla *volontà privata* (limitandosi il giudice all'accertamento della rispondenza di questa volontà ai requisiti di legge).

12. *Attività amministrative con aspetti giurisdizionali.* — Giurisdizione e amministrazione, essendo ambedue attività pubbliche di attuazione del diritto obbiettivo, presentano qualche punto di interferenza, in ordine a cui è realmente alquanto difficile, sopra tutto a prima vista e particolarmente in pratica, stabilire se si sia in presenza di una attività giurisdizionale o di una attività amministrativa.

Tra le attività amministrative con aspetti giurisdizionali sono particolarmente notevoli le seguenti: attività di *decisione su ricorso gerarchico*, attività *disciplinare* (la quale si esplica anche nell'ambito degli organi cui è devoluta l'amministrazione della giustizia), attività di polizia.

Il carattere non giurisdizionale delle prime due categorie di attività si può riconoscere assai facilmente, badando a ciò: che dette attività vengono esplicate *dalla stessa autorità* da cui il trasgressore dipende. Manca, pertanto, in esse quella garanzia fondamentale della funzione giurisdizionale, che è data dalla estraneità ed imparzialità del giudice rispetto al materiale di decisione.

Quanto all'*attività di polizia*, va ricordato che uno dei compiti dell'autorità di pubblica sicurezza è quello di « curare l'osservanza delle leggi e dei regolamenti », al fine di prevenire ogni violazione (1 rd. 18 giugno 1931 n. 773). Questa attività preventiva può, a tutta prima, essere confusa con l'attività giurisdizionale di mero accertamento, dato che questa realizza dal pari lo scopo di prevenire la trasgressione delle norme del diritto. Ma la differenza so-

(1) Ogni provvedimento di mero accertamento è un provvedimento potenziale di condanna.

stanziale è in ciò, che l'attività di polizia manca in ogni caso del carattere di *definitività*, che invece inerisce alla funzione giurisdizionale: qualunque provvedimento di polizia non fa stato fra le parti ed i loro eredi e aventi causa, mentre invece ciò avviene relativamente ai provvedimenti giurisdizionali (2909 cc.). L'attività di polizia non è altro che una forma di *autotutela amministrativa* permessa ed autorizzata dalla legislazione.

13. *La giurisdizione ordinaria.* — Dal punto di vista dei subbietti che la esercitano, la giurisdizione si distingue in *ordinaria* e *speciale*.

Gli organi costituzionalmente incaricati dell'esercizio della funzione giurisdizionale costituiscono la *giurisdizione ordinaria*. Salva espressa eccezione (infra n. 15), ogni e qualsiasi attività giurisdizionale rientra nell'ambito delle loro attribuzioni (cfr. 1 cpc.).

I *principi fondamentali* su cui si basa il concetto della giurisdizione ordinaria sono i seguenti:

a) Carattere statale della *funzione giurisdizionale* (68 Statuto).

b) Carattere statale dei provvedimenti riflettenti lo *stato dei magistrati* (68 Stat., 6 odg.). Di qui segue la necessità di espresse disposizioni di legge per disciplinare o modificare l'ordinamento giudiziario (70 Statuto).

c) *Inamovibilità* dei magistrati giudicanti che abbiano conseguito il grado di giudice o di pretore e ne abbiano esercitato per tre anni le funzioni (69 Statuto, 217 ss. odg.).

d) Divieto di creazione di *tribunali* o *commissioni straordinari* al fine di distogliere una singola fattispecie concreta al giudice competente (71 Statuto).

e) *Autonomia* degli organi giudicanti nell'esercizio della rispettiva funzione. D'onde segue che la gerarchia ammini-

nistrativa dei magistrati, in quanto dipendenti statali, non può influire sulla formazione dei giudicati.

f) *Pluralità dei gradi* di giurisdizione, a garanzia del riesame degli elementi di giudizio che hanno indotto ad emanare un provvedimento in prima istanza.

14. *Ordinamento della giurisdizione ordinaria.* — La giurisdizione ordinaria è amministrata da cinque *tipi* diversi di organi giudicanti: *conciliatore* in sede giurisdizionale (giudice unico), *pretore* (giudice unico), *tribunale* (giudice collegiale: 3 votanti), *corte di appello* (5 votanti), *corte di cassazione* (7 votanti, o 15 votanti se il provvedimento sia adottato a sezioni unite).

Pretore, tribunale e corte di appello sono giudici *di secondo grado* rispetto a quello immediatamente precedente: come tali essi compiono (su istanza di parte) un riesame di tutto il merito delle azioni, al fine di riformare eventualmente il provvedimento primitivo. La corte di cassazione è, normalmente, giudice *di terzo grado*: come tale essa compie un riesame della causa, limitato generalmente al puro diritto.

Ogni organo giudiziario ha una propria *circoscrizione territoriale* (rispettivamente: comune, mandamento, circondario, distretto, territorio dello Stato) ed ha sede nel capoluogo della circoscrizione.

Quanto alla *composizione*, gli organi giurisdizionali hanno in realtà natura *complessa*, perchè si compongono di tre uffici diversi: un ufficio *principale* (giudice), un ufficio *complementare* (cancelliere), un ufficio *adetto* (ufficiale giudiziario). Gli ufficiali giudiziari non sono impiegati statali, ma incaricati di pubbliche funzioni.

L'ufficio principale, nelle sedi di maggior lavoro, può essere ripartito in *sezioni* (civili, penali, promiscue): pos-

sono essere (e sono) inoltre costituite sedi distaccate di pretura e sedi distaccate di corte di appello con propria, più ristretta circoscrizione territoriale.

Per legge sono, altresì, costituite *sezioni speciali* di organi giudicanti (generalmente con composizione mista di magistrati e di privati particolarmente qualificati), alle quali sono assegnate particolari competenze. Tali sono: a) i circoli di corte di assise; b) la magistratura del lavoro; c) il tribunale (penale) per i minorenni; d) la sezione speciale (penale) di corte di appello per i minorenni; e) la sezione speciale (della corte di appello di Roma) per gli usi civili; f) i « tribunali » (in realtà, sezioni di corte di appello) per le acque pubbliche.

Particolare interesse presenta, in questa sede, la *magistratura del lavoro*. La legge prevede anzitutto una sua competenza in ordine alle controversie collettive di lavoro, ma si tratta di una sfera di attività resa ormai impossibile dalla abolizione dell'ordinamento corporativo. In ordine agli appelli contro decisioni in materia di controversie individuali di lavoro (460 e 465 cpc.), essa giudica con il quadro normale di un presidente e quattro consiglieri (63 co. 2 ord. giud.).

15. *Le giurisdizioni speciali.* — Nel nostro ordinamento sono apportate numerose deroghe alla regola della giurisdizione ordinaria, in quanto che sono istituite e funzionano varie giurisdizioni speciali, cui è devoluta la competenza giurisdizionale in ordine a *determinate materie*.

Non si tratta, in questi casi, di attività giurisdizionale speciale, perchè dal punto di vista sostanziale ci si trova sempre di fronte ad una caratteristica esplicazione della funzione giurisdizionale dello Stato; si tratta, invece, soltanto di *organi* (e, subordinatamente ed eventualmente, di *forme*) *giurisdizionali speciali*.

Il numero delle giurisdizioni speciali divenne, sopra tutto dopo la guerra 1915-18, deplorabilmente elevato, ma negli ultimi tempi si è fortunatamente proceduto a ridurlo assai sensibilmente. In particolare, l'a. 1 cpc. riconferma semplicemente il principio dell'unità della giurisdizione in ordine alla giurisdizione civile.

Le norme giuridiche che istituiscono o disciplinano giurisdizioni speciali, dato il loro carattere eccezionale, non sono passibili di estensione analogica (14 prel.).

Strettamente collegata con questo principio è la regola fondamentale per cui la sentenza del giudice speciale, anche se espressamente dichiarata inoppugnabile, *può essere tuttavia sempre impugnata* con ricorso alle sezioni unite della cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione (362 co. 2 cpc.). In civile il ricorso deve essere presentato entro il termine normale per le impugnazioni (60 giorni: 325 co. 2 cpc.); in penale il ricorso può essere presentato in ogni tempo (529 cpp.). Invece, la sentenza del giudice ordinario, anche se emessa in ordine a materia riservata a giudice speciale, diventa definitiva se non sia stata impugnata con i mezzi e nei termini ordinari, perchè gli organi della giurisdizione ordinaria sono idealmente rivestiti di tutta la giurisdizione.

16. *Le principali giurisdizioni speciali.* — Giurisdizioni speciali si hanno ancora, oggi, non solo nelle *colonie* e nei *possedimenti* italiani (ove la loro istituzione risponde ad una evidente opportunità), ma anche nel territorio metropolitano, sopra tutto in considerazione del fatto che determinate materie richiedono una specifica preparazione tecnica del giudice chiamato a conoscerle.

Le più importanti e caratteristiche giurisdizioni speciali italiane sono le seguenti.

a) Il *consiglio di Stato* in sede giurisdizionale (IV e V sezione). Esso gode di una triplice serie di attribuzioni giurisdizionali: giurisdizione *di legittimità*, in ordine ad atti amministrativi impugnati per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge; giurisdizione *di merito*, in ordine ad atti amministrativi impugnati per vizi di merito (inopportunità: non rispondenza al pubblico interesse); giurisdizione *esclusiva* (con esclusione di ogni altra giurisdizione), in ordine a talune materie, come quella dei rapporti di pubblico impiego (26, 27, 29 tu. 26 giugno 1924 n. 1054).

b) Le *giunte provinciali amministrative* in sede giurisdizionale (2 e 4 tu. 1924 cit.).

c) La *corte dei conti* in sede giurisdizionale (l. 3 aprile 1933 n. 255, rd. 13 agosto 1933 n. 1058).

d) I *comandanti di porto*, per le materie di cui agli aa. 563-586 cnav.

e) I *consoli* ed i *tribunali consolari*, nei paesi in cui vige il regime delle « capitolazioni » (l. 28 gennaio 1886 n. 2804).

CAPITOLO II

LA GIURISDIZIONE CIVILE ITALIANA

17. *Giurisdizione civile (in senso lato) e giurisdizione penale.* — Sebbene l'attività giurisdizionale conservi in ogni campo gli stessi caratteri sostanziali, tuttavia nel nostro ordinamento giuridico essa si ripartisce, in considerazione della specifica materia che ne forma l'oggetto, in diverse branche, per ciascuna delle quali vige un diverso corpo di norme processuali. Nel campo della giurisdizione bisogna anzi tutto mettere in rilievo i caratteri che individuano la giurisdizione penale: quello che resta costituisce la giurisdizione civile in senso lato.

La *giurisdizione penale* è caratterizzata dal fatto di essere dedicata alla attuazione di una speciale categoria di norme di tutela: le *norme di tutela penale*, le quali son quelle che predispongono, per determinate violazioni di norme di condotta (reati), una sanzione penale.

La giurisdizione penale è attività che si applica concretamente per iniziativa dello stesso Stato, impersonato dall'ufficio del pubblico ministero, al quale spetta la rappresentanza dell'« interesse punitivo » della società offesa.

Senonchè l'esercizio della giurisdizione penale in ordine ad una determinata fattispecie non esclude l'esercizio, della giurisdizione civile. Con l'interesse punitivo dello Stato può ben concorrere, infatti, l'interesse privato di un soggetto giuridico, sempre che la legge lo ritenga del pari degno

di tutela (es.: l'interesse privato dell'offeso dal reato al risarcimento del danno). Per questi ed altri motivi i rapporti fra giurisdizione penale e giurisdizione civile formano oggetto di ampio regolamento preventivo da parte del legislatore, al fine di evitare contraddizioni e duplicazioni fra giudicati penali e giudicati civili.

18. *Rapporti fra giurisdizione civile (in senso lato) e giurisdizione penale.* — Le regole fondamentali sono le seguenti.

a) Se dal reato sorge, accanto all'azione penale, una azione civile, questa può essere proposta davanti, al giudice penale (« costituzione di parte civile ») o può essere comunque trasferita dalla sede civile davanti a lui sino a che non sia stata emessa sentenza. In tal caso il giudice penale giudica anche in merito all'azione civile, a meno che il processo penale si chiuda con sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione (22-24 co. 1 cpp.).

b) Se l'azione civile non è proposta o trasferita in sede penale, e se la iniziata cognizione di un reato sia tale da influire sull'esito del processo civile, il giudizio civile è, di regola, sospeso sino al provvedimento definitivo penale (3 co. 2-4, 24 co. 2, 88 co. 5 cpp., 295 cpc.).

c) Se il giudizio penale si è concluso con assoluzione per non aver commesso il fatto, o per insufficienza di prove e simili, l'azione civile non può essere proposta, proseguita o riproposta in sede civile (25 cpp.); se invece esso si è concluso con sentenza di condanna, l'azione civile esercitata in sede penale non può essere riproposta altrove (26 cpp.).

d) Se l'azione civile è stata iniziata o proseguita in sede civile, dopo un provvedimento penale di condanna, questo ha autorità di cosa giudicata per quanto riguarda

la sussistenza del fatto, la sua illiceità e la responsabilità del condannato (27 cpp.; cfr. 28 cpp.).

e) Se la dichiarazione di sussistenza di un reato dipenda dal preventivo accertamento di una questione in materia di stato personale, su detta questione pronuncia il giudice civile e nel frattempo il giudizio penale rimane sospeso (19 cpp.). Lo stesso avviene in ogni caso consimile, purchè la questione non sia di facile soluzione, la legge non ponga limitazioni alla prova della fattispecie e la decisione del giudice sia emessa entro un termine (prorogabile una volta sola) fissato dal giudice penale (20 cpp.): in ogni caso la sentenza del giudice civile, una volta emessa (nei termini) e passata in giudicato, ha effetto vincolante per il giudice penale (21 cpp.).

19. *Giurisdizione civile (in senso stretto) e giurisdizione amministrativa.* — Nel campo della giurisdizione civile in senso lato occorre procedere ulteriormente ad identificare la *giurisdizione amministrativa*. Quel che rimane è la giurisdizione civile in senso stretto, la quale forma oggetto della presente esposizione.

La distinzione fra giurisdizione civile in senso stretto e giurisdizione amministrativa non può essere chiaramente intesa senza un accenno allo *sviluppo storico*, in seguito al quale essa si è posta nell'ordinamento giuridico italiano.

a) Il punto di partenza può essere individuato nella l. 20 maggio 1865 n. 2248 all. E, la quale stabilì: α) che ogni questione relativa a *diritti subbietivi* (pubblici o privati) fosse, di regola, di competenza degli organi giurisdizionali ordinari (a. 2); β) che ogni questione relativa *meri interessi* dei privati circa comportamenti non obbligatori della Pubblica Amministrazione non potesse essere decisa che dalla stessa Pubblica Amministrazione, su oppo-

sizione o ricorso amministrativo dei privati (a. 3). Quanto alla attività non vincolata della Pubblica Amministrazione, i subbietti giuridici ebbero, dunque, questa unica ed imperfettissima garanzia giuridica: di poter sollecitare (mediante opposizione, ricorso gerarchico o ricorso straordinario al capo dello Stato) un esame dell'atto da parte della stessa amministrazione, purchè il loro privato interesse coincidesse con l'interesse pubblico al cui soddisfacimento doveva dirigersi l'attività amministrativa.

b) Successivamente (a partire dal 1889) si riconobbe la opportunità di istituire *giurisdizioni speciali* (consiglio di Stato e giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale: retro n. 16) acchè conoscessero di alcune più importanti questioni attinenti a comportamenti non obbligatori della Pubblica Amministrazione: comportamenti in ordine ai quali i privati, pur non potendo vantare una vera e propria pretesa giuridica (scaturente da una norma di condotta a loro favore), potessero tuttavia dimostrare di avere un interesse particolarmente sensibile (*interesse legittimo*), cioè coincidente con l'interesse pubblico, e quindi protetto di riflesso alla tutela del pubblico interesse.

c) La istituzione delle giurisdizioni speciali amministrative determinò appunto, in relazione alle materie rimesse alla loro competenza, il sorgere di *vere e proprie pretese giuridiche* dei subbietti, in quanto che si riconobbe a costoro una garanzia di carattere giuridico (perfettamente analoga ad ogni altra garanzia giurisdizionale) circa determinati comportamenti della Pubblica Amministrazione. Questa divenne, in ordine a determinati tipi di attività, destinataria di veri ed propri precetti statali di condotta, limitatamente alla esigenza della legittimità, ma talvolta anche per la opportunità intrinseca dei suoi atti: la norma di tutela corrispondente stabilì appunto la possibilità di avvalersi delle

giurisdizioni speciali amministrative per piegare la Pubblica Amministrazione al rispetto degli obblighi eventualmente non assolti.

d) Per attrazione, fu anche assegnato alle giurisdizioni amministrative competenza su alcuni *diritti subbiettivi* dei singoli verso lo Stato, riconosciuti già da prima come tali. Ciò avvenne in quanto si riconobbe alle predette giurisdizioni « competenza esclusiva » su determinate materie complessive (es.: rapporti di pubblico impiego).

e) Ciò dato, è ormai evidente l'ultimo passo che resta a fare in materia: assegnare alla *giurisdizione ordinaria* ogni e qualsiasi competenza per qualunque genere di questioni. Se a ciò non ancora si giunge, e forse per molto non si giungerà, è perchè le giurisdizioni speciali amministrative danno realmente garanzia di maggior competenza tecnica nella delicata materia della attività amministrativa (sopra tutto quando si tratti di giudicare del « merito », cioè della opportunità, degli atti amministrativi).

Può dirsi, pertanto, che nel nostro ordinamento giuridico la *giurisdizione amministrativa* presenta i seguenti elementi di identificazione: α) è amministrata da *organi giurisdizionali speciali*; β) si esercita per iniziativa (ricorso) di subbietti giuridici (privati o pubblici), in quanto pretendano che la Pubblica Amministrazione (*convenuta* in giudizio) abbia lasciato inosservato un obbligo di condotta di cui era destinataria.

L'attività giurisdizionale amministrativa è sorta, insomma, allo scopo di attuare norme di tutela a carico della Pubblica Amministrazione, ma può, in concreto, giungere all'attuazione dello scopo perfettamente opposto nel caso che il ricorso sia rigettato. In questo caso (ma solo in questo caso) essa viene, infatti, a tutelare l'interesse della stessa Pubblica Amministrazione alla libertà del proprio compor-

tamento, entro i limiti in cui la sua attività è vincolata dal diritto.

