

9/77

Avv. ANTONIO GUARINO

Professore titolare nella R. Università di
Catania



LEZIONI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

III
B
h6

A cura di Enrico La Pergola

SEMINARIO GIURIDICO

N. d. inv 9/77



I N T R O D U Z I O N E

1. OGGETTO DEL CORSO. - Il corso di diritto processuale civile di questo anno accademico ha per oggetto: a) le nozioni preliminari del diritto processuale civile, b) le regole generali del processo civile, c) il processo civile di cognizione.

Non è possibile avvicinarsi allo studio del diritto processuale civile, anzi non è possibile avere una chiara idea di quello che è lo stesso diritto processuale in generale (civile, penale, amministrativo etc.), senza aver prima analizzato alcuni concetti fondamentali, che sono come i cardini su cui si impenna tutta la nostra scienza, cioè i concetti di giurisdizione, di azione o di procedimento giurisdizionale. Questi tre concetti rappresentano appunto le nozioni preliminari di ogni corso di diritto processuale, nozioni tanto più necessarie da chiarire, in quanto che i nostri codici di procedura (e, nel

Proprietà letteraria.

3-

Sanferrari

caso particolare, quello di procedura civile) evitano a bella posta di definirle. Ad esse principalmente saranno dedicate queste pagine, le quali non hanno lo scopo di riprodurre tutto il corso di quest'anno accademico, ma hanno soltanto quello di costituire una breve introduzione allo studio del diritto processuale civile italiano.

Quanto alle regole generali del processo civile ed a quelle relative al processo di cognizione, riteniamo che, oggi come oggi, il miglior libro di testo sia costituito dagli art. 1-473 del codice di procedura civile (c.p.c.), alla lettura e meditazione dei quali rimandiamo senz'altro lo studente. A distanza di appena due anni dalla entrata in vigore del nuovo c.p.c., sarebbe da parte nostra fatica assai poco fruttuosa rimescolare gli articoli di una legge così scientificamente progredita come l'attuale, per ripresentarli ricomposti in un più o meno originale sistema. Per ora il nuovo c.p.c., è, dal punto di vista dogmatico e sistematico, un'opera non facilmente superabile: il meglio è, quindi, studiarlo direttamente così

me esso si presenta, tanto più che lo studente non può (o non dovrebbe) aver dimenticato le considerazioni che si sono esposte oralmente dalla cattedra, nella interpretazione e nel commento dei singoli articoli o gruppi di articoli.

2. IL NUOVO CPC. - Il c.p.c. vigente è - come dicevamo - scientificamente assai progredito, e risponde in gran parte ai criteri dogmatici e sistematici elaborati, in più che quarant'anni di proficuo lavoro, dalla dottrina italiana. Non si tratta, bene inteso, di opera perfetta, che anzi numerose sono le pecche di vario genere, soprattutto determinate - per dirla col CARNELUTTI - dalla eccessiva fretta avutasi nel periodo delicatissimo della "montatura". Tuttavia è indiscutibile che i difetti del nuovo c.p.c. sono amplissimamente soverchiati dai pregi e che questi sono tali da porre, senza possibilità di dubbio, il nostro c.p.c. all'avanguardia di ogni legge processuale civile degli stati moderni.

E' bene avvertire subito, peraltro, che il nuovo c.p.c. ha incontrato ed incontra - come tutte

le cose nuove - non pochi riluttanti e molti pratici, addetti ai tardigradi sistemi del codice 1865 e ad essi (a quanto pare) profondamente affezionati. Inoltre, già si profila il pericolo, per questa nuova legge italiana, di dovere affrontare, nell'immediato futuro, gli attacchi di coloro che non la perdoneranno di essere stata realizzata da un regime politico nefasto per il nostro Paese. Ne è proprio da escludere che l'una e l'altra corrente di controriformisti si alleino, per l'occasione, nel motto comune di un "ritorno al 1865".

Al misoneismo della prima categoria di oppositori ed al confusionarismo alquanto incompetente della seconda categoria ogni onesto giurista deve, a nostro parere, reagire con tutte le sue forze. Se qualche norma dovrà scomparire e qualche altra dovrà essere modificata, il nuovo codice, in quanto tale, ha il pieno diritto di sussistere, quali che siano state le circostanze dei suoi natali, perché, pur con le sue inevitabili imperfezioni, esso è sostanzialmente il

to genuino di un movimento scientifico obiettivo, sereno e lungimirante, i cui rappresentanti - dal CHICVENDA al GAANELUTTI, dal REDENTI al ALAMANDREI dal SEGNI al SATTA e a tanti altri - oltre che assidui ed espertissimi frequentatori delle aule giudiziarie, sono stati e sono scienziati di levatura ben superiore agli influssi mutevoli della politica contingente.

Bisogna conservare, insomma piena fiducia nel nuovo codice ed adoprarsi con buona volontà per interpretarlo ed applicarlo bene.

3. LA RELATIVITA' STORICA DEI CONCETTI GIURIDICI.

Sebbene questo corso voglia ossero - come si è avvertito - essenzialmente pratico, tuttavia non potremo fare a meno - come pure abbiamo detto - di dedicare qualche parola alle nozioni preliminari di giurisdizione, di azione e di procedimento giurisdizionale. Non ne potremo fare a meno perché è indiscutibile (per quanto discussa) necessità di ogni attività pratica l'avere un solido "falsi consistere" teorico, da cui prendere le mosse per la comprensione delle

norma di legge.

Le nozioni teoriche non vanno, naturalmente, sopra valutato, come è vizio di alcuni studiosi moderni delle più varie branche del diritto. La "Scienza del Diritto" - se così la si vuol chiamare è una cosa utile ed essenziale, ma occorre che essa - come l'Aristotile del famoso quadro di Raffaello - guardi bene attentamente il terreno sul quale si muove. Ecco la ragione per cui noi ci sentiamo di definire la scienza del diritto come scienza storica, applicando a questa particolare attività dello spirito la concezione crociana della filosofia. Bisogna rendersi dunque sempre conto e ragione dello norme da interpretare, nel loro valore storico, per non incorrere nel pericolo di interpretarle male. E' una sana coscienza storica che deve animarci anche nella indagine relativa ai concetti preliminari di giurisdizione, di azione e di procedimento giurisdizionale.

Lo studio del diritto comparato e la cono-

scienza della storia giuridica, mettendo in evidenza quanti mai vari aspetti abbiano avuto i concetti fondamentali di giurisdizione, hanno portato anche per essi - come, del resto, per ogni altro concetto giuridico - all'affermazione della loro relatività storica. Non esiste un vero ed immutabile concetto della giurisdizione e dell'azione, ma questi concetti sono sempre da formulare in funzione dell'ordinamento positivo e del momento storico cui afferiscono (GALATEANDEI).

A questa giusta e logica, se non addirittura ovvia osservazione non tutti, peraltro, si adattano. Si è sostenuto in contrario - ed è una teoria che, esorbitando dal limitato campo del diritto processuale, abbraccia tutto il complesso dei concetti giuridici - che è possibile determinare un minimum di elementi caratteristici costanti della giurisdizione e dell'azione, valevoli a determinarli senza possibilità di variazioni in relazione a qualsivoglia ordinamento giuridico positivo, passato, presente o futuro^(*). Certamen-

^(*) ultimo FUGLIESE, Diritto romano e scienza
del diritto, in Ann. Univ. Macerata, vol. XV (1941).

te anche questa obiezione ha qual cosa di vero, ma a patto di ridurre i concetti di giurisdizione e di azione ad elementi talmente generici, da eliminare del tutto ogni loro apprezzabile fisio-
nomia.

La verità, a nostro parere, è che bisogna rimanere alla inutile ed inane fatica di decantare concetti giuridici assoluti nel campo del diritto. E, se a questa vana disputa abbiamo accennato, è stato piuttosto per mettere sull'avviso che non bisogna confondere - come spesso si fa, cadendo in una perniciosa forma di scetticismo scientifico - la valutazione dei concetti giuridici in relazione ad un dato ordinamento storico, con quella degli stessi concetti in relazione ad un dato momento politico o alle idee politiche correnti in un dato momento storico. Quello che bisogna sempre tenere presente, in questa delicata materia, è la sostanza dell'ordinamento giuridico che si studia, il suo valore storico, non l'etichetta politica, né i suoi aspetti puramente storici e sociali.

Passiamo a dare, per maggiore evidenza, due esempi dell'equivoco dogmatico che può essere ingenerato da questa e consimili confusioni di valutazioni storiche o di considerazioni politiche.

Il primo esempio attiene al concetto di giurisdizione. La Relaz. al Re sul cpc. (n.19), mettendo in rilievo che il nuovo codice si apre con le disposizioni sulla giurisdizione e sul giudice, mentre il cpc.1865 iniziava con le disposizioni sull'esercizio dell'azione, vanta questa opportunissima o logica variazione di ordine sistematico come "indice di un mutamento di mentalità": il cessato Codice si prospettava i problemi dal punto di vista del litigante che chiede giustizia, il nuovo se li propone dal punto di vista del giudice che deve amministrarla mentre il vecchio codice considerava l'azione come un princ della giurisdizione, il nuovo codice, capovolgendo i termini del binomio, concepisce l'attività della parte in funzione del potere del giudice". E' curioso osservare che questo radicale mutamento

di mentalità, questo capovolgimento di valori logmatici esiste solo nei detti della Relaz. e nelle molte parole di plauso ch'essi hanno suscitato, un pò leggerramente, in dottrina. In realtà nulla è mutato, almeno da questo solo lato: anche per il cpc. 1865 la giurisdizione era il primo logico dell'azione e l'attività della parte era in funzione del potere del giudice, mentre viceversa anche il cpc. vigente imposta sostanzialmente i problemi dal punto di vista del litigante che chiede giustizia. (talchè è stato mantenuto, in buona sostanza, il principio della disposività della giurisdizione). Tutto si riduce ad un, ripetiamo, lodevole rimpasto sistematico della materia, che contribuisce a dare al cpc. un carattere scientificamente progredito.