La *giurisdizione civile (in senso stretto)*, sia essa esercitata da organi ordinari o da organi speciali, si determina — come già si è detto — per esclusione rispetto al concetto, or ora formulato, di giurisdizione amministrativa. Essa è *attività di attuazione di norme di tutela non penali fuori del campo di applicazione della giurisdizione amministrativa*.

20. *Rapporti fra giurisdizione civile (in senso stretto) e giurisdizione amministrativa.* — Essi sono regolati nel modo seguente.

a) Se sorgono questioni concernenti lo stato e la capacità delle persone (a parte la capacità di stare in giudizio davanti alle giurisdizioni amministrative), o questioni concernenti la falsità di un documento, il giudizio amministrativo (qualora sia stato iniziato) deve essere sospeso ed il giudicato civile vincola il giudice amministrativo (30 tu. 26 giugno 1924 n. 1054).

b) Se sorgono questioni amministrative, dalla cui definizione dipende la decisione del giudice civile (es.: in tema di pubblico impiego), il giudizio civile deve essere sospeso ed il giudicato amministrativo vincola il giudizio civile (295 cpc.).

21. *La giurisdizione civile dello Stato.* — Il carattere di funzione statale della giurisdizione (retro n. 8) implica che essa — ed in particolare, per quel che ci riguarda, la giurisdizione civile — non si estende al di là dei *limiti posti alla sovranità dello Stato*. Occorre, dunque, specificare questi limiti per rendersi conto della estensione della giurisdizione civile dello Stato.

A) La coesistenza con la sovranità italiana della so-

ranità degli altri Stati implica che, di regola, la giurisdizione civile italiana si estende soltanto a coloro che sono *sottoposti alla sovranità italiana*, cioè: *a) ai cittadini italiani, b) agli apolidi* che si trovano nel territorio dello Stato al momento della domanda giudiziale.

Queste due categorie di persone non possono, per regola, assumere veste di attore davanti a giurisdizioni non italiane e sono inoltre tenute a sottostare, in qualità di convenuto, alla giurisdizione italiana.

Quanto ai *cittadini stranieri* (persone fisiche e giuridiche), essi sono ammessi ad assumere veste di *attore* davanti ai giudici civili italiani a condizione di reciprocità, cioè a condizione che gli Italiani possano nei loro paesi agire parimenti in giudizio (16 prel.).

Lo straniero è altresì tenuto a *sottostare alla giurisdizione italiana* (in quanto altri, cittadino o straniero che sia, chieda a suo carico un provvedimento dichiarativo, esecutivo o cautelare) nei seguenti casi: *a) se, verificandosi l'ipotesi che egli convenga nel suo paese un cittadino italiano, il giudice straniero possa esercitare la sua funzione contro il cittadino italiano; b) se la domanda giudiziale presentata contro di lui non è relativa a beni immobili situati all'estero, ed inoltre lo straniero è residente o domiciliato (anche elettivamente) in Italia o ha quivi un rappresentante autorizzato a stare in giudizio o ha, infine, accettato esplicitamente la giurisdizione italiana; c) se la domanda giudiziale riguarda beni situati in territorio italiano o successioni ereditarie di cittadini italiani o successioni ereditarie aperte in Italia o, infine, obbligazioni sorte o da eseguirsi in Italia; d) se la domanda giudiziale è comunque connessa con altra già pendente davanti al giudice italiano; e) se la domanda giudiziale riguarda provvedimenti cautelari (o esecutivi) da eseguirsi in Italia*

o provvedimenti cautelari relativi a rapporti giuridici che il giudice italiano può conoscere (4 cpc.).

Se convenuto in giudizio sia uno *Stato estero*, in virtù di una consuetudine internazionale, occorre normalmente che lo Stato estero vi acconsenta. I provvedimenti cautelari ed esecutivi devono essere inoltre autorizzati dal ministro della Giustizia (rdl. 30 agosto 1925 n. 1621).

L'applicabilità della giurisdizione italiana si determina, in tutti questi casi, con riguardo allo stato di fatto esistente al *momento della proposizione della domanda* (5 cpc.: « *perpetuatio iurisdictionis* »).

B) Un ulteriore limite alla giurisdizione civile italiana deriva dall'a. 34 Concord. Italia - S. Sede 11 febbraio 1929 (appr. con l. 7 febbraio 1929 n. 810). La cognizione delle *cause di nullità di matrimonio* o di dispensa di matrimonio rato o non consumato in ordine a matrimoni celebrati fra cattolici e trascritti nei registri dello stato civile è rimessa esclusivamente alle giurisdizioni ecclesiastiche (infra n. 23).

C) Entro i limiti ora segnati, la giurisdizione civile dello Stato ha *carattere assoluto*, e cioè: *a) non è esclusa dalla pendenza davanti ad un giudice straniero della medesima causa (litispendenza) o di altra causa connessa (3 cpc.); b) non è derogabile convenzionalmente.*

Eccezionalmente è ammessa la *deroga convenzionale* (« *prorogatio iurisdictionis* ») a favore di una giurisdizione straniera o di arbitri che pronuncino all'estero, purchè risulti da atto scritto e si tratti di causa relativa ad obbligazioni fra stranieri o fra uno straniero e un cittadino non residente nè domiciliato in Italia (2 cpc.).

22. *Sostitutivi della giurisdizione civile dello Stato.* — L'ordinamento giuridico dello Stato, prima ancora del fine

di attuazione delle norme giuridiche di tutela, persegue quello di *incitare e favorire* i destinatari delle norme di condotta ad osservarle spontaneamente o, quanto meno, quello di *agevolare la composizione stragiudiziale* di ogni controversia circa la inosservanza di una norma di condotta. A questo fine si aggiunge quello di *economizzare* quanto più possibile, compatibilmente con le esigenze della giustizia, l'attività degli organi giurisdizionali dello Stato.

Di qui segue l'ammissione nell'ordinamento giuridico italiano di alcuni *sostitutivi* della giurisdizione civile dello Stato, i quali riducono (totalmente, ma più spesso solo parzialmente) il lavoro dei giudici.

I principali sostitutivi della giurisdizione civile italiana sono: la transazione, la conciliazione, l'arbitrato, i provvedimenti giurisdizionali ed arbitrari stranieri (o ecclesiastici) in ordine a singole e determinate ipotesi.

23. *Continua. a) La transazione.* — La transazione è un *contratto mediante il quale le parti, facendosi reciproche concessioni* (« aliquo dato, aliquo retento »), *prevengono una lite che può sorgere fra loro o pongono fine ad una lite già incominciata* (1965 co. 1 cc.).

Se la lite non è ancora sorta, oppure è sorta ma non è ancora stata dedotta in giudizio, la transazione previene l'esercizio della giurisdizione. Se invece la lite è stata dedotta in giudizio, al fine dell'ottenimento di un provvedimento di cognizione, la transazione determina la estinzione del processo ed evita almeno la necessità di giungere sino al provvedimento giurisdizionale.

L'istituto della transazione sta, pertanto, sempre *al di fuori* del processo e del diritto processuale, per quanto la sua natura di sostitutivo giurisdizionale implichi una regolamentazione caratteristica.

La transazione, che deve essere provata per iscritto (1967 cc.), è nulla se riguarda diritti indisponibili delle parti (1966 co. 2 cc.); quando essa sia relativa a documenti falsi, non produce effetto nei giudizi civili relativi, se non sia stata omologata dal tribunale (1968 cc.). Tra le cause di invalidazione del contratto, è notevole la annullabilità del medesimo per essersi formata cosa giudicata, ad insaputa delle parti o di una di esse, sull'oggetto della controversia (1974 cc.).

24. *Continua. b) La conciliazione.* — La conciliazione è una *transazione operata mediante l'intervento di un terzo*, che si assume il compito di agevolare la composizione dei contrastanti interessi delle parti.

Se il terzo è un *privato*, la sua figura non ha rilevanza ai fini del diritto e si versa pur sempre nella ipotesi pura e semplice della transazione. Ma la legge affida anche ad *organi pubblici*, ed in particolare ad *organi giurisdizionali*, il compito di cooperare con i privati al fine di comporre extragiurisdizionalmente le loro liti: nel qual caso si è di fronte a fenomeni di amministrazione pubblica del diritto privato, e più particolarmente (quando la conciliazione sia operata da organi giurisdizionali) di fronte ad attività di *giurisdizione volontaria* (retro n. 11).

I principali *cas*i di conciliazione previsti nel nostro ordinamento sono i seguenti.

a) il *conciliatore*, a parte le attribuzioni a lui spettanti in sede giurisdizionale, ha il *dovere* di prestarsi, su istanza (anche verbale) delle parti, a metterle d'accordo prima della instaurazione del giudizio.

Non vi sono limiti di valore o di materia a quest'opera extragiurisdizionale. Tuttavia è stabilito che le parti non possono rivolgersi se non al conciliatore del comune

in cui una di esse ha residenza, domicilio o dimora o in cui si trova la cosa controversa (321 cpc.). È evidente che la conciliazione non può aver luogo in ordine a materie che non possono formare oggetto di transazione (retro n. 23).

Se l'accordo viene raggiunto, il processo verbale del medesimo vale come scrittura privata riconosciuta in giudizio; vale addirittura come titolo esecutivo se la causa rientrerebbe, per materia o valore, nella competenza del conciliatore in sede giurisdizionale (322 cpc.).

b) Nel processo di cognizione, il *giudice istruttore* è tenuto a tentare la conciliazione delle parti nella prima udienza di trattazione, sempre che la materia sia transigibile. Dell'avvenuta conciliazione fra le parti viene redatto verbale (185, 311 cpc.).

25. *Continua.* c) *L'arbitrato.* — L'arbitrato è un istituto complesso, consistente in un'attività di decisione di una controversia, decisione voluta dalle parti e compiuta da persone scelte nel modo stabilito dalle parti. Esso si risolve in un atto finale a carattere dichiarativo, il quale, per avere efficacia di provvedimento giurisdizionale, deve essere integrato da un provvedimento giurisdizionale.

Le ragioni per cui le parti si inducono a preferire il ricorso all'arbitrato, anziché il ricorso alla giurisdizione vera e propria, sono varie: convenienza di servirsi di giudicanti particolarmente preparati dal punto di vista tecnico, di ottenere una decisione sollecita e senza pubblicità, di produrre documenti probatori non in regola col bollo ecc.

La disciplina dell'arbitrato, nel nostro ordinamento giuridico, è la seguente (806-831 cpc.).

a) La fonte dell'arbitrato è in una convenzione fra le parti di un rapporto giuridico già costituito. Questa convenzione può essere di due specie: α) *compromesso*, se è

stipulata a seguito di una controversia già insorta (« *lis iam nata* »), β) *clausola compromissoria* (meglio: convenzione accessoria di compromesso, visto che può essere contenuta anche in atto separato dal contratto cui si riferisce), se è stipulata in vista di una controversia che può sorgere (« *lis nondum nata* »).

Requisiti della convenzione (principale o accessoria) di compromesso sono: α) determinazione del merito della controversia, β) forma scritta, γ) determinazione del numero degli arbitri (che deve essere dispari) e del modo di nominarli. La mancanza di questi requisiti è causa di nullità dell'atto (806-809 cpc.).

Come per la transazione e la conciliazione, non possono formare oggetto di compromesso o di clausola compromissoria diritti indisponibili delle parti (es.: questioni di stato o di separazione personale fra coniugi): in più sono escluse alcune controversie in materia corporativa (806 e 808 co. 2; cfr. 429, 459, 467 cpc.).

b) Gli arbitri debbono essere cittadini italiani, non minori né interdetti, inabilitati, falliti o sottoposti ad interdizione dai pubblici uffici (812 cpc.).

Essi possono essere nominati nella stessa convenzione di compromesso (809); altrimenti possono essere designati, giusta le modalità indicate nella convenzione, dall'autorità giudiziaria (cioè dal presidente del tribunale del luogo in cui è stato stipulato il compromesso o il contratto cui accede la clausola compromissoria), da un terzo, da una o da ambedue le parti (amplius 810 cpc.). Secondo le stesse modalità con cui sono nominati, gli arbitri possono essere successivamente sostituiti a quelli venuti a mancare (811 cpc.). La parte può, infine, ricusare gli arbitri che essa non ha nominato, per gli stessi motivi per cui può essere ricusato il giudice (815 cpc.).

Gli arbitri designati possono rifiutare per qualunque motivo la nomina. Se accettano, l'accettazione deve essere data per iscritto e determina un contratto di arbitrato fra essi e le parti: contratto plurilaterale, che è la fonte immediata del loro poteri, diritti ed obblighi (813 co. 1 cpc.).

I poteri degli arbitri sono quelli del giudice: essi decidono secondo le norme del diritto, salvo che le parti li abbiano autorizzati con qualsiasi espressione a decidere secondo equità (822 cpc.; cfr. retro n. 10).

Diritto degli arbitri è di farsi rimborsare dalle parti (obbligate solidalmente) le spese e l'onorario per l'opera prestata; la liquidazione degli importi relativi può essere fatta ad essi, ma deve essere accettata dalle parti; in mancanza di accettazione, la liquidazione è fatta dal presidente del tribunale con ordinanza non impugnabile, che è titolo esecutivo contro le parti (814 cpc.).

Doveri degli arbitri sono: di pronunciare il lodo nel termine stabilito dalle parti o dalla legge; di risarcire i danni derivanti da rinuncia ingiustificata all'incarico, fatta dopo l'accettazione; di risarcire i danni derivanti da dichiarazione di nullità della sentenza per ritardo nella pronuncia del lodo (813 co. 5 cpc.).

c) Il procedimento arbitrale è stabilito dalle parti nella convenzione compromissoria o in atto successivo. In mancanza, esso è condotto dagli arbitri stessi nel modo che ritengono più opportuno, purchè provvedano ad assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche (816 co. 1-3 cpc.).

Ulteriori limitazioni ai poteri degli arbitri sono: α) essi non possono emettere provvedimenti cautelari, nè (a maggior ragione) esecutivi (818 cpc.); β) se nel corso del procedimento sorgono questioni che non possono formare oggetto di giudizio arbitrale (retro sub a), il procedimento

deve essere sospeso in attesa della decisione di tali questioni in sede giurisdizionale (819 cpc.).

d) La pronuncia degli arbitri prende il nome di lodo. Essa deve essere fatta, in mancanza di termini fissati dalle parti, entro 90 giorni dall'accettazione della nomina (amplius 820 cpc.).

Il lodo deve essere pronunciato in Italia (824 cpc.), a maggioranza di voti, deve essere redatto per iscritto e deve contenere: 1) l'indicazione delle parti, 2) l'indicazione della convenzione compromissoria e dei quesiti relativi, 3) una sommara motivazione, 4) il dispositivo, 5) la data, 6) la sottoscrizione di tutti gli arbitri o anche della maggioranza, purchè si dia atto che il lodo è stato deliberato in conferenza personale di tutti e che alcuni di essi non hanno voluto o potuto sottoscriverlo (823 cpc.).

Entro cinque giorni dalla sua data, il lodo deve essere depositato, unitamente alla convenzione compromissoria e agli atti in cui sono stati proposti i quesiti, nella cancelleria della pretura del luogo in cui è stato pronunciato. Il pretore, accertata la tempestività del deposito e la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto, conferendogli cioè efficacia di provvedimento giurisdizionale. È da questo momento che si parla di sentenza arbitrale (825 cpc.).

e) La sentenza arbitrale è soggetta all'impugnazione per nullità ed a quella per revocazione (827 cpc.).

α) L'impugnazione per nullità deve proporsi entro 30 giorni dalla notificazione della sentenza (cfr. 825 co. 4 cpc.) al giudice di grado superiore a quello che sarebbe stato competente se la causa fosse stata decisa in sede giurisdizionale (828, 830 cpc.). Nonostante qualunque rinuncia, essa è ammessa nei seguenti casi: 1) se la convenzione compromissoria è nulla (retro sub a), 2) se gli arbitri non

siano stati nominati regolarmente, purchè la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale, 3) se il lodo sia stato pronunciato da chi non poteva essere arbitro (non cittadino italiano ecc.), 4) se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione compromissoria, o non ha pronunciato su una parte del merito, o contiene disposizioni contraddittorie; tuttavia l'impugnazione per nullità è esclusa in ordine al vizio determinato dal fatto che le conclusioni di una parte abbiano esorbitato dai limiti della convenzione compromissoria, quando questo vizio non sia stato eccepito dall'altra parte nel corso del procedimento arbitrale (817 cpc.), 5) se il lodo manca di motivazione, dispositivo, data o sottoscrizione, oppure non è stato depositato in termini, 6) se il lodo è stato pronunciato dopo la scadenza del termine, 7) se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte per i giudizi sotto pena di nullità, quando le parti ne avevano stabilita l'osservanza e la nullità non è stata sanata, 8) se gli arbitri, non essendo stati invitati a giudicare secondo equità, abbiano ommesso di giudicare secondo diritto (829 cpc.).

β) L'impugnazione per revocazione può proporsi, nonostante qualunque rinuncia, con le forme e nei termini stabiliti per la revocazione ordinaria (cfr. 396 403 cpc.), davanti al giudice del luogo del deposito del lodo di grado superiore a quello che sarebbe stato competente se la causa fosse stata decisa in sede giurisdizionale. Essa è ammessa per i seguenti motivi: 1) se il lodo è l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra, 2) se il lodo è stato pronunciato in base a prove non ancora conosciute come false, almeno dalla parte soccombente, 3) se dopo la pronuncia la parte abbia trovato documenti decisivi, che non aveva potuto produrre in tempo per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario, 4) se il lodo o il decreto

di omologazione è effetto di dolo degli arbitri o del pretore, accertato con sentenza passata in giudicato (831 cpc.).

26. *Continua. d) I provvedimenti giurisdizionali ed arbitrari stranieri.* — Le sentenze dichiarative straniere possono essere riconosciute e fatte valere in Italia, su istanza di parte, purchè concorrano determinate condizioni: 1) che il giudicato straniero sia formalmente perfetto, 2) che esso non sia contrario ad altra sentenza pronunciata in Italia, 3) che in Italia non penda giudizio identico (litispendenza), ma istituito prima di quello straniero, 4) che il giudicato straniero non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano (797 co. 1 cpc.).