Il secondo esempio attiene al concetto di azione. Si disputa ad armi cortesi (tra il CALAMANDREI e lo ZANZUCCHI) se la concezione dell'azione meglio adatta al momento storico in cui il codice è venuta alla luce sia quella "collettivistica" dell'astratto potere di agi-

re e quella (intermedia tra la prima e la concezione "liberale" dell'azione come espressione del diritto subbiettivo minacciato) che si rifà alla costruzione chiovendiana del diritto potestativo, e si citano, per avvalorare l'una o l'altra tesi, brani della Relaz. al Re e principi caratteristici del regime politico fascista. Ma la disputa è vana - come risulterà ancor meglio appresso (cap. II) - perchè la realtà dell'ordinamento positivo impone, a nostro avviso, una terza soluzione del problema, per l'appunto una soluzione che potrebbe definirsi "liberale". Del resto, tanto la teoria dell'azione in senso astratto, quanto quella dell'azione come diritto potestativo furono formulate e sostenute, come ognuno sa, in tempi di liberalismo trionfante ed in ordine al cpc. 1865. Viceversa il nuovo cpc., pur essendo stato emanato da un regime politico antiliberale, non contrasta, anzi ammette senza difficoltà la formulazione del concetto di azione come diritto subbiettivo verso la controparte.

4. LENNI BIBLIOGRAFICI. - Queste pagine per il loro carattere elementare, non comportano citazioni di opere o autori così eccezionali. Lo stu-

dente è rimandato, per maggiori informazioni o più profondi orientamenti alla bibliografia scelta, citata qui di seguito una volta per tutto.

A) Per conoscere a fondo il codice di procedura vigente, occorre tener presente anzitutto la letteratura formata 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 (4^a ediz., Napoli 1928); Istituzioni di diritto processuale civile (2 voll., 2^a ediz., Napoli 1935) (nel vol. I, n. 32, amplissima informazione sulla letteratura anteriore, italiana e straniera); Saggi di diritto processuale civile (2 voll., 2^a ediz., Roma 1930-31).

BETTI, Diritto processuale civile italiano (Roma 1936).

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

REDENTI, Profili pratici del diritto processuale civile (2^a 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:

GALAMANDREI, Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice. Parte prima: Promesse storiche e sistematiche (Padova 1941).

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

JAEGER, Diritto processuale civile (Torino 1941).

SATTA, Guida pratica per il nuovo processo civile italiano (2^a ediz., Padova 1941).

FANZUCCHI M. T., Il nuovo diritto processuale civile, Vol. I: Introduzione e Parte generale (1^a ediz., Milano 1941); Vol. II: Dal processo di

cognizione (3^a ediz., Milano 1942).

b) Eccelle tra i commentari articolo per articolo:

ANDRIOLI, Commento al codice di procedura civile (3 voll., Napoli 1941-42: 2^a ediz. del I vol., Napoli 1943).

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

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

d) Tra i formulari, va segnalato:

BERNI-DALLARI-LUGO-SCARPELLO-STELLA RICHTERX, 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 1941, questa rivista interamente dedicata alla illustrazione del ma-

ve codice di procedura civile.

P A R T E P R I M A

N O Z I O N I P R E L I M I N A R I

Capitolo I-

L A G I U R I S D I Z I O N E

1. LE TRE FUNZIONI DELLO STATO. - Uno dei principi fondamentali dello Stato moderno, in quanto "Stato costituzionale" e "Stato di diritto", è quello della netta distinzione delle sue funzioni in: legislativa, giurisdizionale e amministrativa (o esecutiva). La garanzia delle libertà individuali e della uguaglianza dei soggetti giuridici di fronte alla sovranità esige che, per l'esercizio di ciascuna di queste tre funzioni, lo Stato assuma come una specifica individualità, manifestandosi in tre personalità distinte: Stato-

legislatore, Stato-giudice e Stato-amministratore.

Il criterio differenziale fra le tre funzioni sarebbe perfetto e sicuro se nettamente differissero non soltanto le singole attività nei loro caratteri sostanziali, ma anche gli organi cui esse sono demandate e le forme in cui esse si esplicano. Ma è intuitivo che questo vecchio ideale della "divisione dei Poteri", formulato per la prima volta dal Montesquieu della celebre opera sullo "Spirito delle leggi" e chiaramente espresso più tardi nella sedicesima "dichiarazione dei diritti" del 1789, non può essere realizzato, almeno in forma completa, da nessun ordinamento positivo. E' cosa nota che non può stabilirsi una netta differenza fra gli organi dello Stato a seconda che esercitino funzioni legislative, giurisdizionali e amministrative o nemmeno può dirsi che esistano (salvo eccezioni) forme esclusivamente legislative o giurisdizionali etc. Tutte al più può dirsi che vi sono negli Stati moderni organi tipicamente

giurisdizionali (es. la magistratura giudicante) o tipicamente amministrativi (es. i prefetti). E così può affermarsi, tutt'al più, che esistono forme tipicamente legislative (es. la legge) o tipicamente giurisdizionali (es. la sentenza) o tipicamente amministrative (es. la notificazione).

Per distinguere adeguatamente le tre funzioni dello Stato tra loro bisogna dunque limitarsi a considerare l'elemento della sostanza degli atti, che è elemento, almeno teoricamente, sufficiente. Ed invece nessun criterio può trarre tanto in inganno quanto quello della forma degli atti e soprattutto quello degli organi. A ben guardare, non esistono organi legislativi e giurisdizionali che non siano anche organi amministrativi (in senso lato). Tutti gli organi dello Stato sono, secondo noi, organi amministrativi, in quanto che per essi si realizza la ^{potestà} ~~potestà~~ di governo dello Stato: sono le varie manifestazioni di tale generale potestà, in quanto esercitate, che, specificandosi, determinano la loro differenziazione in organi legislativi, giurisdizionali e amministrativi (in senso proprio e stretto). Vedremo più innanzi

quale possa essere la importanza di questa precisazione. Qui passiamo senz'altro a tentare una definizione, per quanto approssimata, delle tre funzioni dello Stato moderno, avvalendosi esclusivamente del criterio sostanziale.

L'attività di produzione, diretta o mediata delle norme giuridiche prende il nome di legislazione. Mentre la legislazione è la funzione con la quale lo Stato pone l'ordinamento giuridico, la giurisdizione è diretta ad attuarlo e a mantenerlo: essa è cioè una attività di garanzia concreta del "rispetto" delle norme di condotta rimaste inosservate. Amministrazione è, infine l'attività dello Stato e dei minori enti pubblici (complessivamente indicati, appunto col nome di Pubblica Amministrazione), che è volta a realizzare i pubblici interessi, così come l'attività dei privati (singoli o collettività) è diretta alla realizzazione degli interessi privati.

2. FUNZIONE GIURIDICA E FUNZIONE AMMINISTRATIVA.

La legislazione e la giurisdizione sono due funzioni statali unite fra loro da un vincolo di complementarietà. Si può parlare, per conseguenza,

di una funzione giuridica (legislazione e giurisdizione) nettamente distinta dall'altra funzione amministrativa. Ma, per bene intendere la distinzione in parola, occorre fornire prima qualche precisazione sul concetto di "funzione pubblica".

Perchè lo Stato conservi la sua vitalità istituzionale, perchè possa, cioè, sussistere quale ente o "corpus" sociale, è necessario che esso svolga alcune fondamentali attività per la realizzazione dell'interesse supremo alla vita della società. Tali attività costituiscono la categoria più importante delle così dette "potestà pubbliche": la categoria delle "funzioni" (officia, munera publica), esercitate non per un interesse proprio ed esclusivo proprio, ma per un interesse impersonale ed oggettivo. Or bene, tanto la funzione giuridica quanto quella amministrativa sono, "munera publica" nel senso di anzi precisato, ma con questa differenza: mentre la funzione giuridica è mero "munus publicum", la funzione amministrativa dà anche luogo a rapporti giuridici specifici in senso tecnico, tra lo Stato e gli altri

L'amministrazione, pur rimanendo in generale un "munus publicum", in quanto procede dalla necessità di attuare interessi pubblici analoghi a quelli che costituiscono la "ratio" della funzione giuridica, provoca anche una individualizzazione organica, una personalizzazione dello Stato nella Pubblica Amministrazione, facendo sì che quest'ultima (Stato-Amministrativo) divenga titolare di diritti e di obblighi verso i soggetti con i quali viene giuridicamente in contatto. La distinzione tra questi due aspetti differenti della vita dello Stato non è certo cosa facile, anche perchè spesso volte accade che funzioni diverse vengano esercitate dallo stesso ordine di organi e che gli atti relativi presentino gli stessi aspetti formali. Per farsi una idea chiara in proposito, occorre - a noi sembra - insistere sul punto che la funzione giuridica è esercitata da una autorità che non è "parte" nei rapporti in cui entra, mentre la funzione amministrativa implica in ogni caso un immediato interesse soggettivo dello Stato. Da un punto di vista giuridico si può forse più efficacemente far

risaltare la diversità fra le due funzioni, rilevando che la prima è attività meramente altruistica (serva di elementi di interesse soggettivo), mentre la seconda è attività che si realizza attraverso elementi egoistici.

Le conseguenze che si possono trarre dalle precedenti considerazioni ci sembrano di grande importanza. L'esercizio di una funzione non implica mai l'esistenza di un obbligo dello Stato verso i soggetti giuridici ad esercitarla, nè implica quindi un diritto dei soggetti stessi a vederla esercitata. Lo Stato deve emanare le leggi o garantirne l'applicazione, ma non perchè taluno abbia la facoltà di pretenderlo da esso, si bene perchè vi è una "necessità istituzionale" della legislazione o della giurisdizione, nonché della rispondenza di queste attività ai loro fini. Vi è una vocazione ed attrazione spontanea dello Stato verso il sollecito ed efficace svolgimento di alcune attività, insite nella stessa natura di "res politica" o sociale: qualora manchi quella "potenza" istituzionale di cui dispone lo Stato

no a negare se stesso. In conclusione, non esiste un obbligo dello Stato ad emanare leggi opportune o a giudicare bene, nè vi è alcun subbietto giuridico che possa giuridicamente pretendere.