Sono egualmente riconoscibili le sentenze arbitrali straniere, pronunciate tra stranieri o tra uno straniero e un cittadino oppure tra cittadini domiciliati o residenti all'estero, purchè non riguardino controversie che non possono formare oggetto di convenzione compromissoria a norma della legge italiana (retro n. 26 sub a) e, secondo la legge del luogo in cui sono state pronunciate, abbiano (come le sentenze arbitrali italiane) efficacia di una sentenza della autorità giudiziaria (800 cpc.).

Il procedimento degli organi giurisdizionali italiani per il riconoscimento dell'efficacia dei provvedimenti giurisdizionali e arbitrari stranieri ha il nome tradizionale di *giudizio di deliberazione* (da «delibare»: esaminare sommariamente).

La domanda di deliberazione deve essere proposta con citazione davanti alla corte di appello del luogo in cui il provvedimento straniero deve avere attuazione, ma può essere anche proposta in via diplomatica quando ciò è consentito dalle convenzioni internazionali oppure dalla reciprocità (796 co. 1-2). La corte, accertata la esistenza delle

condizioni per la efficacia del provvedimento e sentito il Pubblico Ministero (796 co. 3), dichiara con sentenza la efficacia del provvedimento in Italia. Ai fini dell'attuazione del provvedimento il titolo è costituito, congiuntamente, dal provvedimento stesso e da quello della corte di appello che ne dichiara l'efficacia (797 co. 2 cpc.).

Oltre che in via principale la delibazione può essere chiesta anche in via incidentale (in corso di giudizio). Lo accertamento del giudice produce effetti, in tal caso, soltanto nel giudizio in cui il provvedimento straniero è fatto valere. Ma, se all'accertamento stesso si trovi a procedere la corte di appello competente, l'efficacia del provvedimento può essere, su istanza di parte, espressamente dichiarata a tutti gli effetti (799 co. 1 cpc.).

Il convenuto può chiedere un riesame del merito della causa ad opera della corte competente per la delibazione, quando la sentenza straniera sia stata pronunciata in contumacia o la sentenza non sia formalmente perfetta o, infine, penda davanti ad un giudice italiano lo stesso giudizio, istituito prima della formazione del giudicato straniero.

In tal caso, se la delibazione è stata chiesta in via principale, la corte procede senz'altro all'esame del merito e, secondo i risultati dell'istruzione, emette pronuncia sul merito oppure dichiara l'efficacia del provvedimento straniero; se invece la delibazione è stata chiesta in via incidentale davanti ad un giudice che non sia la stessa corte competente, il giudice sospende il procedimento e fissa un termine perentorio per proporre la domanda di riesame davanti alla corte di appello competente (798, 799 co. 2 cpc.).

Va rilevato che, oltre i provvedimenti giurisdizionali e arbitrari di cui sopra, possono ottenere efficacia nel regno anche gli atti stranieri di volontaria giurisdizione, in quanto

applicabili (801 cpc.) ed atti contrattuali ricevuti da pubblico ufficiale in paese estero (304 cpc.).

Ulteriori attività sono svolte dagli organi giurisdizionali italiani per l'assunzione di mezzi di prova disposti da giudici stranieri (802-803 cpc.) e per la notificazione di atti giudiziari di autorità straniera (805 cpc.).

27. Continua. e) I provvedimenti giurisdizionali ecclesiastici. — Le sentenze dei tribunali ecclesiastici in tema di nullità del matrimonio celebrato davanti ad un ministro del culto cattolico e i provvedimenti di dispensa di matrimonio rato e non consumato, hanno efficacia in Italia, purché siano muniti del decreto del tribunale ecclesiastico supremo della Segnatura e siano comunicati in forma autentica alla corte di appello del luogo in cui è stato trascritto l'atto di celebrazione del matrimonio.

La corte di appello si limita a dare atto, con ordinanza, della esistenza del decreto del tribunale supremo della Segnatura (aa. 5 e 17 l. 27 maggio 1929 n. 847; cfr. retro n. 21 sub B). X

28. I conflitti giurisdizionali. — Dati i molteplici limiti, di varia natura, di cui occorre tener conto da parte degli organi giurisdizionali per determinare l'estensione della giurisdizione civile dello Stato, l'ordinamento giuridico predispone un sistema (incompleto) di garanzie giuridiche per i subbietti, onde evitare che gli organi della giurisdizione civile dello Stato esorbitino dalle rispettive sfere di attribuzioni ed assicurare che, entro la propria sfera di attribuzioni, ciascun organo espliciti realmente la sua attività.

Questo sistema di garanzie fa parte di un sistema assai più complesso, volto ad assicurare l'aderenza alla propria cerchia di attribuzioni da parte di ciascun organo dello Stato. Qui basterà, tuttavia, esporre i soli punti che

toccano l'esercizio della giurisdizione civile dello Stato.

A) Il fine che l'ordinamento giuridico si pone, nel predisporre l'accennato sistema di garanzie, è sempre quello di *evitare o dirimere un conflitto*, ed in particolare un conflitto in materia giurisdizionale, tra organi dello Stato o tra organi dello Stato ed organi di Stati stranieri.

Può parlarsi, pertanto, di una categoria generale dei *conflitti giurisdizionali* (attinenti all'esercizio della giurisdizione), la quale pertanto si ripartisce nelle seguenti *specie*:

a) conflitti (giurisdizionali) di *sovranità*, che intercorrono fra organi giurisdizionali (ordinari e speciali) dello Stato italiano e organi di Stati esteri;

b) conflitti (giurisdizionali) di *attribuzioni*, che intercorrono tra organi giurisdizionali (ordinari e speciali) ed organi non giurisdizionali dello Stato (in particolare, organi amministrativi);

c) conflitti (giurisdizionali) di *giurisdizione*, che intercorrono tra organi giurisdizionali ordinari e speciali o tra organi giurisdizionali speciali;

d) conflitti (giurisdizionali) di *competenza*, che intercorrono tra organi giurisdizionali dello stesso tipo e con le stesse attribuzioni, ma con diversa ripartizione interna di competenza.

B) I conflitti giurisdizionali possono presentarsi come *conflitti effettivi (o reali)* e come *conflitti non effettivi*, cioè non ancora apertamente dichiarati; ma i conflitti non effettivi possono venire in considerazione in ordine ad un duplice grado di intensità: come conflitti solamente eventuali e come conflitti virtuali.

a) *Conflitto eventuale* si ha in quanto un solo organo (ordinario o speciale) della giurisdizione civile italiana sia stato richiesto di provvedere in merito ad una determinata fattispecie e ad esso manchi il potere di giudicare in me-

rito a quel tipo di fattispecie, (difetto di giurisdizione). È evidente, in tal caso, l'opportunità di prevenire un conflitto che già si delinea come possibile e che si verificherà se l'organo giurisdizionale adito, ritenendosi munito di giurisdizione, emetterà il provvedimento sul merito e sullo stesso merito provvederà l'organo che ha realmente il potere di provvedere in ordine a quel tipo di fattispecie (*conflitto eventuale positivo*).

b) *Conflitto virtuale* si ha in quanto due organi (di cui uno almeno sia organo della giurisdizione civile dello Stato) siano stati richiesti di provvedere in merito ad una determinata fattispecie, ma ancora nessuno di essi, o uno soltanto di essi si sia riconosciuto il potere di provvedere in merito a quel tipo di fattispecie. È evidente in tal caso, l'opportunità di risolvere preventivamente il conflitto positivo che può sorgere e che si verificherà se ambedue gli organi si riconosceranno il potere di provvedere.

c) *Conflitto effettivo* si ha in quanto due organi (di cui uno almeno sia organo della giurisdizione civile dello Stato), essendo stati richiesti di provvedere in ordine alla stessa fattispecie, si riconoscano il potere di provvedere in merito (*conflitto positivo*) o si disconoscano il potere di provvedere (*conflitto negativo*). È evidente, in tal caso, la necessità di dirimere il conflitto ormai sorto, riconoscendo il potere di provvedere in merito a quello fra i due organi cui esso spetta, e disconoscendo pertanto lo stesso potere all'altro organo.

Qui si parlerà del solo regolamento dei conflitti giurisdizionali di sovranità, di attribuzioni e di giurisdizione.

29. *Regolamento dei conflitti giurisdizionali di sovranità.* — È informato ai seguenti principi.

A) *Conflitti eventuali.* Il giudice italiano (ordinario

o speciale) è tenuto a rilevare in ogni stato e grado del processo (sino a che non sia stato emesso il provvedimento definitivo) il proprio *difetto di giurisdizione* nei confronti degli organi (giurisdizionali o meno) di altri Stati.

Il difetto di giurisdizione:

a) deve essere rilevato *di ufficio* nei seguenti casi:

1) se la causa ha per oggetto beni immobili situati all'estero; 2) se la causa è relativa a nullità di matrimonio celebrato davanti ad un ministro del culto cattolico; 3) se, in ogni altra causa, il convenuto straniero è contumace;

β) deve essere rilevato *su eccezione* del convenuto se, questi è costituito e non ha accettato esplicitamente o implicitamente la giurisdizione italiana (37 co. 2 cpc.; cfr. retro n. 21).

Le parti possono inoltre *impugnare* con i mezzi ordinari le decisioni del giudice di merito per difetto di giurisdizione. Passato in giudicato il provvedimento di merito, il difetto non è più rilevabile.

B) *Conflitti virtuali*. Il nostro ordinamento giuridico non li prende in considerazione, perchè vige il principio che la giurisdizione civile italiana non è esclusa dalla pendenza davanti a giudici (o comunque ad organi statali) stranieri della medesima causa o di causa connessa (3 cpc).

C) *Conflitti effettivi*. Non sono presi in considerazione per lo stesso motivo esposto sub B.

30. *Regolamento dei conflitti giurisdizionali di attribuzione*. — E' informato ai seguenti principi.

A) *Conflitti eventuali*. Coesistono al riguardo due sistemi fra loro indipendenti.

a) Il giudice civile (ordinario o speciale) è tenuto a rilevare in ogni stato e grado del processo il proprio *difetto di giurisdizione* nei confronti della pubblica ammini-

strazione, sia su eccezione del convenuto (eccezione di difetto di giurisdizione) che di ufficio (37 co. 1 cpc., relativo al solo giudice ordinario).

Le parti possono inoltre *impugnare* con i mezzi ordinari le decisioni del giudice di merito per difetto di giurisdizione. Passato in giudicato il provvedimento di merito, il difetto non è più rilevabile.

b) Indipendentemente dal sistema sopra descritto, le parti (attore o convenuto) possono, finchè non sia intervenuto il provvedimento di merito in primo grado, chiedere alle sezioni unite della corte di cassazione la risoluzione delle questioni attinenti al difetto di giurisdizione del giudice: *regolamento (anticipato) di giurisdizione* (41 co. 1 cpc.).

Il giudice di merito è tenuto a sospendere il processo non appena copia del ricorso sia depositata nella sua cancelleria (367 co. 1 cpc.). Se la corte di cassazione pronuncia il difetto di giurisdizione, il processo si estingue; se essa invece riconosce la giurisdizione del giudice, le parti debbono riassumere il processo entro 30 giorni dalla comunicazione della sentenza, o altrimenti il processo è estinto (367 co. 2 cpc.). E' ovvio che questo sistema del regolamento (anticipato) di giurisdizione tronca ogni possibilità di sollevare ulteriormente questioni sul difetto di giurisdizione del giudice.

B) *Conflitti virtuali*. La legge si occupa dei conflitti virtuali tra giurisdizione ordinaria (e speciale) e pubblica amministrazione in ordine alla ipotesi seguenti: che la pubblica amministrazione (la quale non deve essere parte in causa) faccia esplicitamente appello ai poteri attribuiteli dalla legge (cioè si riconosca esplicitamente il potere di provvedere in merito alla fattispecie dedotta in giudizio) e che, pertanto, la giurisdizione non sia stata ancora affer-

mata con sentenza passata in giudicato (altrimenti il conflitto non sarebbe più virtuale, ma effettivo).

Concorrendo questi presupposti, la pubblica amministrazione può chiedere in ogni stato e grado del processo che sia dichiarato dalle sezioni unite della corte di cassazione il difetto di giurisdizione del giudice, ordinario o speciale (31 co. 2 cpc.: relativo al solo giudice ordinario): altra ipotesi di *regolamento di giurisdizione*. La richiesta è fatta dal prefetto con decreto motivato e la corte è investita della decisione con ricorso della parte più diligente nel termine perentorio di 30 giorni dalla notificazione del decreto. Se la corte di cassazione dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, le parti debbono riassumere il processo entro il termine perentorio di 30 giorni dalla comunicazione della sentenza (368, 367 co. 2 cpc.).

C) *Conflitti effettivi*. I conflitti *positivi* non sono ammissibili, perchè il giudicato civile, una volta formato, prevale su qualunque provvedimento amministrativo concorrente (arg. 41 co. 2 cpc.). I conflitti *negativi* possono essere denunciati in ogni tempo alle sezioni unite della corte di cassazione (362 co. 2 n. 2 cpc.).

31. *Regolamento dei conflitti giurisdizionali di giurisdizione*. — È informato ai seguenti principi.

A) *Conflitti eventuali*. Si applica lo stesso regolamento che vale per i conflitti eventuali di attribuzioni (retro n. 30 sub A).

B) *Conflitti virtuali*. Possono essere denunciati in ogni stato e grado del processo (sin che non siano intervenute ambo le sentenze definitive) alle sezioni unite della corte di cassazione (362 co. 2 n. 1 cpc.).

C) *Conflitti effettivi (positivi e negativi)*. Possono essere denunciati in ogni tempo alle sezioni unite della corte di cassazione (362 co. 2 n. 1 cpc.).

PARTE SECONDA
L'AZIONE

CAPITOLO I.

L' AZIONE IN GENERALE

32. *Diritto obbiettivo e interessi subbiettivi.* — Le norme giuridiche sono fatte e sussistono in funzione degli interessi dei subbietti giuridici, nel senso che ciascuna di esse — come si è visto (retro n. 5) — dichiara degno di prevalenza su alcuni altri (o su ogni altro) un interesse subbiettivo pubblico o privato e predispone altresì la tutela di questo interesse per la ipotesi che il destinatario del precetto di condotta non lo osservi spontaneamente. Alla nozione del diritto obbiettivo corrisponde dunque, come la seconda faccia di una stessa medaglia, quella del *diritto subbiettivo*, cioè dell' interesse subbiettivo tutelato dalla norma giuridica.

L' insegnamento comune è che il diritto obbiettivo si sostanzia nelle « *normae agendi* » e che, correlativamente, i diritti subbiettivi siano delle « *facultates agendi* ». Ma, come la norma giuridica non può essere identificata col mero precetto di condotta, così il diritto subbiettivo non può essere identificato con la mera facoltà di comportarsi in un certo modo e di attendersi da alcuni, o da tutti gli altri consociati un determinato comportamento satisfattivo del proprio interesse.

Si è visto (retro n. 5) che la norma giuridica è una norma complessa o binomiale, risultante dalla composizione di una norma di condotta (« *norma agendi* ») con

una norma di tutela. Corrispondentemente il *diritto subbiiettivo* si compone anch'esso di un binomio: *a*) una *pretesa* del titolare dell'interesse dichiarato degno di prevalenza dalla norma di condotta (interesse sostanziale) a che il destinatario della medesima effettui il comportamento positivo o negativo prescritto; *b*) un *potere* del titolare dell'interesse sostanziale (o, talvolta, di altri per lui) di ottenerne il rispetto, in quanto non sia stato osservato volontariamente.

La pretesa giuridica, espressione subbiettiva della norma di condotta, implica il potere di soggiogare l'altra parte al rispetto, ma questo potere « in potenza » non verà *in atto*, se non in quanto si sarà verificata l'ipotesi della inosservanza della norma di condotta.

In questo senso, e solo in questo senso, può dirsi che il diritto subbiiettivo è una « *facultas agendi* » (facoltà di agire per la soggezione dall'obbligato); purchè si aggiunga che, verificatesi l'ipotesi della inosservanza, la « *facultas agendi* » si concretizza nel potere di soggezione (« *actio* »).

Alla pretesa corrisponde, *dal lato passivo*, un *obbligo* del destinatario della norma di condotta; al potere corrisponde una *soggezione* del destinatario della norma di tutela. Il binomio dell'obbligo e della soggezione costituisce il *dovere giuridico*.

Dissociare i due elementi costitutivi del diritto subbiiettivo (e del dovere giuridico), considerandoli autonomi, se pur in stretta correlazione, non è possibile, per gli stessi motivi per cui non si possono dissociare gli elementi della norma giuridica. La *giuridicità* di una pretesa deriva, negli ordinamenti giuridici moderni, esclusivamente dal fatto che essa implica il trasformarsi in un potere di soggezione qualora il titolare dell'obbligo non la soddisfi.

A meno, dunque, di non volerlo sradicare dal tradi-

zionale aspetto di pretesa (che esso continua ad assumere in un primo stadio) e di volerlo qualificare esclusivamente come potere, il diritto subbiiettivo deve essere concepito anch'esso come avente natura complessa o binomiale.

33. *Necessità di una azione indiretta per l'attuazione dei fini di tutela.* — La ragione per cui negli ordinamenti giuridici moderni il diritto subbiiettivo altrimenti non può essere configurato, se non come un *binomio di pretesa e di potere*, sta in ciò: che lo Stato moderno vieta rigorosamente l'autotutela e pone a disposizione dei subbietti giuridici, per la attuazione dei fini di tutela, il mezzo della giurisdizione (retro n. 5). Mentre in antico ogni subbietto giuridico doveva fidare esclusivamente, o quasi esclusivamente sulla propria forza per ottenere il rispetto di una propria pretesa giuridica inosservata, oggi lo stesso subbietto giuridico deve necessariamente far ricorso agli organi della giurisdizione dello Stato, affinché esplichino concretamente la tutela promessa dalle leggi.

La situazione in cui vengono a trovarsi i subbietti giuridici negli ordinamenti giuridici moderni per realizzare i fini di tutela dei propri interessi è, certamente, più complicata e macchinosa che non in antico, ma è, altrettanto certamente, assai più sicura. Più complicata e macchinosa, perchè i subbietti giuridici devono far ricorso ad una *via indiretta*: invocare l'intervento della giurisdizione affinché realizzi, se merita, il proprio potere di soggezione dell'inosservante. Assai più sicura, perchè la forza che lo Stato mette a disposizione della attuazione dei fini di tutela delle pretese giuridiche dà *garanzia fortissima di realizzazione dei fini stessi*, essendo ben superiore a quella di cui dispongono i titolari delle pretese giuridiche.