Queste considerazioni, che abbiamo fatto relativamente alla funzione giuridica per distinguerla da quella amministrativa (la quale, si ribadì, o anch'essa funzione statale, ma per di più si realizza mediante atteggiamenti subiettivi), possono e debbono essere ribadite, in particolare, nei riguardi della giurisdizione. Si pensa comunemente che i singoli abbiano un diritto verso lo Stato-giudice alatto esercizio della sua funzione: vi è anzi, come vedremo meglio più oltre (cap. II), una teoria che sostiene essere l'azione un diritto verso lo Stato alla tutela giuridica. Questa concezione è, secondo noi, errata e si basa su intuizioni assai poco precise. Vero è che i subbietti giuridici hanno un diritto verso lo Stato alla prestazione dell'attività giurisdizionale, un di-

o comunque di un diritto verso lo Stato-giudice. Questo diritto fa parte della categoria dei "diritti pubblici subiettivi", e più precisamente dei così detti "diritti civili", ma è un diritto che i subietti giuridici vantano verso la Pubblica Amministrazione in senso lato, cioè verso l'Amministrazione della Giustizia, non verso lo Stato giudice che per definizione non può rifiutarsi di giudicare. E se accade che gli organi giurisdizionali (in quante organi amministrativi) si rifiutino o comunque ritardino l'esatto adempimento dell'amministrazione della giustizia, i subietti giuridici potranno ottenere la condanna penale dei medesimi (art. 328 cp.) o la dichiarazione di responsabilità civile (art. 55 e 60 cpc).

3. -- LA FUNZIONE GIURIDICA IN PARTICOLARE. -- Dalla ricca varietà di situazioni e rapporti che nascono dalla coesistenza degli uomini, all'interno di un gruppo sociale organizzato (o istituzione), ci è dato isolare vari ordini di norme di condotta, di criteri destinati a reggere e disciplinare la vita degli individui.

A seconda della fonte (ethos, religione, costume sociale etc.) dalla quale promanano, tali norme acquistano propri caratteri e un diverso tenore di obbligatorietà. Ma quelle che non sono poste o comunque si ricollegano ad un atto di volontà statale presentano particolare struttura che li distingue da ogni altra.

I filosofi del diritto additano quale essenziale elemento della norma giuridica l'"imperatività", escludendo la giuridicità delle norme che non appaiono formulate come "COMANDO" o che a questo non si possano ricondurre.

L'imperativo può concretamente presentarsi anche negativamente, ma sempre, da ogni statuizione, è possibile trarre un contenuto positivo.

Se il diritto vuol garantita, ad es., l'integrità fisica e normale dell'individuo, può raggiungere il fine propostosi col vietare l'omicidio e tutti quegli atti che possano intaccare tale integrità. Esso impone, in una parola, ai suoi destinatari un determinato comportamento positivo anche quando si limiti ad enunciare un divieto. Da ogni prescrizione si può

za di un interesse, di una situazione da essa riconosciuta prevalente, del quale esige l'incondizionato rispetto.

Dal carattere imperativo della norma giuridica discende la necessità della coercibilità, cioè la capacità del diritto di attuarsi esigendo l'osservanza dei precetti, di realizzare l'ordine preventivamente stabilito.

La prima manifestazione di questa capacità è la particolare coazione psichica (il timore che la trasgressione generi effetti dannosi per chi la opera, il rispetto verso l'autorità che ha posto la norma), spesso accompagnata e corroborata da complessi motivi psicologici (sentimento di onore, di dignità, di civismo etc.), i quali, con l'azione di effetti a seconda della sensibilità dei singoli soggetti, favoriscono la spontanea osservanza della norma.

La derivazione statale (o da un ordinamento politico sovrano) di un precetto, cioè l'imposizione, sia pure perentoria, di un comportamento positivo o di astensione da parte dello Stato, anche se pre-

voci l'accennato contrungimento psichico, non è, tuttavia, elemento sufficiente per stabilire la "giuridicità" della norma.

Non basta, ripetiamo, che quest'ultima promana da un fortissimo, dal massimo potere pubblico. Non è sufficiente che la norma si appoggi alla autorità morale dello Stato. Occorre in più che l'ordinamento giuridico dello Stato prelispone un compiuto sistema di tutela della norma di condotta, in caso di inosservanza, e sia pronto ad attuare concretamente, quando occorra, questa tutela. E' un punto sul quale bisogna insistere, perchè non mancano le teorie che - alquanto superficialmente, almeno a nostro parere - si contentano di differenziare la norma giuridica dalle altre norme di condotta sociale in base al criterio della promanazione dallo Stato. La sanzione, la coercibilità non sono - secondo queste teorie - elemento essenziale della norma giuridica, ma questa concezione è indubbiamente erranea, e meglio si adatta ad una concezione primitiva del diritto: dei tempi, per intenderci, in cui lo Stato non era ancora l'organismo perfetto e compiuto che oggi è l'immagine perfetta di esso.

piena sovrapposizione di un potere politico ancora debole ad una realtà sociale autonoma e non "giuridica". Si pensi al caso del così detto "diritto internazionale", cioè a quel proteso ordinamento giuridico che non presuppone l'autorità sovrachianta di un super-Stato sui suoi sudditi (che sono gli stessi Stati sovrani): in questa materia si parla di norme giuridiche (norme giuridiche internazionali), ma si dovrebbe parlare, più propriamente, di "norme meta-giuridiche", ed è evidente lo sforzo (e l'impaccio) degli studiosi di diritto internazionale di ricercare in elementi artificiosi ed irreali (quali, ad es., il principio fondamentale "pacta sunt servanda") quell'elemento di obbligatorietà efficiente e concreta che alle cosiddette norme giuridiche internazionali manca del tutto. Le relazioni fra gli Stati sono il parallelo moderno di quelle che furono, agli albori della vita sociale, le relazioni tra gli individui: tutto va bene fin che le volontà sono concordi, ma se le volontà sono discordi, non si tratta, non c'è principio supremo che tenga, non c'è il principio tremante (tremendo

damento umano) "homo homini lupus".

La obbligatorietà efficiente e concreta deriva alle norme giuridiche, dunque, dal fatto che lo Stato predispone i mezzi per la tutela del loro "rispetto" da parte dei consociati, qualora restino, per qualunque motivo, inosservate. E come fa lo Stato a predisporre questa tutela? Lo Stato fa in questa maniera: esso aggiunge alle norme di condotta (la esso posto o da esso comunque riconosciute) delle norme di tutela, la cui caratteristica è di stabilire una conseguenza inevitabile per coloro che non osservino le norme di condotta; inoltre esso offre ai singoli mezzi perché, in caso di inosservanza delle norme di condotta da parte dei loro destinatari, possano conseguire il risultato "inevitabile" che è fine alle norme di tutela.

Va premesso che il diritto oggettivo è costituito in primo luogo da norme di condotta generali e astratte, le quali, prescrivendo determinati comportamenti a carico di determinate categorie di soggetti giuridici, vengono a dichiarare i loro interessi e altri

soggetti giuridici: dall'interesse dello Stato-amministratore a che la pace sociale non sia turbata dalla commissione di reati, all'interesse singolo a che il credito sia soddisfatto dal debitore, la proprietà sia rispettata dai terzi ecc.

Il modo in cui possono essere formulate le norme giuridiche è assai vario, ma logicamente la norma si concreta sempre in un precetto corrispondente ad una data ipotesi incerta. La legge non dispone per il presente o per il passato, ma prescrive determinati comportamenti per l'avvenire art. 11 c.c. (disp. sulla legge in generale); nè essa dispone in ordine a casi o a persone singoli, ma in ordine a tipi di casi e a categorie di persone, che l'avvenire vedrà concretarsi in uno o più casi e persone singoli (nel che si vedono i caratteri di astrattezza e di generalità della norma giuridica). Ogni norma giuridica si compone, pertanto, di due elementi ineliminabili: una fattispecie ipotetica (protasi di un pericolo ipotetico della possibilità) ed un precetto ad essa relativo (e cioè della azione o omissione da praticare in

pratica questi due elementi possono essere confusi, ma siccome essi non possono mai logicamente mancare, la prima funzione dell'interprete è appunto di trarli alla luce.

Questa struttura logica non è, naturalmente, esclusiva della norma giuridica, ~~ma~~ è comune a tutte le norme sociali di condotta (del costume, della morale, della religione, del diritto). Quel che caratterizza la norma giuridica rispetto alle altre norme sociali di condotta, è non soltanto che essa deriva direttamente (legge) o indirettamente (consuetudine) dallo Stato, ma che lo Stato conferisce al prosso il carattere di coercibilità, cioè la possibilità di essere rispettato anche con la forza (coazione), nel caso che resti inessiguito o violato. La norma giuridica viene ad essere pertanto formata da un binomio di norme: una norma di carattere prescrittivo, che stabilisce la obbligatorietà di un determinato comportamento in ordine ad una certa fattispecie ipotetica, ed una norma di carattere tutelare, che stabilisce una determinata pena totale della norma pre-

scritta (o meglio, degli interessi subiettivi ritenuti la questa degni di protezione) in ordine alla ipotesi che detta norma non sia rispettata. Si prenda ad es. l'art. 1168 cc. 1 cc.: a) norma precettiva: se taluno è possessore di una cosa (cfr. art. 1140 cc.), gli altri consociati non possono violentemente od occultamente spogliarlo del possesso; b) norma di tutela: se taluno spoglia violentemente od occultamente il possessore, questi può chiedere contro di lui la reintegrazione in possesso (azione di reintegrazione: da esperirsi entro l'anno dal sofferto spoglio). Altro esempio può trarsi dall'art. 624 cc. 1 cp.: a) se taluno detiene una cosa mobile, nessuno (salvo il proprietario) può sottrargliela, impossessandosene al fine di trarne profitto per sé o per altri; b) se taluno si impossessa della cosa mobile altrui; sottraendola al fine di trarne profitto per sé o per altri, lo Stato amministratore può chiedere che sia punito con la reclusione sino a tre anni e con la multa da lire trecento a cinquemila (azione penale per delitto di furto).