Da questo sistema trae, infine, vantaggio la stessa so-

cietà, considerata nel suo complesso e nelle sue esigenze di pace: anzi tutto perchè i destinatari delle norme di tutela non penseranno normalmente a reagire alla forza messa in atto dallo Stato per l'ottenimento del rispetto delle norme di condotta inosservate; secondariamente perchè lo esercizio supremo ed imparziale della giurisdizione evita o riduce al minimo ogni possibilità di incertezze, di attriti, di reazioni e controreazioni.

Deve risultar chiaro ormai, da quanto sopra detto, che negli ordinamenti giuridici moderni *il potere di soggezione dell'inosservante fa parte integrante del diritto subbiiettivo*. E poichè questo potere non può realizzarsi più direttamente, ma soltanto per mezzo degli organi giurisdizionali, deve anche risultar chiaro come, indipendentemente da esso, sia riconosciuto oggidì a tutti i subbietti giuridici un *diritto subbiiettivo verso lo Stato*, acchè questo esamini concretamente la possibilità di realizzare, e se del caso realizzati, il potere di soggezione di cui i subbietti giuridici si vantano titolari (*diritto al processo*).

34. *Teorie sull'azione*. — Per chiarire adeguatamente i concetti finora accennati, non può farsi a meno di tracciare un quadro delle principali correnti dottrinarie in merito al concetto di azione.

A) *Teoria civilistica* (SAVIGNY, WINDSCHEID, GIANTURCO, COVIELLO, SATTA ecc.). Secondo questa teoria, che esprime una concezione tradizionale, l'azione è lo stesso diritto soggettivo in una delle sue esplicitazioni: *il diritto subbiiettivo «sul piede di guerra», «rivestito del sago»*.

Molte obiezioni sono state fatte, sopra tutto in questi ultimi tempi, alla teoria civilistica, ma non ve n'è una che colga realmente nel segno. Dire, ad esempio, che essa non inquadra la eccezione del convenuto poichè questi si

limita ad affermare che l'azione vantata dall'attore non esiste o non è realizzabile, significa dimenticare stranamente che l'eccezione esprime anch'essa un diritto subbiiettivo, il diritto di libertà, che sta appunto nel non dover essere disturbati se non in base ad una norma giuridica.

Che la teoria civilistica possedga, «in nuce», la verità non è discutibile. Solo è da osservare che essa, essendo stata formulata con particolare riguardo alle fonti giuridiche romane (dalle quali non è possibile dedurre con tutta la desiderabile limpidezza i due elementi costitutivi del diritto subbiiettivo: la pretesa e il potere), pecca per rudimentalità concettuale, per un certo *semplicismo* che è causa non ultima del disfavore con cui viene oggi considerata.

Il merito della teoria civilistica sta, dunque, nell'affermare che l'azione non è un diritto autonomo, indipendente dal diritto subbiiettivo di cui si vuol ottenere il rispetto, ma lo stesso diritto subbiiettivo: in quanto tale, essa non è l'elemento motore, ma l'oggetto della conoscenza e della decisione degli organi giurisdizionali.

B) *Teorie processualistiche*. Queste teorie partono tutte dal concetto della *autonomia* della azione rispetto al diritto subbiiettivo da realizzare e configurano l'azione stessa come un *diritto subbiiettivo pubblico, meramente processuale, verso lo Stato*.

Tuttavia, nella configurazione dell'autonomo diritto di azione si svelano radicali differenze concettuali.

a) *Teoria dell'azione in senso concreto* (WACHSCHMIDT, STEIN ecc.). Secondo questa teoria l'azione sarebbe un *diritto verso lo Stato alla tutela giuridica* del proprio diritto sostanziale (**Rechtsschutzanspruch**). Essa spetterebbe, dunque, soltanto a chi ha ragione, a chi è realmente titolare del diritto subbiiettivo sostanziale.

Ma la teoria trova la sua condanna nella semplice considerazione che lo Stato, pur esercitando una funzione di tutela dei diritti subbiettivi (funzione giurisdizionale) e pur essendo necessitato all'esercizio di questa funzione (retro n. 8 sub A), non ha tuttavia alcun obbligo giuridico verso i subbietti alla tutela dei loro interessi (retro n. 4). I subbietti giuridici non vantano e non possono vantare alcun diritto verso lo Stato alla tutela dei propri interessi, ma vivono esclusivamente della fiducia che lo Stato esplicherà la sua azione realmente a tutela dei diritti subbiettivi.

b) *Teoria dell'azione in senso astratto* (ROCCO A., CARNELUTTI, ZANZUCCHI, PUGLIATTI ecc.). Secondo questa teoria, l'azione sarebbe puramente e semplicemente il *diritto verso lo Stato alla esplicazione della attività giurisdizionale*, indipendentemente dall'aver ragione o torto.

La concezione dell'azione in senso astratto non è errata, perchè indubbiamente esiste un diritto pubblico subbiettivo verso gli organi dello Stato affinché essi prestino la propria attività (vincolata) su richiesta dei subbietti giuridici: esiste quindi anche, in particolare, un diritto pubblico subbiettivo alla prestazione dell'attività giurisdizionale. Ma questa teoria sfugge il vero problema, che è quello di stabilire anzi tutto se vi sia o come si configuri un diritto alla tutela dei propri interessi insoddisfatti, e quindi al costringimento di un subbietto passivo al rispetto di quegli interessi.

Per la ragione del tutto opposta a quella che si è enunciata a critica della teoria civilistica (retro sub A,) la teoria dell'azione in senso astratto deve parimenti essere qualificata alquanto semplicistica.

c) *Teoria del diritto potestativo* (CHIOVENDA, BETTI, CALAMANDREI ecc.). Questa teoria, in parte rinunciando

agli eccessi insostenibili delle concezioni processualistiche pure, vede nell'azione un *diritto autonomo* rispetto al diritto subbiettivo sostanziale, ma lo qualifica subito come *accessorio* rispetto a quello (quindi pubblico o privato, secondo la natura pubblica o privata di esso). L'azione sarebbe un diritto verso il subbietto passivo del diritto subbiettivo sostanziale, non un diritto verso lo Stato; un diritto di natura particolarissima, perchè consiste in un *potere di soggiogare la controparte*, indipendentemente da ogni sua volontaria adesione (« diritto potestativo »); un diritto che, pur non essendo diretto verso lo Stato, implica necessariamente, non appena esercitato, la tutela giurisdizionale del diritto subbiettivo sostanziale perchè *pone in essere « le condizioni per l'attuazione della volontà della legge »*.

I meriti altissimi della dottrina ora esposta stanno nell'aver lucidamente individuato il contenuto dell'azione (che è un potere di soggezione, e non una mera pretesa giuridica) e nell'aver intravisto il legame assai stretto che corre fra potere (azione) e pretesa (così detto diritto subbiettivo sostanziale). Tuttavia, così come è formulata, nemmeno questa teoria merita accoglimento: 1) perchè erratamente concepisce come autonomo rispetto al diritto subbiettivo quello che è, invece, un elemento dello stesso diritto subbiettivo; 2) perchè prescinde dalla realtà innegabile che non basta poter in essere le condizioni per l'esercizio della giurisdizione, ma occorre chiedere concretamente agli organi giurisdizionali la prestazione della loro attività a tutela del proprio diritto sostanziale; 3) perchè implica l'equivoco che la giurisdizione si metta in moto solo se ed in quanto venga esercitato il potere di soggezione, mentre invece essa si pone in moto anche su richiesta di chi apparirà non aver alcun fondamento di ragione.

D). *Teoria dell'azione plurima* (REDENTI). Questa teoria sostiene che si debbano distinguere *tre significati* di azione: 1) *l'azione-diritto*, che è lo stesso diritto soggettivo sostanziale; 2) *l'azione-pretesa*, che è l'affermazione (fondata o non) che chiunque può fare allo Stato assumendo di essere titolare di un diritto subbiettivo violato e chiedendone la reintegrazione; 3) *l'azione-attività*, che è l'attività concretamente esercitata dai subbietti giuridici presso gli organi giurisdizionali per spingerli alla applicazione di una sanzione.

Anche questa dottrina non è accoglibile, perchè moltiplica eccessivamente il concetto di azione e confonde, più che risolvere, il problema. In particolare, non può essere accolto il concetto di azione-attività, che non definisce un fenomeno giuridico, ma una mera situazione di fatto, cioè l'esercizio dell'azione.

Il pregio della dottrina qui esposta sta, tuttavia, nell'aver finalmente posto in luce che l'azione in senso sostanziale (azione-diritto subbiettivo) non esclude l'azione in senso processuale (azione-pretesa), e che di ambedue questi concetti occorre tener conto per farsi ragione del fenomeno processuale.

35. *Azione (in senso) sostanziale e azione (in senso) processuale.* — A nostro parere, la necessità di una azione indiretta per l'attuazione dei fini di tutela, necessità che è caratteristica degli ordinamenti giuridici moderni (retro n. 33), impone di risolvere il problema dell'azione mediante la formulazione di un *duplice concetto di azione*: l'azione (in senso) sostanziale e l'azione (in senso) processuale.

L'azione sostanziale altro non è che il secondo elemento del diritto subbiettivo: il potere di soggezione del

subbiettivo passivo. L'azione processuale è, invece, l'atto di esercizio del diritto pubblico subbiettivo che ciascun subbiettivo giuridico ha verso gli organi della giurisdizione dello Stato, affinché questi esplicino la loro attività per accertare l'esistenza di una azione sostanziale affermata o per realizzarla, secondo le concrete richieste dell'attore processuale.

La soggezione di un subbiettivo passivo non può realizzarsi se non attraverso l'esercizio del diritto al processo che ogni subbiettivo giuridico ha nei riguardi degli organi giurisdizionali. Di qui l'*intimo collegamento* tra l'azione sostanziale e l'azione processuale.

Occorre ora chiarire partitamente il duplice concetto di azione dianzi accennato, per metterne in evidenza le differenze intrinseche e, nel contempo, la necessaria correlazione ai fini dell'attuazione delle norme di tutela.

36. *Concetto di azione sostanziale.* — Ad illuminare il concetto di azione sostanziale basta, oramai, darne la nuda definizione.

L'azione sostanziale è il potere di soggiogare il destinatario della norma di tutela al rispetto della norma di condotta corrispondente, e quindi al rispetto dell'interesse subbiettivo dichiarato degno di prevalenza da quest'ultima (interesse all'obbligo); potere che ha la capacità di esplicarsi, mediante una domanda agli organi giurisdizionali dello Stato perchè prestino la loro specifica attività (azione processuale), se ed in quanto la norma di condotta sia rimasta inosservata e sussista un concreto interesse ad ottenerne giurisdizionalmente il rispetto (interesse alla soggezione); potere che si realizza mediante un provvedimento giurisdizionale dichiarativo, esecutivo o cautelare.

Per un chiarimento di questa definizione, nelle sue formulazioni specifiche, va richiamato quanto si è detto a

chiarimento dello stesso concetto di giurisdizione (retro n. 7-8).

Qui è opportuno ribadire soltanto che il potere giuridico in cui si sostanzia l'azione (sostanziale) esiste « in potenza », come mera « *facultas agendi* » (nel senso accolto retro n. 32), sin tanto che non si sia concretamente realizzata la situazione di inosservanza della norma statale di condotta. Da questo momento l'azione-potere viene in essere, cioè sorge: tuttavia alla sua realizzazione occorre ancora che essa sia concretamente fatta valere nei modi di legge dal suo titolare e che essa trovi corrispondenza nella concreta emanazione di un provvedimento giurisdizionale conforme.

37. *Presupposti dell'azione sostanziale.* — L'azione sostanziale, essendo il secondo termine del binomio diritto subjettivo, trova il suo necessario presupposto nella *esistenza della pretesa giuridica*, primo termine del binomio stesso.

Uno strettissimo legame corre, pertanto, fra elementi costitutivi della pretesa ed elementi costitutivi dell'azione, perchè questi non sono concepibili senza quelli (non esistono infatti — come invece da taluni si afferma — « mere azioni »), e viceversa una pretesa non è « giuridica » se ad essa non corrisponde un'azione sostanziale (non sono quindi da qualificare « giuridiche » le obbligazioni naturali: 1933 cc.).

Presupposti dell'azione sostanziale sono, dunque, *gli elementi costitutivi della pretesa giuridica corrispondente*, che occorre indicare succintamente. Essi sono i seguenti.

a) *Coincidenza di una fattispecie concreta con la fattispecie ipotetica della norma di condotta.* La pretesa giuridica non viene in essere, se non si realizza concreta-

mente l'ipotesi sulla quale è basata la statuizione normativa. Ad esempio: la pretesa di Tizio a godere e disporre della cosa di cui è proprietario in modo pieno ed esclusivo (cioè la pretesa di Tizio ad escludere ogni altro subjetto giuridico dall'ingerirsi nella sua proprietà) sussiste in quanto Tizio abbia un concreto titolo di proprietà della cosa (832 cc.); la pretesa di Tizio a che Caio custodisca la cosa sino alla consegna sussiste in quanto Caio abbia concretamente assunto l'obbligazione di consegnare la cosa a Tizio (1177 cc.).

b) *Concreta spettanza della pretesa ad un subjetto giuridico e dell'obbligo ad un altro, o ad altri subjetti giuridici (legittimazione all'obbligo: attiva e passiva).*

c) *effettivo interesse del legittimato attivo ad ottenere il soddisfacimento dell'obbligo dal legittimato passivo (interesse all'obbligo).*

In realtà, i tre elementi sopra descritti *si riassumono nel primo*, che è capace di comprenderli tutti. La loro distinzione è, tuttavia, praticamente utile al fine di una più sicura individuazione delle pretese giuridiche.

38. *Elementi costitutivi dell'azione sostanziale.* — L'azione sostanziale è costruita in maniera diversa a seconda del tipo di inosservanza della norma di condotta, e quindi a secondo del tipo di provvedimento giurisdizionale attraverso il quale si realizza.

In realtà, dunque, ad ogni pretesa subjettiva corrisponde una *varietà di poteri di soggezione* al rispetto dell'interesse sostanziale (interesse all'obbligo): mediante mero accertamento, mediante condanna, mediante esecuzione forzata, ecc. Tuttavia possono essere indicati fin d'ora, in via generale, gli elementi costitutivi fondamentali di ogni azione: i quali corrispondono (e sono intimamente

collegati) agli elementi costitutivi della pretesa giuridica, che ne formano i rispettivi presupposti.

Gli elementi costitutivi dell'azione sostanziale si sogliono anche qualificare « condizioni dell'azione », nel senso di condizioni necessarie e sufficienti alla realizzazione dell'azione. Ma è meglio porre da parte questa terminologia impropria, tanto più che — come si vedrà (infra n. 45) — è particolarmente utile servirsi della terminologia stessa per significare le condizioni per l'accoglimento delle azioni processuali.

Elementi costitutivi dell'azione sostanziale sono i seguenti.

a) *Coincidenza di una fattispecie concreta con la fattispecie ipotetica della norma di tutela.* Siccome la fattispecie di ogni norma di tutela consiste nella ipotesi della inosservanza di una norma correlativa di condotta, questo requisito si risolve nella esigenza di una *situazione concreta di inosservanza di una norma di condotta.*

Appar chiaro, pertanto, come siano intimamente legati fra loro gli elementi della pretesa giuridica con quelli del potere giuridico corrispondente. Il giudice, infatti, dovrà esaminare anzi tutto se esisteva una fattispecie concreta coincidente con l'ipotesi della norma di condotta, e passerà subordinatamente ad esaminare se esista la concreta inosservanza della norma di condotta.

In pratica si parla, a questo proposito, di « *esistenza del diritto* »: questa frase, pur essendo troppo poco significativa di quanto si è detto sinora, esprime, in sostanza, un concetto eminentemente giusto.

b) *Concreta spettanza del potere ad un subbietto giuridico e della soggezione ad un altro o ad altri subbietti giuridici (legittimazione alla soggezione: attiva e passiva).* La concreta inosservanza di una norma di condotta implica, in

particolare, la legittimazione di alcuno all'esercizio del potere e la legittimazione di altri all'assoggettamento.

Normalmente i legittimati (attivo e passivo) alla soggezione sono *gli stessi* legittimati (attivo e passivo) all'obbligo: ma *questa coincidenza può anche mancare*, per effetto del verificarsi di una di queste situazioni:

aa) legittimati attivi o passivi all'obbligo sono più subbietti giuridici, ma concretamente il potere giuridico viene esercitato da un solo o contro uno solo di essi (es.: obbligazioni solidali attive o passive, quando si agisca per il « *solidum* » da uno solo dei creditori o contro uno solo dei debitori, 1292 cc.);

bb) legittimato attivo o passivo all'obbligo è un certo subbietto giuridico, ma il potere di soggezione viene concretamente esercitato da un altro o contro altri subbietti giuridici, sia in nome proprio (sostituzione processuale), che in nome del legittimato all'obbligo (rappresentanza, necessaria o volontaria).

Anche per quanto attiene al particolare requisito della legittimazione, il giudice non può limitarsi ad esaminare se sussista la legittimazione alla soggezione, ma deve accertare anche se e chi siano i legittimati all'obbligo, onde poter stabilire se la legittimazione alla soggezione sia regolare o non.

c) *Effettivo interesse del legittimato attivo a soggiogare al suo potere il legittimato passivo (interesse alla soggezione).* Anche questo requisito è implicito in quello esposto sub a), perchè l'interesse alla soggezione non può esservi se manchi la inosservanza della norma di condotta (es.: prima della scadenza del credito).

Affinchè l'interesse alla soggezione sussista, occorre inoltre che la tutela giurisdizionale si presenti come *l'unico mezzo cui possa farsi ricorso* per ottenere il rispetto

dell'insoddisfatto interesse all'obbligo. Ciò non avviene, ad es., se, pur essendosi concretamente verificata la inosservanza della norma di condotta, sia intercorsa fra le parti una transazione, o non sia stato ancora fatto l'esperimento obbligatorio di conciliazione, o sia avvenuta la conciliazione o l'arbitrato.

Anche in questo caso il giudice deve ovviamente accertare l'interesse all'obbligo onde poter decidere circa la esistenza dell'interesse alla soggezione.

39. *Concetto di azione processuale.* — Per poter porre in essere le condizioni per la eventuale attuazione dei fini di tutela, i subbietti giuridici devono richiedere l'intervento degli organi giurisdizionali, indicando loro quali sono gli elementi dell'azione sostanziale che intendono far valere e quindi quale provvedimento giurisdizionale desiderano (*principio della domanda*: 99 cpc.). I subbietti giuridici hanno dunque un *diritto al processo*: diritto verso lo Stato, di carattere pubblicistico, distinto dal diritto sostanziale verso la controparte.

Il diritto al processo altro non è che uno dei *diritti subbiettivi pubblici*, il cui riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico implica un vincolo dell'attività dello Stato. Esso è, più precisamente, un *diritto civico di prestazione*, un diritto verso gli organi giurisdizionali affinché prendano in esame (ma non affinché realizzino!) gli elementi costitutivi dell'azione sostanziale affermata, per eventualmente realizzarli.

Questo diritto, ovviamente, non spetta a chi ha ragione (cioè a chi sia realmente legittimato attivo ad una soggezione), ma *a tutti i subbietti giuridici*, «uti cives». Nè il diritto al processo giunge sino al punto da vincolare lo Stato alla emanazione di un provvedimento *favorevole*. Es-

so si limita a vincolare gli organi della giurisdizione statale alla *emanazione di un provvedimento* (favorevole o sfavorevole che sia) in ordine al «*thema decidendum*» che lo stesso agente propone loro («merito dell'azione processuale»: infra n. 41).

Il diritto al processo, come ogni altro diritto subbiettivo, si compone di due *elementi*: a) la *pretesa* del subbietto giuridico alla prestazione dell'attività giurisdizionale, cui corrisponde l'obbligo del giudice di prestare detta attività; b) il *potere* di piegare il giudice, che non abbia prestata la sua attività o abbia ritardato nel prestarla o abbia agito con dolo, frode o concussione, al rispetto della norma di condotta violata (55, 60 cpc.). In una parola, se il giudice non osserva la norma di condotta che lo obbliga alla prestazione esatta ed onesta dell'attività giurisdizionale, il subbietto giuridico che lo ha richiesto di tale attività ha una azione sostanziale contro di lui e può richiedere ad un altro giudice la realizzazione dell'azione stessa.

Il punto più delicato della costruzione dogmatica del diritto al processo attiene alla individuazione del *legittimato passivo all'obbligo processuale*. Si è detto che trattasi di un diritto verso lo Stato, ma bisogna aggiungere che lo Stato, entità concettuale ed astratta, non può concretamente volere ed agire se non attraverso i suoi organi, cioè attraverso le persone fisiche investite degli uffici che gli son propri. Quali che siano i rapporti interni degli organi verso lo Stato, è certo che esternamente ogni persona fisica rivestita di un ufficio statale — in particolare, nel nostro caso, di un ufficio giurisdizionale — vuole ed agisce non in nome proprio, e nemmeno in rappresentanza dello Stato, ma come Stato; per conseguenza, il provvedimento giurisdizionale emanato dalle persone fisiche dei giudici è da considerare come provvedimento diretto ed immediato dello Stato.

La conseguenza logica di questa costruzione del rapporto organico sarebbe che lo Stato si assumesse anche la responsabilità dell'agire illecito dei suoi organi, ma qui è evidente che si oppone da un lato la *impossibilità* di far rispondere penalmente lo Stato — entità, abbiamo detto concettuale ed estrata — degli illeciti dei suoi organi, dall'altro la *inopportunità* di sobbarcare lo Stato a responsabilità civili, le quali implicano oltre tutto la possibilità di un giudizio che lo Stato dovrebbe esercitare contro se stesso.

In ragione di queste ed altre considerazioni consimili l'ordinamento giuridico ha risolto il problema pratico della responsabilità dello Stato per l'agire illecito dei suoi organi giurisdizionali, mettendo direttamente questi a contatto coi subietti giuridici tutte le volte in cui si verifica una mancanza all'obbligo di prestazione giurisdizionale. Riversando *sulle persone fisiche degli organi giurisdizionali* la responsabilità per rifiuti, ritardi, omissioni ecc. nelle prestazioni processuali dovute, lo Stato è venuto a salvaguardare la sua autorità ed è venuto, nel contempo, a salvaguardare i diritti riconosciuti ai subietti giuridici.

L'azione processuale può, in conclusione, essere definita come *l'atto di esplicazione della pretesa di un subietto giuridico ad ottenere dall'organo giurisdizionale competente la prestazione dell'attività giurisdizionale, affinché sia realizzata una azione sostanziale che si asserisce esistente.*

40. Elementi costitutivi della pretesa processuale. —

Sono gli stessi di ogni pretesa giuridica (retro n. 37.)

a) *Coincidenza di una fattispecie concreta con la fattispecie ipotetica della norma di condotta processuale.* Per-

chè si verifichi questo requisito, occorre che all'organo giurisdizionale sia rivolta una concreta richiesta (99 cpc.).

b) *Legittimazione attiva e passiva all'obbligo processuale* (« *legittimatio ad processum* »). La legittimazione presuppone la capacità dei subietti, ed in particolare la *capacità processuale*, che è una sottospecie della capacità di agire.

In particolare, la *capacità del subietto passivo* (organo giurisdizionale) si determina attraverso la presenza di un triplice ordine di requisiti: 1) appartenenza all'organizzazione giudiziaria (ordinaria o speciale) italiana, 2) competenza a decidere sul merito concretamente sottoposto alla decisione, 3) assenza di alcuni stati di incapacità subiettiva determinati da particolari interessi che le persone fisiche dei giudici possono avere nei riguardi delle questioni del processo o delle persone o cose in esso implicate.

c) *Effettivo interesse del legittimato attivo ad ottenere la prestazione processuale prevista dalla norma di condotta: interesse all'obbligo processuale* (cioè: ad agire, a contraddire, a far nominare il giudice istruttore o il giudice dell'esecuzione, a chiedere la revisione del provvedimento di prima istanza ecc.).

L'esistenza dell'interesse all'obbligo processuale si basa, in ogni caso, sulla affermazione che il legittimato attivo è titolare di un potere di soggezione a carico di un altro subietto giuridico. Questo requisito forma, dunque, il punto di unione più evidente fra azione processuale e azione sostanziale (infra n. 41).

Non bisogna confondere il legittimato attivo all'obbligo processuale con l'attore del processo, perchè azioni processuali possono essere esercitate anche dal convenuto (infra n. 47). La posizione di attore o di convenuto dipen-

de esclusivamente dalla priorità nell'esercizio di azioni iniziali del processo. E' *attore*, infatti, colui che assume l'iniziativa del processo nei riguardi di un altro subbietto, che dicesi *convenuto*.

41. *Correlazione fra azione processuale e azione sostanziale.* — L'azione processuale non può prescindere dalla indicazione dello *scopo* per cui viene esercitata.

Essa deve, pertanto, segnalare i requisiti dell'azione sostanziale che afferma realizzabile, aggiungendo l'indicazione degli elementi atti a sorreggere l'assunto. Se manchi il riferimento all'azione sostanziale, il giudice si limiterà ad emettere un provvedimento di « assoluzione (del convenuto) dall'osservanza del giudizio » (« *absolutio ab instantia* »), con effetto di precludere il diritto allo svolgimento completo dell'attività processuale iniziata.

Merito dell'azione processuale è appunto il *complesso degli elementi di fatto e di diritto che essa adduce a sostegno della tesi che chi la esercita (agente) è legittimato attivamente alla soggezione di un altro subbietto giuridico in ordine ad una certa fattispecie concreta di inosservanza di una norma di condotta*. Esso si compone di una duplice serie di affermazioni dell'agente: 1) affermazioni volte ad indicare gli elementi costitutivi dell'azione sostanziale vantata (*merito indicativo*); 2) affermazioni volte a segnalare i mezzi di prova o i titoli a sostegno della tesi asserita (*merito dimostrativo*).

Scopo dell'agente è quello di far sì che il giudice, attraverso l'esame del merito dimostrativo e l'esercizio dei suoi poteri autonomi di giudizio, giunga a far sua l'affermazione della esistenza dell'azione sostanziale vantata ed emani un provvedimento conforme alla domanda giudiziale. L'azione processuale è, insomma, come una proposta di

contratto cui il giudice ha il dovere di rispondere (positivamente o negativamente): se il giudice accetta la proposta dell'agente, (provvedimento di accoglimento), il contratto è formato e per ciò stesso è costituito il rapporto giuridico di soggezione fra l'agente ed il legittimato passivo.

Senonchè non basta, di solito, la *domanda iniziale* a determinare l'obbligo del giudice a rispondere positivamente o negativamente alla proposta di provvedimento dell'agente. In generale occorre che si verifichi tutta una serie di eventi e di circostanze variamente concatenati, ed in particolare è normalmente necessario che l'agente espliciti nei momenti opportuni una attività di *impulso processuale*, esercitando ulteriori azioni processuali (*azioni processuali successive*).

Tutto ciò fa comprendere come, in realtà, per ogni azione sostanziale vantata, molteplici siano le azioni processuali che ne chiedono la realizzazione, ciascuna distinguendosi dall'altra a causa della sua rispondenza ad una certa fattispecie processuale la cui realizzazione è necessaria per la prosecuzione del processo verso il suo fine ultimo, che è quello della decisione sull'unico merito delle azioni processuali esercitate.

42. *Condizioni per l'accoglimento delle azioni processuali.* — Tali sono le condizioni per la realizzazione dell'azione sostanziale corrispondente, cioè gli elementi costitutivi di questa, in quanto risultino all'organo giurisdizionale effettivamente esistenti.

Non occorre che l'azione sostanziale risulti esistente al momento della instaurazione del processo: è sufficiente che essa esista al *momento della decisione*, salvo che il giudice terrà conto del momento in cui il potere di soggezione è venuto in essere per fissare la decorrenza degli effetti del provvedimento.

Il provvedimento che dichiara fondate nel merito le azioni processuali si denomina *provvedimento di accoglimento in merito*. Se invece l'organo giurisdizionale si convinca della infondatezza in merito delle azioni processuali esercitate, emanerà provvedimento di *rigetto in merito*, cioè dichiarerà la « improponibilità » delle azioni processuali. Molto spesso il provvedimento del giudice è più complesso, perchè accoglie in merito le azioni di una delle parti del processo e rigetta, per conseguenza, in merito le azioni contraddittorie dell'altra parte.

La *improponibilità* delle azioni processuali non deve essere confusa con la « *improcedibilità* » delle stesse. Un provvedimento di rigetto per improcedibilità si basa sul fatto che mancano in tutto o in parte gli elementi costitutivi dell'azione processuale di cui si tratta (es.: il giudice adito non è competente, dunque non è il legittimato passivo all'obbligo processuale; l'azione processuale non contiene il riferimento, esplicito o implicito, al merito, dunque non risulta completamente specificato l'interesse all'obbligo processuale, ecc.). Esso ha per effetto la *preclusione* del diritto al provvedimento di merito, cioè implica la necessità di *rinnovare* l'azione singola o, spesso, tutta una serie di azioni processuali precedenti (ad incominciare da quella iniziale del processo).

Può accadere ed accade di frequente che un provvedimento di rigetto per improcedibilità di una certa serie di azioni processuali sia nel contempo un provvedimento di accoglimento in merito di azioni processuali contrarie (es.: eccezioni), quando queste azioni impugnino non il merito delle azioni contrapposte, ma proprio la loro procedibilità. Il che dimostra come il concetto di merito sia un concetto eminentemente elastico e relativo.

Il giudice può passare all'esame diretto del merito sol-

tanto dopo aver constatato la regolare costituzione delle azioni processuali esercitate. Il provvedimento di accoglimento o di improponibilità di una certa serie coordinata di azioni processuali non può, dunque, essere preso se prima le azioni processuali non siano risultate procedibili. Viceversa, il provvedimento di improcedibilità preclude la possibilità di passare alla trattazione del merito ed estingue il processo.

43. Rapporti fra meriti processuali. Indici di identificazione dei meriti. — Il giudizio sul merito delle azioni processuali non è sempre un giudizio di semplice attuazione, perchè spesso si complica a causa della confluenza in uno stesso processo di vari meriti, variamente collegati fra loro (dove il concetto di « causa », come complesso unitario dei meriti processuali).

È intuitivo, difatti, che non possono instaurarsi tanti processi diversi per quanti sono i meriti delle azioni processuali, ma che spesso due o più meriti processuali debbono o possono essere collegati in uno stesso processo a causa delle relazioni di identità, di subordinazione, di connessione o di contraddittorietà che fra essi intercedono (infra n. 44-47).

Per porsi in grado di confrontare tra loro i meriti indicativi delle azioni processuali, al fine di stabilire quali rapporti corrono fra essi, occorre fissare preliminarmente gli indici per la loro identificazione. Detti *indici di identificazione* dei meriti processuali altro non sono, come è ovvio, che gli elementi costitutivi dell'azione sostanziale vantata da coloro che esercitano le azioni processuali. Basta stabilire un confronto fra tali elementi, per poter giungere a conclusioni circa i rapporti che intercorrono fra due o più meriti processuali.

A questo proposito è opportuno tener presente che il

problema della identificazione dei meriti è un problema che si pone all'inizio della attività processuale ed al fine della retta impostazione del processo. La sua soluzione non ha, pertanto, nulla a che fare con l'accoglimento dei meriti stessi, cioè con l'attività di decisione degli organi giurisdizionali. In altri termini, il giudice non deve accertare (né potrebbe farlo all'inizio del processo) se i meriti siano fondati, ma deve limitarsi a stabilire, in limine litis, quali siano i meriti affermati dalle parti, e quali siano i rapporti intercorrenti fra i meriti stessi.

La identificazione dei meriti fa parte, insomma della attività giurisdizionale di accertamento della procedibilità delle azioni (es.: la competenza del giudice in ordine al merito si basa sul valore assegnato dall'attore, non su quello che risulterà a suo tempo essere il vero valore della causa).

Una vecchia tradizione qualifica gli indici di identificazione delle azioni (o meglio dei meriti) nel modo seguente: « personae », « petitum », « causa petendi ». Questa classificazione, largamente adottata nel linguaggio legislativo (« soggetti », « oggetto », « titolo »), corrisponde sostanzialmente a quella dianzi indicata degli elementi costitutivi dell'azione sostanziale. È opportuno, tuttavia, delibaria, per mettere in evidenza il reale significato da attribuire ai suoi termini.

a) « Personae » (soggetti) sono coloro che l'azione processuale designa come soggetti dell'azione sostanziale, cioè il legittimato attivo ed il legittimato passivo alla soggezione.

I soggetti vanno identificati non solo nella loro individualità fisica, ma anche nella veste giuridica che assumono ai fini della soggezione. La stessa persona fisica può agire in due diverse qualità giuridiche (es.: in nome pro-

prio e come rappresentante); viceversa, sotto una identica veste giuridica possono agire diverse persone fisiche (es.: i parenti entro il quarto grado per ottenere la pronuncia di interdizione o di inabilitazione, 417 cpc.).

b) « Petitum » (oggetto) è l'interesse alla soggezione, che si chiede di soddisfare (« quid petitur ? »).

Per maggiore precisione, il « petitum » può essere distinto in: aa) oggetto immediato dell'azione processuale, che è il quid giurisdizionale richiesto, cioè il provvedimento che si desidera (es.: condanna al pagamento, costituzione di un determinato effetto giuridico, ecc.); bb) oggetto mediato dell'azione processuale, che è il quid sostanziale richiesto, cioè il bene cui si riferisce la soggezione richiesta (es.: somma di denaro, cosa mobile, ecc.). Ma è evidente che la identificazione del « petitum » non può essere soddisfacente, se non si tenga anche conto dell'interesse all'obbligo, che forma il presupposto dell'interesse alla soggezione.

c) « Causa petendi » (titolo) è la ragione che si adduce a giustificazione della richiesta del provvedimento giurisdizionale (« ^{causa} quid petitur ? »), cioè l'affermazione della coincidenza di una certa fattispecie concreta con la fattispecie ipotetica di una norma di tutela. La causa petendi è, insomma, il più importante degli indici di identificazione de-merito delle azioni processuali. 9/10

Anche il titolo, per comodità di analisi, può essere distinto come segue: aa) causa immediata dell'azione processuale, che è il tipo di inosservanza denunciato (es.: mancato pagamento); bb) causa mediata dell'azione processuale, che è l'indicazione della pretesa sostanziale rimasta inosservata (es.: mancato pagamento di una cosa comprata, mancata restituzione di una somma mutuata). Ancor più evidente è, sotto il profilo della « causa petendi », l'intima

correlazione fra presupposti ed elementi dell'azione sostanziale. Non sarebbe possibile non specificare la ragione della richiesta di un determinato provvedimento giurisdizionale, ma questa specificazione implica il riferimento all'obbligo di condotta che si pretende insoddisfatto.

Determinati gli indici di identificazione dei meriti processuali, occorre ora passare all'esame dei vari *tipi di rapporti* che possono intercorrere fra i meriti stessi. Questi tipi sono quattro: *a)* rapporti di identità, *b)* rapporti di subordinazione (o di pregiudizialità), *c)* rapporti di connessione, *d)* rapporti di contraddittorietà.

44. Identità di meriti processuali. — Due o più meriti processuali si dicono identici allorchè *tutti i loro indici di identificazione coincidono*.

Si badi che identità di meriti processuali non significa identità di azioni processuali, perchè due azioni possono essere tra loro diverse in qualche elemento costitutivo, pur essendo identiche nel merito. Ad esempio, nella persona del legittimato passivo all'obbligo processuale (giudice adito), nell'interesse all'obbligo processuale (l'una azione è esercitata per iniziare il processo, l'altra per dare impulso allo stesso processo).

La identità dei meriti processuali può essere assoluta o parziale.

a) Identità assoluta di meriti si ha quando gli indici di identificazione degli stessi coincidano completamente tra loro. In tal caso, se non coincidano le persone richieste di esercitare l'attività giurisdizionale, ci si trova di fronte al fenomeno della « litispendenza » (azione sostanzialmente identica esercitata presso due giudici diversi: 39 co. 1 cpc.)

b) Identità parziale si ha quando gli indici di identificazione di un merito coincidano completamente con gli

indici di identificazione di un altro merito, salvo che il *petitum* del primo merito è solo una parte del *petitum* del secondo merito, ed è quindi *contenuto* da esso.