La situazione dianzi descritta può essere praticamente complicata, non solo dall'accennato fatto che i vari elementi delle singole norme possono essere confusi o dal fatto che la norma di tutela sia esplicita o quella di condanna implicita o viceversa, ma anche dal fatto che nell'ambito delle norme prescrittive, possono distinguersi norme di condotta primarie, secondarie ecc. Non sempre, infatti, il diritto obiettivo rivolge immediatamente una norma di tutela ad una norma di condotta: alcune volte esso stabilisce, per il caso di trasgressione di una norma prescrittiva primaria, una norma prescrittiva secondaria, mediante la quale viene a convertirsi l'obbligazione posta a carico dei consociati nella norma primaria. Un esempio tipico è quello dell'art. 1218 cc.: a) norma prescrittiva primaria: se taluno ha un credito verso tal'altro, questi è tenuto ad adempiere esattamente l'obbligazione; a') norma prescrittiva secondaria: se il debitore non adempie esattamente l'obbligazione, è tenuto al risarcimento del danno (e non è tenuto a

vi che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile); b) norma di tutela: se il debitore inadempiente non risarcisce il danno derivante al creditore dall'inadempimento o dal ritardo nell'adempimento, il creditore può chiedere la sua condanna al risarcimento (o la esecuzione forzata, e così via).

Orbene, il fine primario dello Stato legislativo è quello della attuazione delle norme giuridiche prescrittive, cioè della realizzazione di quegli interessi subiettivi cui, in un dato momento storico, esso ritiene debba essere data la prevalenza sugli altri: l'esplicazione di questo fine è affidata esclusivamente alla iniziativa dei subbietti giuridici destinatari delle norme prescrittive (obbligati quindi da queste a determinati comportamenti), ed è mezzo soltanto di agevolazione di essa il fatto che le norme di condotta promanino dall'autorità dello Stato (il che si esprime dicendo, come si è detto, che le norme giuridiche statali sono accompagnate dall'atto di emanazione psichica, rappresentata

ciati). L'attuazione delle norme giuridiche di tutela è, invece, un fine secondario, subordinato dello Stato legislativo, che intanto lo persegue, in quanto non si realizzi l'auspicata obbedienza dei destinatari delle norme giuridiche prescrittive: in ordine a questa non desiderata (ma possibile) ipotesi, lo Stato preordina i mezzi affinché la norma giuridica prescrittiva sia rispettata (i quali non sono sempre ed in ogni caso i mezzi perchè essa sia attuata), affinché quindi gli interessi subbiettivi da essa preferiti ottengano il "maximum" di riconoscimento compatibile col dato di fatto che già non sono stati spontaneamente eseguiti.

La giurisdizione è appunto il mezzo di cui lo Stato legislativo prevede di avvalersi per il caso di inosservanza delle norme giuridiche prescrittive. La sua legittimazione non sta nelle norme giuridiche di condotta, ma esclusivamente nelle norme giuridiche di tutela, in funzione delle quali essa vive ed opera.

Le conclusioni cui volevano giungere è ormai chiara. La giurisdizione è il complemento

necessario della legislazione - cioè la sua "salvaguardia", cioè il termine essenziale perchè possa parlarsi di funzione giuridica dello Stato - , così la norma giuridica non è una norma semplice, ma una "norma complessa e binomiale", composta di due norme tra loro interdipendenti: una norma di condotta ed una norma di tutela. In definitiva, la "giuridicità" delle norme sta nel secondo termine del binomio, nella norma di tutela, così come la giuridicità della funzione statale così detta "giuridica" sta nella predisposizione dell'attività giurisdizionale, come mezzo per la concreta realizzazione della attività di tutela.

3.-LA GIURISDIZIONE IN PARTICOLARE.- Non è male spendere qualche altra parola per dilucidare meglio il concetto generico di giurisdizione, nel quadro delle premesse dianzi poste.

In una ideale e perfetta repubblica basterebbe la semplice enunciazione del desiderio espresso dall'ente sovrano perchè esso venisse attuato dai subbietti in armonia con i fini e gli interessi comuni alla collettività e quindi a ciascuno dei suoi componenti. Ma la nostra personale, quotidiana

esperienza ci mostra che in realtà non sempre gli uomini sentono la necessità spirituale di ubbidire alla legge: all'incontro, spesso accade che quest'ultima venga infranta. Forse si dovrebbe amaramente concludere che dopo venti millenni di storia la vita sull'"aiuola che si fa tanto feroci", somiglia assai più al "brove, repugnante, bestiale" stato di natura descritto da Hobbes che alla serenità olimpica della "polis" platonica: ma non spetta a noi discorrere di tali situazioni o esprimere convincimenti al riguardo. Al giurista preme indagare attraverso quali forme il diritto si realizzi e spieghi concretamente la sua efficacia: con quali mezzi la norma giuridica destinata ad eliminare i conflitti più accesi si tramuti da astratta volizione in forza operante per il ristabilimento degli equilibri sociali.

Abbiamo detto più indietro che il legislatore impone sempre dei comandi, lei precisi imperativi che si impongono e far rispettare; la norma giuridica, scomposta nei suoi elementi costitutivi, accanto al "comando", è intesa come

comportamento che i suoi destinatari dovranno assumere, contiene anche la conseguenza (minaccia della sanzione per chi trasgredisca, promessa di aiuto per coloro che agiranno in conformità di esso) che si darà se in realtà la coincidenza della fattispecie tipica con quelle reali non si verifichi. E' questo il caso in cui, ad assicurare e realizzare la effettiva coazione, si sviluppa un'altra attività dello Stato succedanea della legislazione della quale è necessario sussidio e proseguimento: la giurisdizione. Fine essenziale di tale funzione è quella di garantire il "rispetto" delle norme giuridiche di tutela: suo carattere la eventualità perchè essa interviene solo quando la legge rimanga e rischi comunque di rimanere inapplicata.

E' infatti affermazione che risale al GIOVENNA che la giurisdizione è un'attività secondaria rispetto alla legislazione: forse è bene evitare, anche semanticamente, di stabilire gerarchia tra le due funzioni (entrambe sono, reciprocamente, autonome attività istituzionali richieste dalla complessità dei fenomeni sociali): più che in rapporto di gerarchia, esse sono in posizione di

parallelismo (e questo pare sia stato sostanzialmente il pensiero del grande Maestro). In generale non è però preclusa l'osservanza volontaria e l'adesione spontanea al diritto da parte dei cittadini: che anzi ciò deve costituire e normalmente costituisce la vita fisiologica del gruppo associato, come l'atmosfera abituale della cui esistenza noi ci accorgiamo tanto che siasi rarefatta. Unicamente quando incombe il pericolo che il diritto divenga "confusum atque perturbatum", lo Stato reagisce ed interviene attraverso la giurisdizione, a farlo rispettare. Ma chi guardi il fenomeno da un punto di vista più profondo ed ampio non potrà dubitare che lo Stato, anche quando si giovi di questa sua forza, tende sempre ad eliminare per il futuro le cause che potrebbero giustificare un ulteriore intervento, il quale non sia, come suol dirsi, semplicemente "oratorio" (cioè semplice minaccia della sanzione applicabile). Alla maturità spirituale di ogni individuo, all'educazione e alla sensibilità verso il rispetto dell'altrui libertà ed interessi, è innanzitutto dovuto.

e la vitalità del diritto. E se ciò è vero, risulterà ben chiaro il carattere di complementarità che la giurisdizione assume di fronte alla legislazione, del quale può trovarsi anche conferma in quanto brevemente diremo.

L'intervento giurisdizionale dello Stato per l'attuazione delle norme giuridiche di tutela non è certo comune a tutti gli stadi dell'evoluzione storica della coscienza giuridica dei vari popoli: si può anzi sicuramente affermare che tale fenomeno è principio fondamentale degli ordinamenti più recenti.

La prima forma di garanzia delle norme di condotta e degli interessi da esse dichiarati prevalenti fu quella unicamente affidata alla iniziativa degli stessi subbietti titolari degli interessi. Agli inizi della civiltà fu appunto l'"auto-tutela", l'uso della forza individuale, a piegare il contendente alla propria pretesa. Col graduale affermarsi dell'autorità di un ente sovrano capace di normalizzare i rapporti interindividuali e di garantire l'ordine sociale, lentamente ma sempre più decisa-

privata: lo Stato può gradualmente disciplinarla e circoscriverne l'esercizio entro certi limiti, fino a quando, negli ordinamenti odierni essa giunge a configurarsi addirittura come un regno. Se tuttavia dall'una parte viene eliminata per i singoli la possibilità di far valere le pretese usando della propria forza, dall'altra lo Stato sviluppa l'attività di ingerenza giurisdizionale nella difesa dei diritti, perfeziona mezzi tecnici e crea gli organi idonei ad esercitarla.

La figura privatistica dell'arbitrato può considerarsi come l'istituto dal quale deriva la moderna giurisdizione. Con esso, la decisione è affidata ad un terzo estraneo alla lite, il cui "animus" è perciò stesso imparziale ed obiettivo nel giudicare delle opposte ragioni. In un primo tempo il ricorso all'arbitro è veramente spontaneo, dettato, per ovvii motivi di convenienza e di reciproca utilità, dall'accordo tra le parti; più tardi il tentativo preliminare che accerti a quale dei contendenti sia lecito ricorrere alla forza privata per vincere

re l'altro alla propria pretesa non è più semplicemente facoltativo ma imposto dallo Stato (arbitrato obbligatorio). E con la istituzione dei giudici pubblici si giunge alla giurisdizione, nel senso cui noi abbiamo già accennato: mezzo necessario per la risoluzione delle controversie mediante il quale la Pubblica Autorità si sostituisce ai singoli e assicura che il titolare del diritto riconosciuto dallo Stato-legislatore possa ottenere effettivamente la "soggezione" del trasgressore. Costituendo la garanzia o attuazione del "rispetto" delle norme di tutela, la giurisdizione realizza la volontà del "procetto", o norma obbiettiva, e degli interessi subbiettivi che esso accoglie e difende.