Più esattamente deve parlarsi, in questo caso, di *continenza di meriti* (impropriamente denominata nelle leggi « continenza di causa », nel senso che si verifica il fenomeno che gli elementi del merito di un'azione processuale sono tutti già contenuti nel merito dell'altra (es.: Tizio conviene Caio per la restituzione della somma mutuata e per il pagamento dei relativi interessi, lo stesso Tizio conviene lo stesso Caio per il pagamento degli interessi relativi a quella somma mutuata; Tizio conviene Caio per la rivendica di un fondo, lo stesso Tizio conviene lo stesso Caio per il regolamento dei confini dello stesso fondo).

In caso di non coincidenza fra le persone dei legittimati passivi all'obbligo processuale, la continenza di meriti dà luogo ad un fenomeno di litispendenza parziale (39 2co. cpc.).

45. Subordinazione di meriti processuali. — Due o più meriti processuali possono essere tra loro in rapporto di subordinazione, nel senso che *la decisione sull'uno non è possibile senza una previa decisione sull'altro*.

Può parlarsi, in tal caso, di *pregiudizialità* di un merito rispetto ad un altro, o ad altri meriti processuali, avvertendosi che il fenomeno della pregiudizialità delle azioni non è che un aspetto qualificato del fenomeno della subordinazione delle questioni che il giudice deve decidere nel processo ai fini della formulazione della decisione finale.

Quel che caratterizza la pregiudizialità dei meriti delle azioni processuali è il fatto che il giudice deve decidere sugli stessi « principaliter », con efficacia di cosa giudicata, e non « incidenter tantum », cioè non per quel tanto

che interessa l'apprestamento degli elementi logici che giustificano la decisione finale. Ciò non significa che il giudice debba necessariamente emettere tanti provvedimenti successivi per quanti sono i meriti da decidere (aspettando, per emettere il provvedimento successivo, che quello precedente sia passato in giudicato): anche quando questa situazione si verifichi in fatto, i singoli provvedimenti non sono che parti, elementi dell'unico provvedimento definitivo (« provvedimenti parziali »). Il giudice deve giudicare con efficacia di giudicato su tutti i meriti sottoposti al suo esame e ciascuna singola decisione deve essere fondata sulla decisione del merito pregiudizialmente esaminato.

La subordinazione dei meriti processuali può verificarsi nei seguenti casi: *a)* in quanto lo stesso agente (attore o convenuto che sia) eserciti davanti al giudice una azione che deve essere decisa pregiudizialmente o che egli chieda sia decisa pregiudizialmente (azioni pregiudiziali in senso proprio); *b)* in quanto la persona indicata come legittimata passiva alla soggezione (convenuto o attore che sia) impugni la regolare costituzione del rapporto giuridico processuale fra l'agente ed il giudice o impugni la proponibilità del merito proposto dall'agente (azioni di impugnazione).

a) Azioni pregiudiziali sono quelle che lo stesso agente esercita o deve esercitare per legge al fine di far risolvere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale rispetto alla decisione definitiva di merito.

Le azioni pregiudiziali sono subbiettivamente connesse con quelle finali (infra n. 46 sub A), ma la loro caratteristica essenziale sta nella subordinazione (disposta dalla legge o voluta dalla parte) del titolo dell'azione finale rispetto all'accertamento del loro titolo. Esse sono, dunque, sempre azioni di accertamento e danno luogo al fenomeno

processuale dell'« accertamento incidentale » (cfr. 34 cpc.). Esempio: rispetto ad un merito processuale relativo ad una prestazione di alimenti, può essere reso pregiudiziale (dall'agente stesso) l'accertamento della esistenza del necessario rapporto di parentela tra le persone.

b) Azioni di impugnazione sono quelle che la persona indicata come legittimato passivo alla soggezione esercita contro l'azione processuale della controparte per contestare la regolare costituzione del rapporto giuridico processuale relativo (impugnazione nel rito) o per contestare la proponibilità del merito (impugnazione nel merito) (infra n. 47).

Esse sono in rapporto di inversione subbiettiva col merito delle azioni contrapposte (azioni dirette), ma la loro caratteristica essenziale sta nella subordinazione del titolo dell'azione diretta all'accertamento del loro titolo. Anche in questo caso si verifica, dunque, sebbene per motivi diversi che nel caso esposto sub *a)*, il fenomeno processuale dello « accertamento incidentale ».

L'accertamento incidentale sulle azioni di impugnazione può, in linea eccezionale, non aver luogo in alcuni casi espressamente stabiliti dalla legge: ad es., nel caso di procedimento monitorio (infra n. 56 sub c), o nel caso di eccezione di compensazione, se il credito opposto in compensazione è contestato (cfr. 35 cpc.).

46. Connessione di meriti processuali. — Oltre che identità o subordinazione, può esservi un rapporto di connessione fra i meriti di due o più azioni processuali. La connessione può distinguersi in propria ed impropria.

A) Connessione propria fra meriti processuali si ha in quanto vi sia un rapporto di *coincidenza fra gli elementi di merito di due o più azioni processuali*. La coincidenza

non può essere, naturalmente, totale, perchè altrimenti i meriti processuali sarebbero identici (retro n. 44).

Tra le figure di connessione sono particolarmente rilevanti le seguenti.

a) *Connessione obbiettiva*: due o più meriti coincidono in un elemento subbiettivo e coincidono inoltre, totalmente o parzialmente, negli elementi obbiettivi (cfr. 33 cpc.) Esempi: Tizio agisce contro Caio e contro Sempronio, per il pagamento di due quote diverse di un' unica obbligazione divisibile (coincidono il legittimato attivo alla soggezione e la causa petendi mediata); Tizio agisce contro Caio e contro Sempronio, questo in quanto garante del primo, per il pagamento della cosa venduta (coincidono il legittimato attivo ed il petitum, mentre è diversa la causa petendi).

La connessione obbiettiva si dice *reale* se la coincidenza sta nel « petitum », *causale* se la coincidenza sta nella « causa petendi » *mista*, se la coincidenza sta nell' uno e nell'altro elemento obbiettivo.

b) *Connessione per accessorietà*: la « causa petendi » di una azione è accessoria rispetto alla causa petendi di un' altra azione (cfr. 31 cpc.). Esempio: azione per il pagamento degli interessi di mora e azione per la restituzione della somma mutuata.

Una *forma qualificata* di connessione per accessorietà si ha per effetto della *chiamata in garanzia* (32, 106 cpc.): colui che è indicato come legittimato passivo alla soggezione, senza attendere l'esito del giudizio, esercita senz'altro una azione processuale con lo stesso obbietto contro il terzo che deve rivalerlo in caso di soccombenza (es.: Tizio conviene Caio per la rivendica di un fondo e Caio chiama in garanzia per evizione Sempronio, che gli ha venduto il fondo).

c) *Connessione (meramente) subbiettiva*: due o più

meriti coincidono esclusivamente per le persone o per una di esse (cfr. 104 cpc.).

B) *Connessione impropria* fra meriti processuali si ha in quanto vi sia un rapporto di mera analogia fra i meriti di due o più azioni processuali, nel senso che essi danno luogo ad identiche questioni di fatto o di diritto (cfr. 103 cpc.).

47. *Contradittorietà di meriti processuali*. — Tra i meriti delle azioni processuali può verificarsi, infine, un rapporto di contraddittorietà, che si riconosce attraverso la *inversione degli indici subbiettivi di identificazione del merito* (« personae »), ma che può assumere *forme qualificate*, influenti sulla costituzione del processo, per il concorso di elementi di subordinazione o di connessione.

Bisogna distinguere, pertanto, fra contraddittorietà generica e contraddittorietà qualificata.

A) *Contradittorietà generica* si verifica in quanto due meriti processuali abbiano tra loro in comune soltanto le « persone », ma *con ruoli invertiti* (es.: Tizio agisce contro Caio per il pagamento della cosa venduta, Caio agisce contro Tizio per la restituzione della cosa mutuata).

È evidente che la contraddittorietà generica non importa alcun collegamento processuale delle azioni, neanche se l'una parte abbia esercitato la sua azione traendo occasione dal fatto che l'altra ha agito contro di essa.

B) *Contradittorietà qualificata* si verifica in quanto due meriti processuali, oltre ad essere contraddittori nelle « personae », siano fra loro *subordinati* o *connessi*. In tal caso, ai fini della costituzione del processo, si applicano i principii che valgono per i meriti subordinati.

Le figure da esaminare sotto questo profilo sono le seguenti.

a) *Azioni di impugnazione.* Tali sono le azioni che la persona indicata come legittimato passivo alla soggezione esercita contro l'altra parte per contestare la regolare costituzione del rapporto giuridico processuale (cioè l'esistenza concreta degli elementi costitutivi dell'azione processuale della controparte) o per contestare la proponibilità del merito.

Tali azioni tendono a far valere, nei confronti delle azioni contrarie, il diritto di libertà dell'agente, cioè il suo potere di costringere chicchessia a non ledere la sua tranquillità se non in forza di un agire lecito.

Possono ulteriormente distinguersi le azioni di impugnazione in senso stretto e le azioni di impugnazione in senso lato.

aa) Azioni di impugnazione *in senso stretto* sono quelle che si denominano *eccezioni*, se contrapposte ad azioni dichiarative, *opposizioni*, se contrapposte ad azioni esecutive. Esse sono esercitate in funzione dell'azione che impugnano ed hanno efficacia nei limiti in cui l'impugnazione è esercitata o può essere esercitata. La rinuncia all'azione contraria o l'estinzione del processo implica, quindi, necessariamente la loro perenzione.

Le azioni di impugnazione in senso stretto si distinguono in: a) *impugnazioni nel rito* (eccezioni di rito o processuali, opposizioni agli atti esecutivi), se contestano la regolarità dell'azione processuale contraria (es.: il giudice adito non ha giurisdizione riguardo al convenuto); β) *impugnazioni nel merito* (eccezioni di merito, opposizioni all'esecuzione), se contestano la fondatezza del merito attraverso uno o tutti i suoi elementi (es.: eccezione di avvenuta prescrizione, del diritto che la controparte vuol far valere).

Altra distinzione è quella fra *impugnazioni perentorie*, le quali sono tali da impedire per sempre la proposizione

dello stesso merito in giudizio, ed *impugnazioni dilatorie*, che hanno soltanto la virtù di dilazionare la possibilità di proporre lo stesso merito in giudizio.

bb) Azioni di impugnazione *in senso lato* sono le *azioni contrarie di accertamento negativo* e le *azioni contrarie di accertamento incidentale*. Con le une si chiede l'accertamento della inesistenza dell'azione sostanziale vantata dalla controparte, con le altre si chiede l'accertamento incidentale di una azione sostanziale dal cui riconoscimento dipende il rigetto dell'azione sostanziale vantata dalla controparte.

A differenza delle azioni di impugnazione in senso proprio, queste azioni non vanno perente in conseguenza della rinuncia della controparte agli atti del giudizio: il giudice è tenuto a continuare in ogni caso l'attività di giudizio in ordine al loro merito.

b) *Azioni riconvenzionali.* Tali sono le azioni che la persona indicata come legittimato passivo alla soggezione esercita contro l'altra parte e che sono *connesse nella « causa petendi » col merito della azione diretta o col merito di una azione di impugnazione in senso proprio* (eccezione) (cfr. 36 cpc.). Esempi: alla domanda tendente ad ottenere la condanna alla prestazione stabilita in un certo contratto il convenuto oppone una domanda tendente ad ottenere la condanna dell'attore alla controprestazione stabilita nello stesso contratto (prima ipotesi di riconvenzionalità); alla domanda di condanna al pagamento di un credito di 100 il convenuto oppone la eccezione che il credito è compensato da un controcredito di 150 ed aggiunge la domanda di condanna dell'attore al pagamento dei 50 residui (seconda ipotesi di riconvenzionalità).

48. *Classificazione delle azioni processuali.* — a) *Con riguardo agli elementi costitutivi.* — Le azioni processuali possono essere classificate in vario modo: con riguardo

agli elementi costitutivi, con riguardo agli elementi del merito, con riguardo ai presupposti del merito.

Con riguardo agli elementi costitutivi, sono utili le classificazioni seguenti:

a) Quanto al *legittimato attivo all'obbligo processuale*:

α) azioni di derivazione privata, se l'agente è un privato;
β) azioni di derivazione pubblica, se l'agente è un ente pubblico (es. le azioni penali, le azioni del pubblico ministero nel processo civile); γ) azioni popolari (non più ammesse nel nostro diritto) se l'agente è un « *quisquis de populo* ».

In pratica, si suol parlare di azioni private, pubbliche e popolari, implicando, per le prime due categorie, il pericolo di qualche confusione con la natura privata o pubblica delle azioni stesse.

b) Quanto all'*interesse all'obbligo processuale*, devono farsi due classificazioni:

aa) *azioni iniziali e azioni successive* (o di impulso): le une son quelle che costituiscono il primo rapporto processuale fra agente e organo giurisdizionale, le altre sono quelle che danno successivamente impulso al processo, costituendo quegli ulteriori rapporti processuali che sono necessari per il raggiungimento del provvedimento di merito;

bb) *azioni di prima istanza e azioni di gravame* (cd. « *mezzi di impugnazione* »); le une tendono ad ottenere un primo esame del merito ed un correlativo provvedimento (cd. provvedimento di prima istanza), le altre tendono ad ottenere una riforma del primo provvedimento sia ad opera dello stesso giudice (*azioni di riparazione*: istanza per revocazione e opposizione di terzo), sia ad opera di giudice diverso (appello, ricorso per cassazione e rinvio, ricorso per regolamento di competenza).

49. *Continua.* b) *Con riguardo al merito.* È questa la classificazione più importante delle azioni processuali anche perchè coincide con quella che può farsi delle azioni sostanziali.

a) *Con riguardo al legittimato passivo alla soggezione*, deve distinguersi fra azioni *contro privati* e azioni *contro enti pubblici* (es.: contro la pubblica amministrazione).

b) *Con riguardo all'interesse alla soggezione*, possono essere fatte queste distinzioni: a) azioni *dichiarative* (di mero accertamento, di condanna, costitutive); b) azioni *esecutive* (di esecuzione in forma specifica o di espropriazione); c) azioni *cautelari*. Basta riferirsi, per questo lato, a quanto si è detto in merito ai provvedimenti giurisdizionali.

c) *Con riguardo alla norma di tutela che si afferma concretamente applicabile*, può distinguersi fra: a) azioni *penali*, le quali tendono alla applicazione di una norma di tutela penale; b) azioni *civili (in senso lato)*, le quali tendono alla applicazione di qualsivoglia altra norma di tutela.

d) *Con riguardo alla norma di tutela che si afferma concretamente applicabile e, nel contempo, con riguardo al legittimato passivo alla soggezione ed agli organi giurisdizionali* davanti a cui l'azione è fatta valere, può farsi, infine, la seguente distinzione: a) azioni *amministrative*, le quali tendono alla applicazione di una norma di tutela (non penale) a carico della pubblica amministrazione e davanti ad una giurisdizione speciale amministrativa; b) azioni *civili (in senso stretto)*, che sono le rimanenti.

50. *Continua.* c) *Con riguardo ai presupposti del merito.* — Molte ulteriori classificazioni sono fatte nella pratica, tenendo variamente conto dei presupposti dell'azione in senso sostanziale vantata (cioè degli elementi costitutivi della pretesa giuridica che si afferma inosservata).

Tra le più importanti possono essere ricordate le seguenti:

a) *Azioni personali e azioni reali*: secondo che siano relative ad un diritto personale (di obbligazione) o ad un diritto reale.

b) *Azioni immobiliari e mobiliari*: secondo che siano relative ad un diritto su cosa immobile o su cosa mobile. Questa distinzione non va confusa con la precedente, perchè possono esservi azioni personali mobiliari e immobiliari, azioni reali mobiliari e immobiliari.

c) *Azioni petitorie e possessorie*: secondo che siano relative alla proprietà (es.: rivendicazione) o al possesso (es.: manutenzione).

d) *Azioni nominate e innominate*: secondo che abbiano (nel linguaggio legislativo, o in quello della dottrina, o in quello della pratica) una propria denominazione caratteristica o no. Di larghissimo uso sono, ad esempio, le seguenti denominazioni: azione negatoria (949 cc.), redibitoria (cfr. 1495, 1511 cc.), revocatoria o pauliana (2901 ss. cc.), surrogatoria (2900 cc.) ecc.

CAPITOLO II

L'AZIONE CIVILE

51. *L'azione civile*. — Come si è visto (retro n. 49 sub c e d), vi sono due significati di azione civile: a) *in senso lato*, è azione processuale civile *ogni azione che tende alla applicazione di una norma di tutela non penale*; b) *in senso stretto*, è azione civile, ogni azione che tende alla applicazione di una norma di tutela non penale, purchè non a carico della pubblica amministrazione e davanti ad una giurisdizione speciale amministrativa.

La seconda distinzione ha carattere eminentemente empirico, nè ha d'altronde alcun rilievo pratico. Il meglio è, dunque, di accogliere come nozione di azione processuale civile, quella dell'*azione civile in senso lato*.

L'azione processuale civile ha sempre *carattere pubblicistico*, essendo diretta contro gli organi giurisdizionali dello Stato. Carattere pubblicistico o privato può avere invece, il merito di essa, cioè l'azione sostanziale vantata, a seconda della natura pubblica o privata del diritto subiettivo cui inerisce.

52. *Tipi di azioni processuali civili*. — Tutte le varie classificazioni dianze fatte delle azioni processuali in generale possono essere rapportate alle azioni civili (cfr retro n. 48-50).

Qui è opportuno iniziare un rapido esame dei singoli tipi di azioni processuali civili che possono essere concretamente esercitate, analizzando in particolare gli atteggiamenti che devono di volta in volta assumere gli elementi del merito affinché esse possano trovare accoglimento.

Per i fini non soltanto teorici, ma anche pratici, che qui ci proponiamo, converrà distinguere tra: *a*) azioni dirette, *b*) azioni contrarie, *c*) azioni di gravame (dell'attore, del convenuto, o di un terzo).

53. *Azioni dirette. aa) Azioni di mero accertamento.* — Azioni di mero accertamento sono quelle che tendono ad un provvedimento giurisdizionale di mero accertamento (retro n. 6 a sub *aa*), allo scopo di eliminare la incertezza circa l'applicabilità ad una fattispecie concreta di una norma statale di condotta.

Condizioni per l'accoglimento delle azioni di mero accertamento sono:

a) Situazione di incertezza del convenuto circa la applicabilità ad una fattispecie concreta di una norma di condotta. La incertezza sulla applicabilità concreta della norma di condotta da parte del convenuto implica di per sé una situazione di *inosservanza* della norma stessa, sebbene ciò non significhi ancora violazione (retro n. 5 sub *D*).

La incertezza può essere, oltre che del convenuto, anche di altri e persino anche dell'attore, ma ai fini dell'accoglimento dell'azione è necessario e sufficiente che sia il *convenuto* a trovarsi in una situazione di incertezza.

Può finanche darsi che l'azione di mero accertamento sia esercitata d'accordo fra l'attore e il convenuto, ma questo accordo non ha rilevanza giuridica. Sarà sempre un *subbietto* giuridico (attore) a chiedere l'accertamento a carico di un altro *subbietto* (convenuto).

b) Concreta spettanza del potere di accertamento all'attore e della soggezione relativa al convenuto. Il potere di chiedere l'accertamento spetta a chi soffrirebbe un pregiudizio dall'incertezza: la legittimazione, pertanto, è intimamente legata con l'interesse alla soggezione.

c) Interesse all'accertamento. Esso può aversi anche se una concreta violazione sia già avvenuta e può aversi anche se sia certo (purché non sia già sfato giurisdizionalmente accertato) che la violazione ha avuto luogo: l'attore è libero, infatti, di chiedere il « minus » (accertamento) quando può chiedere il « plus » (condanna in seguito ad accertamento).

Le azioni civili di mero accertamento sono indubbiamente accolte nel nostro sistema giuridico, anche se manca una norma generale che le ammetta. Non possono essere che di mero accertamento le azioni relative alla capacità ed agli stati, e sono azioni di mero accertamento negativo le eccezioni del convenuto, in quanto tendono al rigetto in merito della domanda attrice. Figure indiscutibili di azioni di mero accertamento riconosciute dalla legge sono l'istanza di verifica di scrittura privata (per accertare se sia falsa o meno: 217 cpc.) e la querela di falso (221 cpc.)

54. *Continua. bb) Azioni di condanna.* — Azioni di condanna sono quelle che tendono ad un *provvedimento giurisdizionale di condanna* (retro n. 9 a sub *bb*), allo scopo di ottenere la irrogazione, a carico di chi abbia violato una norma di condotta di cui era destinatario, di un comando concreto di rispetto della norma stessa.

Questo tipo di azione processuale è di gran lunga il più frequente ed è quello che la legge si pone normalmente come un modello nella disciplina del processo di cognizione.

Le azioni di condanna implicano la richiesta di un accertamento della violazione della norma di condotta. Detta violazione può essere, tuttavia, già stata accertata in un precedente provvedimento di mero accertamento; ed in tal caso si riduce a chiedere al giudice che accerti se il precedente provvedimento esiste, è definitivo e si riferisce realmente alla fattispecie dedotta in giudizio, e che pertanto applichi la condanna.

Condizioni per l'accoglimento delle azioni di condanna sono: a) una fattispecie concreta di violazione di una norma di condotta; b) legittimazione attiva e passiva alla soggezione (condanna); c) interesse alla condanna (che esiste soltanto se una violazione realmente abbia avuto luogo).

Effetti dell'accoglimento delle azioni civili di condanna sono: a) di dare adito all'azione esecutiva (infra n. 53) b) di determinare il diritto al rimborso delle spese giudiziali.

55. *Continua. cc) Azioni costitutive.* — Azioni costitutive sono quelle che tendono ad un provvedimento giurisdizionale costitutivo (retro n. 9 a sub cc), al fine di determinare la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un determinato rapporto giuridico sostanziale.

Della ammissibilità di questo tipo di azioni civili si è molto discusso in passato, ma ormai nessun dubbio è possibile in argomento di fronte al preciso disposto della legge: « nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa » (2908 cc.).

La natura giuridica delle azioni costitutive forma, anch'essa, oggetto di molte controversie, che non è il caso di riferire. E' certo che esse fanno valere un potere di soggezione assai simile a quello delle azioni esecutive: il po-

tere di produrre (in base ad un accertamento giudiziale) una modificazione giuridica indipendentemente dalla volontà del convenuto.

Condizioni per l'accoglimento delle azioni costitutive sono: a) coincidenza di una fattispecie concreta con la fattispecie prevista da una esplicita norma di tutela costitutiva; b) legittimazione attiva e passiva alla soggezione (effetto costitutivo); c) interesse all'effetto costitutivo.

L'esistenza dell'interesse all'effetto costitutivo è provata dalla esistenza di una norma di legge che autorizzi l'effetto stesso, non essendo ammesse azioni costitutive fuori dei casi previsti dalla legge (2908 cc.). Tuttavia, anche potendosi ottenere l'effetto costitutivo, nulla vieta che si chieda soltanto l'accertamento, salvo a chiedere la determinazione dell'effetto costitutivo in un secondo momento.

Figure ben note di azioni costitutive sono quelle di annullamento, di rescissione, di risoluzione ecc. Hanno carattere costitutivo anche le azioni che tendono ad ottenere un effetto giuridico per il quale sarebbe stato necessario il consenso della controparte (es. 2932 co. 1. cc.: « Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso »).

Effetto normale delle azioni civili costitutive è di produrre una modificazione giuridica « ex nunc » (momento della decisione); ma alcune volte la modificazione giuridica si produce « ex tunc » (es.; azioni di annullamento; per violenza, errore, dolo).

Come è evidente, l'accoglimento di una azione civile costitutiva non apre l'adito alla esecuzione, perchè equivale esso stesso alla esecuzione forzata del diritto dell'attore.

56. *Continua. dd) Azioni di cognizione con prevalente funzione esecutiva.* — Le azioni di cognizione con prevalente funzione esecutiva sono azioni di condanna, le quali, per realizzare nel più breve tempo possibile l'irrogazione della condanna e quindi l'apertura della fase esecutiva, *pre-scindono dalla richiesta di un accertamento completo*. Naturalmente, l'accoglimento di dette azioni, appunto perchè segue ad una cognizione incompleta, *non ha carattere definitivo* o lo acquista soltanto se non vi sia opposizione del convenuto.

Tre sono i tipi più caratteristici di azioni di cognizione con prevalente funzione esecutiva.

a) *Azione di condanna provvisoriamente eseguibile.* Detta azione tende ad ottenere che sia emesso un provvedimento di condanna e che questo, pur non essendo definitivo, sia dichiarato provvisoriamente eseguibile (« *clausola provvisoriale* ») a causa del fatto che la domanda è fondata su mezzi di prova particolarmente convincenti. « Su istanza di parte, la sentenza appellabile può essere dichiarata provvisoriamente esecutiva tra le parti, con cauzione o senza, se la domanda è fondata su atto pubblico, scrittura privata riconosciuta o sentenza passata in giudicato » (282 co. l. cpc.).

La concessione della clausola provvisoriale, anche quando si versi nelle ipotesi qui considerate, è sempre rimessa al prudente arbitrio del giudice.

b) *Azione di condanna con riserva.* Detta azione tende ad ottenere che sia emesso un provvedimento di condanna a seguito di cognizione parziale, e quindi con *riserva che le conclusioni di condanna siano confermate dagli ulteriori e separati accertamenti*.

Figure di questo tipo di azione sono: aa) l'azione di condanna con *riserva dell'eccezione di compensazione* (35

cpc.); bb) l'azione di condanna con *riserva della domanda riconvenzionale* (36 cpc.); cc) azione di condanna *in base a cambiale*, con riserva di esame di alcune eccezioni (65 l. 14 dicembre 1933 n. 1669).

c) *Azione di condanna ingiunzionale.* Detta azione tende ad ottenere che sia emesso un provvedimento di condanna in base ad una *cognizione sommaria* del merito, salva opposizione del convenuto.

Figure caratteristiche sono: aa) l'azione di ingiunzione in *procedimento monitorio* (633 ss. cpc.); bb) l'azione di ingiunzione di *licenza* e di *sfratto per finita locazione o per morosità* (657 ss. cpc.). Nel procedimento ingiunzionale normale il contraddittorio è senz'altro escluso (salvo a formarsi se, dopo il provvedimento, il sottoposto all'ingiunzione faccia opposizione). Nel procedimento ingiunzionale per licenza ecc., è, invece, fissato un termine all'interessato per comparire ed opporsi, decorso il qual termine senza che l'interessato sia comparso o si sia opposto, la condanna trova luogo.

57. *Continua. ee) Azioni esecutive.* — Azioni esecutive sono quelle che tendono ad un *provvedimento giurisdizionale esecutivo* (retro n. 9 sub b), al fine di soddisfare direttamente o indirettamente l'interesse dell'attore (che nel processo esecutivo prende, solitamente, il nome di creditore).

Esse presuppongono un avvenuto accertamento del diritto e sono fondate sull'esistenza di questo accertamento e di un documento (« *titolo esecutivo* ») da cui l'accertamento stesso risulti, ma non escludono del tutto una *attività di cognizione* degli organi giurisdizionali, dovendo questi accertare: a) se il titolo esecutivo vi sia, sia regolare e sia realizzabile esecutivamente, b) se l'istante sia il cre-

ditore e il convenuto sia il debitore, c) se la esecuzione possa realmente avvenire sopra gli oggetti in ordine ai quali è richiesta.

Il *titolo esecutivo*, che costituisce il requisito fondamentale per l'accoglimento dell'azione esecutiva, consiste in un accertamento giudiziale o negoziale di un diritto di credito esecutivamente realizzabile (certo, liquido ed esigibile: 474 co. 1 cpc.), il quale sia contenuto in uno speciale documento, cioè: *aa)* sentenza (di condanna) ed altri provvedimenti giurisdizionali cui la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva; *bb)* cambiali, titoli di credito ed altri atti cui la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva; *cc)* atti contrattuali ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato, relativamente alle somme di danaro in essi indicate (474 co. 2 cpc.)

Le azioni esecutive si classificano a seconda dello specifico scopo esecutivo cui mirano (esecuzione diretta o indiretta ecc.), o del diritto che tendono a realizzare (credito di denaro, obbligazione di fare o non fare ecc.).

Nel campo della esecuzione per crediti di danaro bisogna distinguere tra azione esecutiva in senso stretto o espropriativa, che è quella mediante la quale l'attore (creditore istante o pignorante) promuove l'espropriazione dei beni del convenuto (debitore escusso o terzo assoggettato all'esecuzione), e azione meramente soddisfattiva o accessoria, che è quella mediante la quale un creditore (accedente o intervenuto) si fa avanti per partecipare alla distribuzione della somma ricavata dalla espropriazione.

58. *Continua. ff) Azioni cautelari.* — Azioni cautelari sono quelle che tendono ad un *provvedimento giurisdizionale cautelare* (retro n. 6 sub c), al fine di assicurare preventivamente e provvisoriamente la situazione di diritto o

di fatto necessaria alla esplicazione di un provvedimento dichiarativo o esecutivo che si ha ragione di ritenere conforme.

Condizioni per l'accoglimento delle azioni cautelari sono: *a)* *probabile coincidenza* di una fattispecie concreta con la fattispecie ipotetica di una norma di tutela che autorizza un provvedimento dichiarativo o esecutivo; *b)* legittimazione attiva e passiva alla soggezione cautelare; *c)* interesse alla soggezione cautelare. L'interesse alla soggezione cautelare è dato dal *pericolo attuale di un danno futuro*, per effetto del ritardo nella emanazione del provvedimento dichiarativo o esecutivo. La valutazione della attualità e della effettività di questo pericolo è rimessa al prudente arbitrio del giudice, il quale non può, naturalmente, emanare alcun provvedimento cautelare se esso non sia espressamente previsto dalla legge.

Le *figure* di azioni cautelari sono svariate e possono essere così raggruppate:

a) azioni che tendono ad assicurare uno stato di fatto in vista della futura cognizione (azioni per l'assunzione di mezzi di istruzione in via preventiva, 692 ss. cpc.; azione di sequestro giudiziario, 670 cpc.);

b) azioni che tendono ad assicurare uno stato di fatto in vista della futura esecuzione (azione di sequestro conservativo, 671 cpc.; azione di esecuzione provvisoria della sentenza quando vi sia pericolo nel ritardo, 282 co. 1 cpc.);

c) azioni che tendono ad ottenere la produzione anticipata degli effetti giuridici di un provvedimento giurisdizionale (es.: provvedimento in tema di alimenti di cui all'art. 442 cc.);

d) azioni che tendono ad evitare che, nell'attesa del provvedimento di cognizione o di esecuzione, una parte assuma posizione di preminenza sull'altra (es.: denuncia di nuova opera o di danno temuto, 688 ss. cpc.).

59 *b) Azioni contrarie.* — Azioni contrarie sono quelle che si pongono in relazione di *contradittorietà* (n. 47) con altre azioni *precedentemente esercitate* (« azioni dirette »).

Normalmente all'azione diretta dell'attore — il quale appunto mediante quella azione dà vita al procedimento — si oppone l'azione contraria del convenuto (es.: eccezione): ed è perciò che il cpc. parla delle azioni contrarie come di azioni del convenuto.

Sarebbe inesatto, tuttavia, spingersi perciò a definire, in sede teorica, le azioni contrarie come « azioni del convenuto ». Nella scherma processuale non avviene di rado che alla reazione del convenuto (es.: eccezione) l'attore controreagisca con una nuova azione (es.: « replicatio »), la quale sarà, dunque, l'azione contraria ad una azione contraria.

Altro opportuno rilievo è che le azioni contrarie sono sempre *azioni di cognizione*, nel senso che il loro scopo è di ottenere un accertamento giudiziale sfavorevole al titolare dell'azione diretta. Questo punto risulterà facilmente chiaro attraverso la classificazione che segue.

Le azioni contrarie possono essere ripartite in tre gruppi, a seconda che si oppongano ad azioni di cognizione, ad azioni esecutive o ad azioni cautelari.

A) *Di contro alle azioni dirette di cognizione* si può agire con i seguenti tipi di azioni: azione contraria di accertamento negativo, eccezione (in senso stretto), azione di accertamento incidentale, azione riconvenzionale.

a) *Azione contraria di accertamento negativo.* Trattasi di una consueta azione di mero accertamento (retro n. 53), mediante la quale la controparte tende ad ottenere un provvedimento che accerti il suo diritto di libertà (contestato dall'agente) e che, pertanto, rigetti nel merito l'azione diretta.

Questa azione contraria non è in nessun modo legata alle sorti della contrapposta azione diretta. Se infatti l'attore rinuncia agli atti del giudizio, non perciò il processo si estingue, ma occorre che a sua volta il convenuto accetti la rinuncia, dato che egli, avendo esercitato l'azione di accertamento negativo, potrebbe ben aver interesse alla prosecuzione (306 co. 1 cpc.).

b) *Eccezione (in senso proprio).* L'eccezione, in senso proprio, è anch'essa un'azione di accertamento negativo dell'azione diretta, salvo che essa raggiunge questo scopo chiedendo l'accertamento di una circostanza che impedisce la pronuncia di merito o che impedisce l'accoglimento della azione diretta nel merito. Le sue sorti sono, dunque, legate a quelle dell'azione diretta: caduta questa, per un qualsivoglia motivo (es.: rinuncia dell'attore agli atti del giudizio, non vi è più ragione per insistere nella eccezione.

L'eccezione, come azione contraria, non deve essere confusa con i *generici atti di difesa* del convenuto, cioè con gli atti compiuti dal convenuto per far rilevare al giudice circostanze sfavorevoli all'accoglimento della domanda attrice, ma circostanze che il giudice avrebbe potuto rilevare « ex officio ». Anche questi atti di difesa si chiamano, in pratica, *eccezioni (in senso improprio)*, ma in verità esse non sono azioni in senso tecnico (cfr. 112 cpc.).

Esempio di eccezione in senso proprio (o, come anche si dice, in senso sostanziale) è l'eccezione di prescrizione (2938 cc.). In pratica, la differenziazione fra eccezioni proprie ed improprie non è sempre agevole.

Altre classificazioni delle eccezioni sono le seguenti:

aa) *eccezioni di rito ed eccezioni di merito*: le une chiedono l'accertamento di una circostanza processuale che impedisce la pronuncia nel merito (es.: eccezione di difetto di giurisdizione), le altre chiedono l'accertamento di una

circostanza (di fatto o di diritto) che impedisce l'accoglimento (in tutto o in parte) dell'azione diretta nel merito (es.: eccezione di avvenuto pagamento del debito per il cui adempimento l'attore agisce);

bb) eccezioni perentorie ed eccezioni dilatorie: le une chiedono l'accertamento di una circostanza che impedisce per sempre la proposizione della stessa azione diretta (es.: eccezione di avvenuto pagamento, cioè di estinzione del debito), le altre chiedono l'accertamento di una circostanza che impedisce per sempre la proposizione della stessa azione diretta (es.: eccezione di avvenuto pagamento, cioè di estinzione del debito), le altre chiedono l'accertamento di una circostanza che impedisce per il momento la proposizione dell'azione diretta ma non esclude che essa possa essere riproposta a tempo più opportuno (es.: eccezione di non ancora avvenuta scadenza del termine).

Le due classificazioni possono anche combinarsi tra loro.

c) azione di accertamento incidentale (o pregiudiziale)
Trattasi di una azione mediante la quale la controparte chiede che, prima del giudizio di merito sulla azione diretta, sia accertata l'esistenza di una sua azione sostanziale, il cui accoglimento è tale da implicare il rigetto dell'azione diretta.

Oltre che per azione del convenuto, la questione pregiudiziale può sorgere per disposto di legge.

In pratica possono presentarsi due *ipotesi* di azione di accertamento incidentale:

aa) la controparte impugna la esistenza di un rapporto giuridico più ampio, che l'agente ha (implicitamente o esplicitamente) ammesso come pregiudiziale rispetto a quello per cui agisce (es. Tizio agisce contro Caio per il pagamento di una rata di un debito, Caio chiede che si accerti la inesistenza del debito; Tizio agisce contro

Caio per alimenti, assumendo l'esistenza del rapporto di parentela, e Caio chiede che si accerti la inesistenza del rapporto di parentela).

bb) la controparte deduce un rapporto incompatibile con quello presupposto dall'agente (es.: Tizio agisce contro Caio per il pagamento del fitto, Caio chiede che si accerti essere egli il proprietario della casa).