4. TEORIE SULLA GIURISDIZIONE: LE TEORIE NEGATIVE.

Premessi questi cenni generali di identificazione, vediamo ora di precisare i caratteri della giurisdizione. Ed incominciamo con l'esaminare, sia pure in succinto, le principali teorie proposte in argomento.

a) Possono essere disposte in un primo gruppo, che ora non ci occuperemo di esaminare, le teorie che considerano la giurisdizione come insufficienti.

quelle teorie che 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, la esistenza di un contraddittorio, ecc. -

Queste teorie hanno il comune difetto di affidarsi ad elementi tipici, ma non esclusivi nella funzione giurisdizionale; ad elementi, comunque, che non sarebbero di per sé sufficienti ad individuare la giurisdizione.

Tipico della funzione giurisdizionale negli Stati moderni è il principio della indipendenza degli organi giudicanti da ogni altro potere, principio che porta con sé parecchi corollari (quale quello della inamovibilità dei magistrati della segretezza delle decisioni ecc.).

Questo principio è diretta filiazione del principio supremo della distinzione delle funzioni statali, nè può dirsi che esso ammetta deroghe, ma a ben guardare, esso non è esclusivo degli organi giurisdizionali: anche gli organi amministrativi sono indipendenti da ogni influenza esteriore nella valutazione del pubblico interesse, e così

pure gli organi legislativi nella produzione del diritto. Se poi si vuole dire che gli organi giurisdizionali si sottraggono, in quanto esercitano attività giudicante, al principio della gerarchia a differenza degli organi amministrativi, si dice cosa inesatta: tanto gli organi giurisdizionali, quanto quelli amministrativi hanno assegnata una sfera di competenza la cui non possono esorbitare (nel che si vede che opera il principio di gerarchia), tanto gli uni quanto gli altri hanno inviolabile libertà di esplicare le loro funzioni nell'ambito della rispettiva competenza; è vero cioè che il giudice non può essere ripreso disciplinatamente per aver giudicato in un certo modo, ma è altresì vero che nemmeno l'organo amministrativo può essere ripreso disciplinatamente per essersi valso in un certo modo del suo potere discrezionale. Vi è poi da considerare che - come abbiamo già prima precisato - tutti gli organi dello Stato possono dirsi, in senso ampio, organi amministrativi di esso.

Meno significativi ancora sono gli altri elementi posti in luce delle teorie che qui esamini-

La forma degli atti non può essere assolutamente assunta ad elemento di individuazione della funzione giurisdizionale (retro n.1): se la sentenza è una forma esclusiva dell'attività giurisdizionale, tuttavia l'ordinanza e il decreto sono forme comuni all'attività giurisdizionale ed a quella amministrativa. Quanto alla necessità del contraddittorio, basti rilevare che non mancano forme di processo senza un contraddittorio, mentre vi sono invece provvedimenti amministrativi (come quelli disciplinari) che richiedono la preventiva contestazione dell'addebito al trasgressore.

Vero è soltanto che la giurisdizione è normalmente accompagnata da alcuni caratteri formali, che non sono tuttavia né ad essa essenziali né ad essa esclusivi, i quali è utile tener presenti per un primo orientamento nella identificazione della funzione giurisdizionale. Tali caratteri sono principalmente i seguenti: 1) un organo caratteristico: il giudice (il quale può, peraltro, esercitare anche attività amministrativa, come nella giurisdizione volontaria, o - come si dice come-

nemente (ma v. infra n.9) - normativa, (come nella giurisdizione del lavoro); 2) un organo giudicante, che è in posizione di spiccata indipendenza rispetto agli organi amministrativi (ma anche il giudice può essere sottoposto a sanzioni disciplinari, le quali possono indirettamente influire sul modo di giudicare); 3) un regolare contraddittorio, come condizione per l'emanazione nel provvedimento giurisdizionale, e quindi come garanzia della uguaglianza delle parti (ma il contraddittorio può anche mancare come nel giudizio per decreto); 4) un procedimento stabilito con un "minimun" di requisiti formali, come garanzia della libertà delle parti e della indipendenza del giudice (ma analoghi procedimenti si incontrano anche in relazione all'attività legislativa ed a quella amministrativa).

b) Altre teorie possono qualificarsi scettiche, per il fatto che partono dal presupposto di una perfetta coincidenza tra attività giurisdizionale e attività amministrativa, intese ambedue come attività concrete di attuazione del diritto obiettivo. Queste teorie tentano, per conseguenza, di distinguere la giurisdizione dall'amministrazione

in base al rilevamento di particolarità secondarie, se non addirittura di sfumature.

Noi pensiamo che le predette teorie siano da met-
tere anch'esse da canto per due motivi: anzitutto
perchè errano nella premessa di una coincidenza
perfetta tra attività, amministrative e attività
giurisdizionale, secondariamente perchè - data e
non concessa la verità della premessa - del tutto
insufficienti ed illusori sono gli indici di diver-
sificazione cui esse si richiamano. La erroneità
della premessa scettica risulterà tra non molto
attraverso la dimostrazione che attività giurissi-
zionale ed attività amministrativa sono tra loro
sostanzialmente diverse; qui ci limitiamo, pertanto,
ad additare la insufficienza e la illusorietà de-
gli indici di diversificazione proposti.

aa) Secondo lo SCIALOJA, tanto l'attività giu-
risdizionale quanto l'attività amministrativa si
riconoscono la due elementi: un giudizio logico,
volto a stabilire la concreta coincidenza fra una
determinata fattispecie reale e la fattispecie
tipica prevista dalla norma giuridica, ed un atto
di volontà, volto a imporre l'adempimento dell'

dei consueti al precetto posto dalla norma giu-
ridica; salvo che nella funzione giurisdizionale
il giudizio logico prevale sull'atto di volontà,
mentre il contrario accade nella funzione ammini-
strativa. - A smontare questa teoria, basta riflet-
tere che vi sono forme di attività giurisdizionali
(come quella esecutiva civile) in cui il giudizio
logico si riduce al minimo di fronte all'atto di
volontà, mentre vi sono forme di attività ammini-
strativa (come quella disciplinare) in cui l'atto
di volontà quanto meno equivale il giudizio logico.

bb) Secondo l'ALLONHO, tanto l'attività giurissi-
zionale quanto l'attività amministrative hanno un
fine di giustizia, cioè di esecuzione della legge,
salvo che nell'una il fine di giustizia è esclusivo,
nell'altra il fine di giustizia è generico, mentre
a quello si accompagna in fine amministrativo spe-
cifico. - La verità è che il fine di giustizia, ri-
conosciuto come esclusivo nell'attività giurissi-
zionale, ha carattere troppo generico, per contrad-
distinguerla, mentre il fine amministrativo speci-
fico che caratterizza l'attività amministrativa

esclude la sussistenza, anche in secondo piano, del fine di giustizia: lo Stato amministratore non agisce per l'attuazione della volontà della legge, ma per il soddisfacimento del proprio interesse (che è il pubblico interesse): il risultato è teoricamente (non praticamente) lo stesso, ma la finalità dell'agire è diversa.

cc) Secondo il JAEGER, la giurisdizione ha il fine di accertare in concreto le situazioni atte a soddisfare il pubblico interesse supremo o integrale e di determinare il comportamento necessario a tal fine, mentre l'amministrazione ha il fine di accertare in concreto interessi pubblici specifici, valutati indipendentemente dal loro complesso e di determinare il comportamento necessario a tal fine. - Per quanto questa teoria creda di avere sostanzialmente distinto l'attività giurisdizionale da quella amministrativa, risulta che essa lo concepisce ~~identificando~~ ^{identificando}, salvo a cercare la distinzione nella diversa generalizzazione degli interessi pubblici da accertare e soddisfare. Per ripudiarla, basta osservare che non è pro-

ticamente impossibile (e teoricamente assai discutibile) distinguere tra interesse pubblico integrale ed interessi pubblici specifici: questi sono espressioni di quello e quello si esprime in funzione di questi. Oppure è da osservare che l'interesse supremo dello Stato è uno solo: quello alla vita della società (onde la ragione d'essere delle tre funzioni statali); ma gli interessi pubblici, di cui è titolare la Pubblica Amministrazione, sono cose diverse da questo interesse, almeno se lo si intenda in questo modo (che è l'unico modo possibile).

5. ALTRE TEORIE SULLA GIURISDIZIONE. TEORIE POSITIVE

La discussione sul concetto di giurisdizione comincia a diventare proficua, quanto si passi ad esaminare le teorie che hanno affrontato decisamente il problema di definire e di isolare l'attività giurisdizionale, considerandola unicamente nella sua sostanza.

c) Assai poco consistente, malgrado la estrema velleità di chi l'ha formulata, è la teoria del VARNHUTEN, secondo il quale la giurisdizione (e più in generale il processo) ha per scopo la giusta composizione delle "liti", cioè dei conflitti intersub-

biottivi di interessi (latenti o patenti), che, salvo casi eccezionali, sarebbero immanenti in ogni specie di procedimento contenzioso.

La caratteristica di questa teoria è - come bene è stato osservato - di porre a fondamento della giurisdizione un concetto storicamente superato, quale quello della lite, esponente di epoche in cui l'intervento statale a garanzia del diritto si aveva soltanto quando una controversia scoppiasse tra i sudditi, o comunque si manifestasse in atto o in potenza un conflitto di interessi tra loro. E' un grave vizio di origine del quale nessuno sforzo dialettico potrà mai salvare la teoria.

A parte l'ammissione dello stesso CARNELUTTI che esistono, come eccezioni confermantì la regola, processi senza lite (come quello di interdizione o inabilitazione, quello per separazione personale ecc.), va rilevato che una controversia, o anche solo un conflitto di interessi tra creditore e debitore non sempre può esservi nel processo esecutivo civile (si pensi al caso che il debitore non sia in grado di soddisfare il

espropriazione). E quando il CARNELUTTI risponde che vi è almeno, in questi e consimili casi una pretesa insoddisfatta da soddisfare, può replicarsi che, in forza di questa limitazione, il concetto della lite svanisce: tanto è vero, che egli è giunto ad ammettere, in ordine al processo penale (in cui, ad esempio, la confessione dell'imputato o la richiesta di assoluzione del P.M. non allevia il giudice da nessuno dei suoi obblighi), che qui basta, a differenza del processo contenzioso civile, "la realtà della lite". La realtà della lite, come ognuno capisce, è la negazione della lite stessa.

d) Un fondo di verità, se pure inficiato da eccessiva unilateralità di concezione, comincia a vedersi quando si passi all'esame della teoria tradizionale sulla giurisdizione (MANFREDINI, SIMONCELLI, GAMBINO, CASTELLANI), ultimamente riprova, con grande vigoria di argomenti dal BATTI. Secondo questa teoria la giurisdizione ha per fine esclusivo la tutela dei diritti subbiottivi, cioè la loro reintegrazione in caso di infortunio, di lesione o di effettiva violazione.