Fuori delle due ipotesi di azione pregiudiziale qui considerate, possono darsene anche altre, ma esse non implicano la possibilità di un accertamento completo ed autonomo, dimodochè il giudice esamina le loro condizioni «incidenter tantum», ai fini della risoluzione del processo, senza effetto di giudicato. In tal caso si parla di *azioni di accertamento incidentale in senso improprio*, ma è più opportuno parlare di eccezioni.

d) Azione riconvenzionale. Trattasi di una azione contro l'agente, che si esercita traendo occasione dal semplice fatto che l'agente ha agito e riferendosi a qualche elemento che già appartiene al materiale di cognizione dell'organo giurisdizionale.

Le *ipotesi* di azione riconvenzionale che possono verificarsi sono due:

aa) riconvenzione che dipende dal titolo dedotto in giudizio dall'agente (es. Tizio agisce contro Caio assumendo di avergli venduta una cosa e di doverne ricevere il prezzo, Caio agisce riconvenzionalmente contro Tizio assumendo di dover ancora ricevere la cosa vendutagli);

bb) riconvenzione che dipende dal titolo dedotto dalla stessa controparte come eccezione (unico caso: proposta la eccezione di compensazione da parte del convenuto, questo agisce riconvenzionalmente contro l'attore per il pagamento della somma che eccede l'ammontare del credito compensato).

In questi due casi la legge dispone che l'azione diretta e quella contraria siano ricollegate in un unico processo (36 cpc.), purchè l'azione riconvenzionale sia fatta valere durante il procedimento di primo grado.

B) *Di fronte alle azioni esecutive*, il convenuto (debitore o terzo assoggettato all'esecuzione) può agire con le *opposizioni*, che sono azioni di cognizione, mediante le quali si fanno valere ragioni di merito (« opposizione all'esecuzione ») o ragioni di forma (« opposizione agli atti esecutivi ») contro l'attore (615-618 cpc.).

C) *Di fronte alle azioni cautelari*, si ha la possibilità di reagire nei modi propri per la reazione alle azioni dichiarative ed esecutive, onde far accertare la inesistenza dello stato attuale di pericolo futuro affermato dall'agente, o qualunque altra circostanza impeditiva. Ma, evidentemente, dato il carattere puramente provvisorio dei provvedimenti cautelari, la proponibilità di azioni contrarie è molto limitata.

60. *Azioni di gravame (cd. « mezzi di impugnazione »)*— Come già si è avvertito a suo tempo (retro n. 48 b sub bb), le azioni di gravame mirano ad ottenere una *riforma di un provvedimento giurisdizionale*, sia ad opera dello stesso giudice che ha emanato quel provvedimento, sia ad opera di giudice diverso. Si aggiunga che, come è ovvio, il gravame può esperirsi soltanto contro provvedimenti di cognizione ed è esso stesso un'azione dichiarativa.

Le azioni di gravame si fondano tutte indistintamente sulla contestazione della fondatezza di un provvedimento giurisdizionale di cognizione: per questo motivo esse sono tradizionalmente designate come « mezzi di impugnazione » (dei provvedimenti giurisdizionali). Cose ben diverse dai « mezzi di impugnazione » sono — come si è visto (retro

n. 43 sub B e n. 55)—le « azioni di impugnazione ».

Le azioni di gravame debbono essere suddivise in due grandi *categorie*: azioni di gravame in senso proprio e di gravame in senso improprio.

A) *Azione di gravame in senso proprio*. Tali sono le azioni processuali di chi è rimasto *soccombente* in un procedimento di cognizione (attore o convenuto che fosse: azioni mediante le quali si impugna il provvedimento dichiarativo già emesso, al fine di ottenere *un altro provvedimento che sostituendo o riformando il primo provvedimento, accolga nel merito l'azione fatta valere nel procedimento di prima istanza*.

La *natura giuridica* dei mezzi di impugnazione in senso proprio si spiega, a nostro parere, nel modo seguente. Il diritto al processo dei cittadini non si manifesta attraverso la sola pretesa verso gli organi dello Stato a che prestino la loro attività giurisdizionale: manifestazione del diritto al processo è anche la pretesa al riesame totale o parziale delle questioni processuali o di merito già decise una prima volta, sempre che concorrano determinati ulteriori requisiti stabiliti dalla legge. Mediante i mezzi di impugnazione in senso proprio si tende, dunque, a far accogliere sempre *la stessa azione sostanziale* vantata con le azioni processuali di cognizione esercitate in prima istanza.

Le azioni di *gravame* in senso proprio possono essere ulteriormente classificate in due gruppi: a) *ordinarie* o di *riesame*, le quali tendono a far riesaminare in tutto o in parte il materiale di decisione da un altro organo giurisdizionale di grado superiore; b) *straordinarie* o di *riparazione*, le quali tendono a far riformare il provvedimento dallo stesso organo giurisdizionale che lo ha emanato.

a) *Azioni di gravame ordinarie* sono:

aa) *l'appello* (339 ss. cpc.), mediante il quale si chiede ad un organo giurisdizionale di secondo grado un riesame

completo del materiale deciso dal provvedimento di prima istanza, al fine della emanazione di un provvedimento giurisdizionale che accolga l'azione sostanziale da esso disconosciuta;

bb) il ricorso per cassazione (360 ss. cpc.), mediante il quale si chiede ad un organo giurisdizionale di terzo grado l'annullamento, totale o parziale, di un provvedimento giurisdizionale, sia per « errores in procedendo » che per « errores in iudicando » (« iudicium rescindens »), nonchè l'autorizzazione ad istituire, se necessario, un nuovo giudizio (« iudicium rescissorium ») davanti ad un giudice di rinvio.

cc) la domanda di regolamento di competenza (41 ss. cpc.), mediante la quale si chiede alla corte di cassazione l'annullamento della decisione del giudice di primo grado sulla propria competenza ed il rinvio della causa al giudice competente.

b) Azione di gravame straordinaria è la *domanda di revocazione* (395 ss. cpc.), mediante la quale si chiede allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento l'annullamento e la riforma del provvedimento stesso a causa di certi vizi tassativamente enumerati dalla legge.

B) Azioni di gravame in senso improprio. Rientra in questa categoria la *opposizione di terzo* al provvedimento giurisdizionale emesso tra le parti: essa tende all'accertamento che detto provvedimento, contro la regola del diritto (« res inter alios acta tertio neque nocere neque prodesse debet »), lede il suo diritto di libertà e tende, per conseguenza, alla emanazione di un provvedimento dichiarativo che escluda esplicitamente gli effetti del provvedimento giurisdizionale nei suoi riguardi (404 ss. cpc.).

L'opposizione di terzo è un mezzo di impugnazione in senso improprio perchè *fa valere per la prima volta una azione sostanziale* (potere di assoggettare le parti al rispetto della propria sfera di libertà).

PARTE TERZA

IL PROCESSO

CAPITOLO UNICO

IL PROCESSO GIURISDIZIONALE

61. *Il processo giurisdizionale.*—È noto che ogni scopo da realizzare implica lo svolgimento di un processo più o meno concentrato di attività interiori (di conoscenza, di valutazione, di volizioni) e di attività esteriori (di dichiarazioni, di domande, di risposte, di ordini ecc.).

Il *processo giurisdizionale* è appunto una serie di fatti e di atti giuridici coordinati dalla legge al fine della emanazione di un provvedimento giurisdizionale, che decida definitivamente il merito delle azioni processuali promosse da uno o più subbietti. A seconda del tipo di provvedimento cui si mira con il processo, si distingue fra: *processo di cognizione, processo di esecuzione e processo cautelare.*

Il *tipo* di processo giurisdizionale è, nel nostro ordinamento, determinato dal subbietto giuridico che assume la iniziativa di ricorrere agli organi della giurisdizione (attore). Il processo *si conclude* quando venga emesso un provvedimento definitivo, cioè non soggetto (o non più soggetto) ad impugnazioni: questo risultato si dice *cosa giudicata in senso formale* (cfr. 324 cpc.). Nei riguardi delle persone che hanno partecipato al giudizio, dei loro eredi e dei loro aventi causa questo risultato determina l'effetto che ciò che ha formato il contenuto del provvedimento « fa stato »

fra di esse, cioè è sottratto alla loro sfera di autonomia (ed in particolare alla sfera di autonomia del soccombente, che è necessitato a soggiacere al provvedimento): in questo senso si parla di *cosa giudicata sostanziale* (cfr. 2909 cc).

62. *Processo e causa.*—Come si è detto, il complesso unitario dei meriti processuali che formano oggetto del processo, e che sono sottoposti al giudice come *thema decidendum*, costituisce la *causa*. Se il processo si conclude con una decisione definitiva su tutta la causa, esso dicesi *perfetto*; se viceversa il processo non giunge alla decisione su tutta la causa (il che può avvenire per svariate ragioni), esso dicesi *imperfetto*. Esempio di processo imperfetto è quello che si conclude con una pronuncia di incompetenza del giudice adito, la quale impedisce che si arrivi alla decisione sulla causa.

Si tenga presente che l'*estensione della causa* non è illimitata. La causa deve essere, di regola, relativa ad *una singola azione sostanziale* (dichiarativa, esecutiva o cautelare), che il giudice è invitato a realizzare o a dichiarare inesistente; per meglio dire, la causa deve essere di regola limitata ad un dilemma tra la realizzabilità dell'azione sostanziale vantata dall'attore ed il riconoscimento del diritto di libertà del convenuto. Per conseguenza, al processo possono partecipare (inizialmente o successivamente, purchè prima della decisione definitiva) tutte e soltanto le persone interessate alla realizzazione dell'azione sostanziale vantata od al suo disconoscimento. Tuttavia, in alcuni casi la legge ammette che la causa possa essere allargata per volontà delle parti ed in altri casi essa dispone direttamente l'allargamento: il che avviene in ordine ai meriti subordinati (c. d. pregiudiziali) ed ai meriti connessi.

63. *Struttura del processo giurisdizionale.*—Prima di chiudere sul concetto di processo giurisdizionale, è neces-

sario riferire che una autorevole corrente dottrinarica (CHIOVENDA, BETTI, CALAMANDREI, SEGNI, ecc.) instaura tutta la trattazione della procedura civile sul concetto di un *rapporto giuridico processuale* unico e trilaterale (attore, convenuto, giudice), il quale si costituirebbe all'atto della proposizione della prima azione iniziale davanti al giudice di primo grado e si svolgerebbe sino alla sentenza definitiva di merito. Questa costruzione, pur essendo altamente suggestiva, non può essere accolta perchè palesamente contraria alla realtà delle cose.

In realtà il processo non è un unico rapporto giuridico ma ~~ma~~ *un complesso di molteplici rapporti giuridici* fra vari soggetti (attore, giudice, convenuto ecc.). Ben è vero che questi rapporti giuridici non sono indipendenti l'uno dall'altro, ma *coordinati e concatenati* reciprocamente; tuttavia ciò non avviene perchè essi rientrano in un unico ed assorbente rapporto giuridico trilaterale, ma più semplicemente, perchè sono espressioni delle singole tappe di realizzazione di *una fattispecie complessa* che la legge ha preordinato allo scopo di garantire la migliore attuazione dei fini di giustizia.

64. *I procedimenti giurisdizionali.*—Bisogna distinguere fra processo e procedimenti, perchè il processo può risultare di uno o più procedimenti collegati, e viceversa mediante un unico procedimento possono contemporaneamente svolgersi più processi.

Il *procedimento giurisdizionale* è una pura e semplice *serie esteriore* di atti e fatti giuridici, che tende allo scopo di permettere l'emanazione di *un qualunque provvedimento* giurisdizionale, anche non definito.

A differenza del processo, che è preordinato ad un fine di tutela giuridica, il procedimento è preordinato ad un mero *fine pratico* di esplicazione dell'attività degli organi

giurisdizionali. E', quindi, un *criterio puramente economico* quello che determina il coordinamento di certi fatti ed atti in un certo procedimento ed il coordinamento di altri fatti ed atti in un altro procedimento. Il criterio può essere quello del giudice (ragion per cui si distinguono procedimenti davanti al conciliatore, al pretore, al tribunale, alla corte di appello, alla corte di cassazione ecc.), o quello del tipo di processo da realizzare (ragion per cui si differenziano procedimenti attinenti al processo di cognizione, procedimenti attinenti al processo di esecuzione ecc.), o quello del grado di cognizione (ragion per cui si distinguono procedimenti davanti al pretore in primo ed in secondo grado, procedimenti davanti al tribunale in prima istanza ed in sede di appello ecc.) o altro ancora.

Dati questi chiarimenti sul concetto di procedimento, si capisce come il processo giurisdizionale possa esaurirsi in unico procedimento, ma possa anche constare di *più procedimenti collegati*. Es.: nel processo di cognizione può darsi che alla definizione completa di esso si arrivi attraverso un procedimento di prima istanza, un procedimento di appello, un procedimento di cassazione, un procedimento di rinvio ecc.; nel processo di esecuzione può darsi che alla definizione completa di esso si arrivi attraverso un procedimento di espropriazione forzata ed un procedimento di cognizione delle eventuali opposizioni all'esecuzione. Per converso, un criterio di economia dell'attività giudiziaria può far sì che siano *cumulati* in unico procedimento *più processi*, quando le cause presentino elementi in comune o diano anche e soltanto luogo ad analoghe questioni da risolvere (cfr. 103-104 cpc.).

INDICE - SOMMARIO

PREMESSA

| | |
|---|--------|
| 1. Il diritto processuale civile italiano | pag. 5 |
| 2. Oggetto e partizione del presente libro. | > 6 |
| 3. Cenni di bibliografia generale | > 7 |

PARTE PRIMA LA GIURISDIZIONE

Cap. I. — La Giurisdizione in generale.

| | |
|--|------|
| 4. Le funzioni dello Stato moderno | > 11 |
| 5. Caratteri particolari dell'attività giuridica dello Stato | > 13 |
| 6. Teorie sulla giurisdizione | > 16 |
| 7. Concetto di giurisdizione | > 21 |
| 8. Elementi del concetto di giurisdizione | > 21 |
| 9. Continua. I provvedimenti giurisdizionali. | > 23 |
| 10. Giurisdizione di diritto e giurisdizione di equità | > 26 |
| 11. Attività formalmente giurisdizionali. | > 28 |
| 12. Attività amministrative con aspetti giurisdizionali | > 30 |
| 13. La giurisdizione ordinaria | > 31 |
| 14. Ordinamento della giurisdizione ordinaria | > 32 |
| 15. Le giurisdizioni speciali | > 33 |
| 16. Le principali giurisdizioni speciali | > 34 |

Cap. II. — La giurisdizione civile italiana.

| | |
|---|------|
| 17. Giurisdizione civile (in senso lato) e giurisdizione penale | > 36 |
| 18. Rapporti tra giurisdizione civile (in senso lato) e giurisdizione penale | > 37 |
| 19. Giurisdizione civile (in senso stretto) e giurisdizione amministrativa | > 38 |
| 20. Rapporti tra giurisdizione civile (in senso stretto) e giurisdizione amministrativa | > 41 |

| | |
|---|---------|
| 21. La giurisdizione civile dello Stato | pag. 41 |
| 22. Sostitutivi della giurisdizione civile dello Stato | > 43 |
| 23. Continua. a) La transazione | > 44 |
| 24. Continua. b) La conciliazione | > 45 |
| 25. Continua. c) L'arbitrato | > 46 |
| 26. Continua. d) I provvedimenti giurisdizionali ed arbitrari stranieri | > 51 |
| 27. Continua. e) I provvedimenti giurisdizionali ecclesiastici | > 53 |
| 28. I conflitti giurisdizionali | > 53 |
| 29. Regolamento dei conflitti giurisdizionali di sovranità | > 55 |
| 30. Regolamento dei conflitti giurisdizionali di attribuzione. | > 56 |
| 31. Regolamento dei conflitti giurisdizionali di giurisdizione | > 58 |

PARTE SECONDA

L'AZIONE

Cap. I. — L'azione in generale.

| | |
|---|---------|
| 32. Diritto obiettivo e interessi subiettivi. | pag. 61 |
| 33. Necessità di una azione indiretta per l'attuazione dei fini di tutela | > 63 |
| 34. Teorie sull'azione | > 64 |
| 35. Azione (in senso) sostanziale e azione (in senso) processuale | > 68 |
| 36. Concetto di azione sostanziale | > 69 |
| 37. Presupposti dell'azione sostanziale | > 70 |
| 38. Elementi costitutivi dell'azione sostanziale | > 71 |
| 39. Concetto di azione processuale | > 74 |
| 40. Elementi costitutivi della pretesa processuale | > 76 |
| 41. Correlazione tra azione processuale e azione sostanziale | > 78 |
| 42. Condizioni per l'accoglimento delle azioni processuali | > 79 |
| 43. Rapporti fra meriti processuali. Indici di identificazione dei meriti | > 81 |
| 44. Identità di meriti processuali | > 84 |
| 45. Subordinazione di meriti processuali | > 85 |
| 46. Connessione di meriti processuali | > 87 |
| 47. Contraddittorietà di meriti processuali | > 89 |
| 48. Classificazione delle azioni processuali. a) Con riguardo agli elementi costitutivi | > 91 |

49. Continua. b) Con riguardo al merito pag. 93
 50. Continua. c) Con riguardo ai presupposti del merito » 93

Cap. II. — L'azione civile.

51. L'azione civile » 95
 52. Tipi di azioni processuali civili » 95
 53. a) Azioni dirette. aa) Azioni di mero accertamento. » 96
 54. Continua. bb) Azioni di condanna » 97
 55. Continua. cc) Azioni costitutive. » 98
 56. Continua. dd) Azioni di cognizione con prevalente funzione esecutiva » 100
 57. Continua. ee) Azioni esecutive » 101
 58. Continua. ff) Azioni cautelari » 102
 59. b) Azioni contrarie » 104
 60. c) Azioni di gravame (cd. « mezzi di impugnazione ») » 108

PARTE TERZA

IL PROCESSO

Capitolo unico — Il processo giurisdizionale.

61. Il processo giurisdizionale pag. 113
 62. Processo e causa » 114
 63. Struttura del processo giurisdizionale » 114
 64. I procedimenti giurisdizionali » 115