A questa teoria sono stati opposti argomenti inesatti oppure ben facilmente superabili. Si è detto che tutela dei diritti subbiettivi implica una tautologia, perchè i diritti subbiettivi sono essi stessi interessi giuridicamente tutelati (l'unica la formula suonerebbe: tutela di una tutela), ma si è detto assai male: i diritti subbiettivi sono interessi tutelati in astratto dalla legge, mentre nel nostro caso si tratta di una tutela concreta, della realizzazione pratica della tutela legislativa. Si è detto ancora che la formula tradizionale trascurava di prendere in considerazione quegli interessi subbiettivi che, pur non essendo diritti subbiettivi (perchè non protetti incondizionatamente dalle norme giuridiche), godono tuttavia di una protezione giuridica, sia pure condizionata o occasionale (diritti affievoliti, interessi legittimi), ma l'argomento è superabile integrando opportunamente la formula. Del resto, la distinzione tra diritti subbiettivi (interessi incondizionatamente protetti), diritti affievoliti (interessi condizionatamente protetti), interessi legittimi

(occasionalmente protetti) è una distinzione che non riguarda il momento concreto della realizzazione della tutela, perchè in questo momento o la tutela si riconosce esistente (ed allora ben si parla, senza sottolizzare, di diritto subbiettivo) o la tutela si riconosce inesistente (ed allora l'interesse non è realizzabile).

La sola e profonda critica che deve muoversi alla teoria qui esposta è - come si è detto - quella di unilateralità: essa cioè pecca per il fatto di guardare solo agli interessi subbiettivi da tutelare (interessi privati o pubblici che siano) e non anche all'interesse supremo dello Stato e che la legge sia esattamente applicata. Invece anche questa finalità è connaturata alla giurisdizione e lo dimostrano vari e significativi elementi: dal divieto dell'auto-difesa (la quale importa il pericolo di un eccesso di tutela dei diritti subbiettivi), all'ordinamento minuzioso del processo per garantire gli eventuali interessi contrari nei convenuti e soprattutto l'indipendenza del giudice, agli ampi poteri riconosciuti al giudice nel processo, per far sì che egli sia agevola-

to nella difficile opera di determinare esattamente (senza errori, nè in eccesso nè in difetto) la sfera di applicazione della norma giuridica.

e) Mentre la teoria subbiettiva sopra esaminata pecca di unilateralità in un senso, di unilateralità nel senso opposto pecca visibilmente la cosiddetta teoria obbiettiva, sostenuta da illustri processualisti moderni (WACH, OLIOVENDA, BETTI e molti altri). Secondo questa teoria, la giurisdizione è attività di attuazione del diritto obbiettivo, cioè di applicazione delle norme giuridiche alle fattispecie reali e di realizzazione forzata della loro osservanza.

Giustamente si oppone a questa teoria che essa, esplicitamente negando allo Stato giudice lo scopo della difesa degli interessi subbiettivi, si pone fuori della realtà delle cose, tanto più che il processo moderno (civile e penale) è processo di parte, nel senso che il giudice non può esercitare la sua funzione se non sia a ciò chiamato dai titolari degli interessi subbiettivi tutelati dalla legge ("nemo iudex sine actore"). Altre obiezioni hanno meno valore e possono facilmente es-

sere superate con un'adequata mutazione di formulazioni, ma questa è fondamentale e contribuisce fortemente a chiarire quale sia il punto debole della teoria obbiettiva: come non si può dire che il medico curi il malato esclusivamente per applicare i dettami della medicina, ma non per guarire il malato, così non si può dire che il giudice eserciti la sua funzione per applicare il diritto obbiettivo, ma non per realizzare gli interessi subbiettivi di quello tutelato. L'una cosa significa l'altra, e viceversa, e tutte e due concorrono sullo stesso piano a caratterizzare la funzione giurisdizionale.

f) Una tesi eclettica tra la teoria subbiettiva e quella obbiettiva vuol sostenere lo ZANZUCCHI, definendo la giurisdizione come una attività statale che ha per scopo immediato la realizzazione degli interessi subbiettivi e per scopo mediato l'attuazione del diritto obbiettivo. Ma questa teoria come tutte le teorie eclettiche finisce per ricadere in una delle due opinioni contrastanti che si conciliano, o precisamente in quella che

vede nella giurisdizione lo scopo di tutela degli interessi subbiettivi: in vero, parlare di attuazione della legge come scopo mediato della attività giurisdizionale, significa far consistere quest'ultima esclusivamente nella tutela degli interessi subbiottivi.

6. ALTRE TEORIE SULLA GIURISDIZIONE. SPUNTI DI UNA ESATTA NOZIONE DELLA GIURISDIZIONE. - Già

si intravede, attraverso i sommari spunti critici dianzi esposti, qual sia la via della soluzione. I sostenitori della teoria subbiettiva o quella della teoria obbiettiva commettono, a nostro parere, l'errore di ritenere che la prima concezione significhi necessariamente ripudio della seconda, e viceversa. Al contrario, noi riteniamo che l'attuazione del diritto obbiettivo si identifichi con la realizzazione degli interessi subbiettivi da esso tutelati, e che pertanto non vi sia luogo a parlare di due scopi distinti (anche se coordinati secondo il criterio della immediatezza e della mediatezza), ma di uno scopo unico dell'attività giurisdizionale; di uno scopo che si esprime in

diversi a seconda del punto di vista da cui lo si esamina.

Giunti a questa conclusione, noi possiamo anche passare a tentare di precisare meglio il concetto di attuazione del diritto obbiettivo (cioè di realizzazione degli interessi subbiettivi da esso protetti); e per ciò torna utile far cenno di due ulteriori teorie sul concetto di giurisdizione, le quali, pur ricollegandosi direttamente alla teoria obbiettiva ed al radicale equivoco della esclusione del fine di tutela degli interessi subbiettivi, rappresentano, per i nostri fini, un utile contributo.

g) Già il CHIOVENDA aveva messo in rilievo che l'attività giurisdizionale è una attività secondaria, consistente nella sostituzione di una attività pubblica ad una attività altrui. Sviluppando questa giusta osservazione, il REDENTI osserva che la giurisdizione consiste in una attività di coazione e di coercizione affinché il diritto sia rispettato, la quale si esplica soltanto a seguito di trasgressioni che verificatosi: essa consiste nella emanazione di sanzioni.

La tesi è, nella sua attuale formulazione, certamente da respingere, soprattutto perchè lascia pericolosamente indefiniti i contorni della attività giurisdizionale (talchè vien fatto di dubitare che abbiano carattere giurisdizionale la attività disciplinare, la esecuzione penale od altre attività notoriamente amministrative) e perchè costringe innaturalmente la funzione di mero accertamento del diritto a rientrare nel concetto di applicazione di sanzioni. Tuttavia, questa teoria ha il merito di aver posto chiaramente in luce che la giurisdizione non ha lo scopo di applicare le norme giuridiche meramente prescrittive, ma entra in funzione allorchè queste siano state trasgredite e persegue il fine di realizzare quelle ulteriori norme giuridiche che stabiliscono le conseguenze del comportamento di violazione di un precetto di condotta da parte dei consociati (norme inesattamente rapportate dal REDENTI al ristretto concetto delle sanzioni).

In realtà - come già ampiamente si è detto - vi sono due categorie di norme giuridiche:

le norme giuridiche sostanziali o prescrittive, che impongono un determinato comportamento da tenersi dai subbietti giuridici, e le norme giuridiche di tutela, che stabiliscono le conseguenze della trasgressione delle prime, conseguenze che si verificano esclusivamente attraverso l'attività giurisdizionale dello Stato. La giurisdizione interviene appunto quando il precetto della norma giuridica prescrittiva non sia stato osservato da chi alla sua osservanza è tenuto, ed è il mezzo necessario di cui devono avvalersi i titolari degli interessi subbiettivi insoddisfatti, se vogliono ottenere l'applicazione delle norme giuridiche di tutela.

h) Proseguendo sulla strada seguita dal REDENTI e studiandosi di evitare le critiche che possono muoversi al troppo limitato concetto della applicazione di sanzioni, il CALAMANDREI ha fatto ricorso, per definire la giurisdizione, al concetto di garanzia: l'attività giurisdizionale è attività di garanzia dell'osservanza pratica del diritto, cioè, in sostanza, è il mezzo con cui si attuano le norme giuridiche di tutela e quindi si assicura il diritto.

delle norme prescrittive.

Questa eccezione ha il pregio di cogliere molto acutamente la sostanza dell'attività giurisdizionale, che è attività sussidiaria rispetto a quella dei singoli ed è attività esplicantesi solo nel caso che occorra evitare la trasgressione delle norme giuridiche prescrittive. Le obbiezioni ad essa mosse fin ora non hanno, a nostro parere, molto senso. In particolare, quando si è detto che la formula qui esaminata descrive piuttosto un fenomeno, che non definisce lo scopo della giurisdizione, si è venuti implicitamente ad ammettere la eccellenza di essa: il fine della giurisdizione è, per il CALAMANDREI, sempre quello, difeso dalla teoria obbiettiva, della attuazione della volontà del diritto, salvo che il CALAMANDREI ha saputo anche mettere in luce il modo in cui questo fine si realizza, ricorrendo ad un concetto di ottima efficacia descrittiva e, nel contempo, molto ampio e soprattutto elastico.

Noi non aderiamo alla teoria del CALAMANDREI per la ragione già detta, che non condividiamo il punto di vista finale, che è quello uni-

laterale della teoria obbiettiva; tuttavia riteniamo che, messo da parte l'equivoco che falsa il punto di partenza della definizione, questa possa essere accolta ed utilizzata, principalmente per l'accennato carattere di elasticità del concetto di garanzia, che facilita la fusione in una definizione unica delle concezioni subbiettiva e obbiettiva.

7. DEFINIZIONE DELLA GIURISDIZIONE.—Attraverso le considerazioni precedentemente svolte, nella esposizione critica delle più notevoli teorie, che abbiamo fatta al fine di cogliere gli aspetti positivi di opinioni a prima vista nettamente contrastanti, si è voluto già enunciato il nostro concetto di giurisdizione, che possiamo ora compiutamente definire.

La giurisdizione è attività statale necessaria di attuazione delle norme giuridiche di tutela, quindi di garanzia del "maximum" di rispetto delle norme statali di condotta o degli interessi subbiettivi da esso dichiarati degni di prevalenza. Attività che ha la capacità di esplicarsi, per iniziativa dei soggetti giuridici che vi abbiano

interesse, nel momento in cui le norme di condotta restano inosservate. Attività che si risolve in provvedimenti definitivi o provvisori, di cognizione e di esecuzione forzata.

8. ANALISI DEGLI ELEMENTI DEL CONCETTO DI GIURISDIZIONE.

SDIZIONE. - Poichè, come dicevasi, molti degli elementi costitutivi della giurisdizione risultano già chiariti, basterà un breve commento alla definizione testè suggerita.

a) La giurisdizione è, innanzi tutto, "attività statale" perchè affidata ad organi dello Stato, e perchè il suo fine eminentemente pubblico, (attuazione delle norme giuridiche di tutela) ne esige appunto l'esercizio da parte della Pubblica Autorità. Attività "necessaria" di fronte allo Stato perchè essendo un "munus publicum", questo deve esplicitarla per vocazione istituzionale, per il raggiungimento dei fini sociali, spintovi dalla natura stessa di "ens politicum" o istituzione: "necessaria" di fronte ai singoli soggetti per il fondamentale principio del divieto dell'auto-tutela, proprio degli ordinamenti giuridici più moderni ed evoluti. Il divieto subisce variazioni

eccezioni, forse nessuna, se, come alcuni affermano, non si può considerare eccezione a detto principio la c.l. legittima difesa. In verità, qualunque sia il motivo che possa aver spinto il legislatore a legittimare l'auto-difesa (giustificazione di un'azione intrinsecamente ingiusta, ma discriminata pel fatto che la pena non avrebbe alcuna influenza su chi agisce in stato di necessità, riconoscimento dell'istinto di conservazione, e via dicendo), quando si verifichi una determinata situazione con certi caratteri, non si può certo giungere a considerarla come agiuridica e cioè addirittura fuori dell'orbita del diritto. In particolare, rispetto alla nostra legge penale, è richiesto il concorso di alcuni requisiti preventivamente stabiliti perchè sia ammissibile il "moderamen inculpatae tutelae" quali la necessità della difesa, l'attualità del pericolo minacciato, la proporzionalità tra difesa ed offesa etc. (cfr. art. 52 c.p.), requisiti che devono essere accertati dallo Stato a mezzo dei suoi organi giurisdizionali, perchè in pratica si possa distinguere tra difesa e

lotta privata senza misura e senza legge. L'individuo, che in questo caso, difende il suo diritto, reagisce così come reagirebbe lo Stato qualora fosse stato possibile intervenire in quell'evento: egli concorre alla reintegrazione dell'ordinamento giuridico, all'attuazione della garanzia del diritto esercitata dallo Stato, il quale, legittimando il suo operato, lo pone nella identica condizione di chi esercita una vera e propria funzione pubblica.

b) La giurisdizione è "attività di attuazione della norma giuridica di tutela". Sul concetto di norma giuridica di tutela si è già parlato (v. retro n.2), studiando la composizione della norma giuridica in generale, la cui struttura è binomiale (norma di condotta - norma di tutela), risultante cioè dal riconoscimento di un interesse prevalente e dalla sanzione minacciata nel caso di violazione di detto interesse. Se, per ricordare un esempio assai chiaro, assumiamo in esame l'art. 575 c.p., ci apparirà subito evidente la natura complessa della norma: "Chiunque commette la morte di un uomo" (il che

equivale a: "Non uccidere", dichiarazione di prevalenza dell'interesse dei singoli alla integrità della propria persona, ed in conseguenza l'imposizione di un comportamento che non leda l'interesse accolto dalla norma di condotta)); "è punito con la reclusione non inferiore agli anni ventuno" (precetto sanzionatorio che denuncia la conseguenza che scaturisce dalla violazione della norma di condotta e mira a garantire quest'ultima). È pacifico perciò che lo Stato, attuando la norma giuridica di tutela mediante la giurisdizione (principio cioè l'omicida), difende la norma di condotta e gli interessi da essa contemplati. Ne vale obiettare che nel caso sopra allegato, una volta verificatasi la violazione della legge non è più possibile rimedio alcuno, perchè "factum infectum non negit" (ed infatti il "trasgressore, quale che sia in terra dello Stato, non può essere costretto a non avere ucciso"): tuttavia la reclusione inflitta all'omicida lo metterà in istato di isolamento, impedendogli di reiterare la sua condotta delittuosa, e la pena attribuitagli, la sofferenza inflitta dall'isolamento e dall'aver, farà.

quando è possibile, più seriamente riflettere sulla opportunità di osservare la legge spontaneamente, a parte il fatto che essa costituisce sempre un ristabilimento, nell'interesse pubblico, dell'ordine giuridico turbato dal reato. Si è osservato giustamente, che la pena trova sempre innanzi a sé la libertà dell'individuo, nel senso che questo può liberamente conformare la propria azione alla norma (non esiste, dunque, coazione psichica determinata dalla eventualità di una sanzione applicabile al trasgressore perché egli liberamente avrà voluto obbedire col sacrificare di fronte al male minacciato il suo proponimento di uccidere) o del pari liberamente ribellarlesi sfidando le conseguenze del suo operato. Tutto ciò è esatto: e però non si potrà concretamente negare, ad es., che se io rubo mi sarà tolto "manu militari" il possesso della casa, o, se io son debitore e per mia colpa non posso eseguire l'adempimento in natura, sia tenuto a pagare una data somma a titolo di risarcimento, e che alla loro volta, se io non mi attengo a questo nuovo obbligo, i miei beni saranno

no espropriati o venduti perchè sul ricavato si sodisfi il creditore. Resta sempre - come si vede - la possibilità che le norme di condotta, attraverso l'attuazione delle norme giuridiche di tutela, abbiano garantito il "maximum di rispetto", anche facendo a meno della volontà del subietto di osservarle. Lo Stato immettendosi nella sfera giuridica del singolo, per mezzo dell'ingegnoso meccanismo delle sanzioni, compie con la forza, "invito domino", atti di disposizione ordinariamente riservati a quest'ultimo, soddisfacendo essi in effetti l'interesse riconosciuto prevalente dalla norma di condotta, allo stesso modo in cui l'avrebbe soddisfatto la volontaria osservanza, anche se tale attività non possa qualificarsi sempre, in senso stretto, applicazione dei precetti ora ricordati.

c) La giurisdizione è inoltre "attività che ha la capacità di esplicarsi dal momento ecc". Essa interviene solo quando si sia operata la inosservanza della norma (quando cioè l'azione del subietto non coincida con quella astrattamente ipotizzata dal precetto) non rimanendo escluse le possibili

supposta come aspetto abituale e desiderabile della vita del diritto.

1) Attività "che si esplica per iniziativa dei soggetti giuridici che vi abbiano interesse". Il semplice fatto che la giurisdizione sia un "munus publicum" o funzione statale non deve senz'altro far ritenere che essa possa esplicarsi anche quando non ne sia richiesto concretamente l'intervento. A differenza della amministrazione e della legislazione l'azione dello Stato è determinata unicamente dalla volontà dello Stato che promuove delle iniziative utili alla società, senza alcuna condizione o vincolo diverso da quello della rispondenza istituzionale ai fini loro propri. L'opera della giurisdizione deve essere richiesta da chi vi abbia interesse, da chi voglia ottenere giustizia, sia che si tratti dell'interesse del privato, sia che si tratti, come accade tipicamente nel processo penale (dove l'azione è sempre pubblica ed esercitata dal P.M.), dell'interesse dell'intera collettività. Questa particolare struttura della giurisdizione che la distingue da ogni altra pubblica funzione

apparirà giustificata quando se ne consideri la "ratio intima", e si scopra che si vuol garantire l'assoluta imparzialità del giudice anche col limitare la sua opera al caso e nei limiti in cui sia invocata. Si vuol cioè evitare che quest'ultimo, sostituendosi a chi pur direttamente interessato non abbia provocato l'intervento giurisdizionale per far valere il proprio diritto, rischi di assumere, per evidenti riflessi psicologici, una posizione unilaterale, si comporti involontariamente come "parte", mentre è necessario che il suo convincimento ed il suo giudicato scaturiscano da una ponderazione scrupolosa delle opposte ragioni, senza influenza di un "animus" preformato: deve essere sempre salva quella che bene si è definita "la necessaria indifferenza iniziale". La massima dottrinale "ne procedat iudex ex officio suo" trova riconoscimento positivo nell'art. 99 c.p.c. (necessità della domanda al giudice competente per far valere in giudizio un diritto: per proporla occorre - art. 100 c.p.c. - avervi interesse); e l'altra massima "ne eat iudex

pio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, è del pari accolta dal ppc. all'art. 112. Da questo articolo infatti risulta che il giudice: 1) non può né eccedere i limiti materiali e giuridici della domanda (perché violerebbe la regola di disposizione delle parti) né restringerli (diniego di giustizia), 2) non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere sottoposte soltanto dalle parti (le eccezioni di questa specie, come si vedrà più innanzi, diconsi eccezioni "sostanziali" o in senso proprio perché attribuiscono il diritto di annullare l'azione, e si distinguono dalle eccezioni processuali o improprie). La giurisdizione pertanto agisce quando ne sia espressamente richiesta: ma chiunque invochi l'intervento degli organi giurisdizionali, a difesa del proprio interesse riconosciuto prevalente dalla norma giuridica di condotta, dà occasione propria perché la realizzazione e il potenziamento del "rispetto" dei precetti di condotta contribuendo al raggiungimento del fine reciproco della giurisdizione stessa.

e) La giurisdizione è "attività che si risolve in provvedimenti ecc.". Sono concorrentemente definiti col nome di "provvedimenti" gli atti giuridici cui dà luogo l'esercizio di un potere: nel nostro caso, il potere di attuare le norme giuridiche di tutela (cfr. anche art. 131 cpc.). La descrizione dei vari provvedimenti comprende in gran parte tutte le manifestazioni delle attività giurisdizionali, e nei limiti del corso sarà oggetto della successiva trattazione. Intanto, con riferimento al contenuto, cioè considerando la maniera con la quale operano sulle situazioni giuridiche ricollegantesi a quella che in generale può indicarsi come l'inosservanza del diritto e gli effetti o modificazioni che si imprimono, essi possono fin da ora essere classificati come segue:

aa) Provvedimenti di cognizione o dichiarativi.

Perché la giurisdizione svolga la sua attività ed emani i provvedimenti è necessario presupposto che si proceda all'"accertamento", ad inquadrare cioè la fattispecie concreta oggetto del giudizio nella fattispecie normativa o fattispecie tipica posta dal legislatore, attraverso i vari mezzi del-

l'interpretazione della legge, la quale così, da astratta volizione, si muta in "precetto individuato" incontrovertibile, che regola un rapporto giuridico storicamente realizzato. Non è chi non veda l'importanza di questo primo momento dell'iter giurisdizionale, per le conseguenze che può avere su quelli successivi. La gnoseologia del processo di cognizione, secondo una fine indagine del CALOGERO, in quanto questo è diretto all'accertamento del fatto, può essere avvicinata al processo mentale onde lo storico, raccogliendo, vagliando e interpretando fonti e documenti attinge la verità e ricostruisce l'avvenimento che lo interessa. Il giudice ha di fronte a sé, al pari dello storico, un fatto, un evento non già come realtà esistente, ma come qualcosa da ricostruire. Così come la conclusione dello storico, l'accertamento giurisdizionale non può identificarsi con un processo formalmente logico riducibile allo schema di un sillogismo (il c.d. "sillogismo giudiziale"), la cui premessa maggiore ("de iure") e quella minore ("de facto") costituiscono per intero il ter-

mine che l'opera del giudice deve superare: il travaglio interpretativo che esso richiede è tutt'altro che una meccanica deduzione. Aderendo all'insegnamento tradizionale si potrebbe anche ammettere che, posta una particolare norma di diritto (premessa maggiore) e posta la fattispecie da giudicare (premessa minore), quando abbiano un elemento logico in comune, si ottenga la sintesi, cioè la qualificazione giuridica della fattispecie oggetto di giudizio. Ma la difficoltà maggiore è nel porre le stesse premesse, nel sapere stabilire i giudizi dalle cui sintesi risulta il sillogismo, e nello scoprire quell'elemento che essi hanno in comune. E' evidente che il compimento di tutte queste attività mentali, necessario per potere raggiungere la certezza irrefragabile del sillogismo, è ben più complesso, delicato e problematico di quello che occorre per trovare scolasticamente la conclusione delle due premesse del sillogismo stesso: questo può essere solo un programma-guida, nella gnoseologia dell'"accertamento, ma resta inerte, quando non occorra tutta la capacità tecnica del giudice, la sua vasta esperienza di uomo oltre alla sua sensi-

bilità giuridica. Se, per esprimerci più chiaramente, si presenti al magistrato Tizio che pretende il pagamento di una certa somma da Caio quale corrispettivo della propria prestazione in un contratto di compravendita, chi giudica deve prima apprezzare la concreta portata degli artt. 1470 e segg. cc. che regolano l'istituto, vedere gli obblighi e i diritti che ne discendono per le parti, distinguere la natura del contratto in esame da quella di altri istituti (ad es. della donazione), scovare dal complesso delle prove che si tratti realmente di una alienazione e non invece di un atto a titolo gratuito, dopo di che, posto che il Codice obbliga il compratore a pagare il prezzo della cosa ricevuta, posto che risulta la qualità di compratore di Caio e che questi non ha versato la somma dovuta, potrà concludere le sue laboriose indagini col sillogismo: "il compratore deve pagare il prezzo" (premessa de iure), Caio è compratore e non ha pagato (premessa de facto), ergo Caio è tenuto alla prestazione dovuta. Ma il sillogismo come si è visto, enuncia in forma schematica verità precostantemente acquistate: però

ciò non toglie che rimanga utile configurare le sentenze in tali forme verbali quando lo si ritenga opportuno per un più facile e rapido intendimento o perchè meglio risulti la loro conseguenza e chiarezza.

Questo breve discorso, di sapore alquanto teorico, (che non sarà speso invano se varrà a richiamare l'attenzione sulla delicatezza e l'importanza della prima fase della giurisdizione) non deve lasciar credere che i provvedimenti che abbiamo chiamato dichiarativi si risolvano in atti puramente logico-conoscitivi, come spesso si afferma al fine di ribadire e rendere concettualmente più evidente la differenza tra cognizione ed esecuzione. E' vero che nel momento successivo all'accertamento l'elemento volitivo è più facilmente isolabile, in quanto appare subito chiaro che chi opera per riaffermare anche con la forza il diritto, per tradurre in realtà il comando accertato deve avere formulato nettamente un programma volitivo, il quale anzi può considerarsi immanente nella stessa azione. Ma anche nella "applicazione" pura e semplice della

legge ("applicazione" in senso tecnico, da distinguersi dalla "osservanza" od "esecuzione") vi è sempre compresa anche un'espressione di volontà, la volontà della legge, che in seguito all'accertamento si individua in precetto concreto diretto al caso singolo: il giudicato riceve e potenzia, eliminando, ogni residua incertezza, la stessa autorità della legge che esso ha applicato giacchè, a seconda dei casi, può costituire il titolo o legittimazione necessaria perchè si proceda alla esecuzione forzata alla realizzazione della sanzione individuata mediante l'impiego della forza fisica. In ogni fase della giurisdizione la finalità pratica dell'attuazione della norma giuridica di tutela è assorbente (ci si provi ad immaginare un giudice, che nell'esercizio delle sue funzioni persegua finalità scientifiche!) molte volte solo per comodità didascalica si può distinguere (e la distinzione è sempre quantitativa, di intensità o grado, mai qualitativa) tra cognizione ed esecuzione, considerando se l'attività giurisdizionale si fermi alla proclamazione del comando o si affretti a trasferirlo in realtà.

tivamente. Il concetto di giurisdizione è unitario perchè è unita la sostanza dell'attività che esso teorizza: anche ne questa presenti vari aspetti e graduazioni derivanti dalle modalità e dalla profondità con la quale si realizza. Dopo questi cenni generali possiamo ora, senz'altro indugio, distinguere i provvedimenti di cognizione in:

1) provvedimenti di puro accertamento: i quali hanno il fine di dichiarare il diritto eliminando ufficialmente l'incertezza sulla volontà della legge, che avrebbe potuto causare l'inosservanza. Se questi provvedimenti concludono per l'inesistenza di un diritto vantato (sono tali tutti quelli che "rigettano" la domanda di parte diretta ad ottenere la dichiarazione) si dicono "negativi": nell'ipotesi inversa vengono definiti "positivi".

2) provvedimenti costitutivi: che son quelli che, oltre ad accertare il diritto con riferimento al passato, individuando il precetto giuridico per la concreta fattispecie, determinano per l'avvenire un mutamento giuridico e costituiscono (d'onde il nome di "costitutivi") una nuova situazione.

ne giuridica. Esempio tipico di tale specie i provvedimenti è l'annullamento di patrimonio, il quale risulta dalla constatazione di una di quelle cause che viciano la validità del vincolo, ed in più dalla volontà giurisdizionale che "annulla" cioè risolve dei diritti ed obblighi scaturenti dal rapporto matrimoniale; altro caso può ravvisarsi nell'istituto della rescissione del contratto (art. 1447 cc.) dove è possibile notare, oltre all'accertamento, la costituzione di nuovi effetti giuridici. La presenza di questo ulteriore elemento che distingue i provvedimenti costitutivi da quelli di mero accertamento, identificato nella manifestazione ora del secondo momento della giurisdizione (esecuzione forzata), ora di altra funzione (esecuzione amministrativa del mutamento giuridico proclamato) suggerisce al CALAMANDREI la definizione dei provvedimenti in esame come "atti giuridici oggettivamente o meglio funzionalmente complessi".

3) Provvedimenti di condanna: anche nei provvedimenti di condanna vi è qualcosa in più rispetto al mero accertamento del precetto giuridico,

o precisamente un nuovo comando che predispone la esecuzione forzata, (si parla, infatti, di "titoli esecutivi") cioè la possibilità e la legittimazione dell'impiego della forza fisica per la reintegrazione dell'ordinamento giuridico.

bb) Provvedimenti di esecuzione forzata o esecutivi: essi tendono alla realizzazione mediante mezzi pratici opportuni ed efficienti, della "soggezione" al giudicato accertante ufficialmente il contenuto e la volontà della norma primaria e ad eliminare concretamente le conseguenze della trasgressione. Non è opportuno tentare una classificazione dettagliata di questi provvedimenti per l'instabilità di ogni definizione che cercasse di costringere entro schemi, diversi da quello generalissimo ora ricordato, innumerevoli specificazioni e graduazioni di effetti.

Altra possibile distinzione è quella dei provvedimenti giurisdizionali in provvedimenti "definitivi o principali" o provvedimenti "provvisori o cautelari".

L'emaneazione degli atti giuridici di cui si è parlato sommariamente, richiede quasi sempre un

certo spazio di tempo, che, soprattutto quando gli organi giurisdizionali non funzionino con tutta celerità, può essere pregiudizievole alla efficacia reale dei provvedimenti stessi. Si pensi ad un caso che si dà assai spesso in pratica: Tizio è debitore di Caio e risponde (art. 2740 cc.) per il suo debito con tutti i propri beni, mobili o immobili che essi siano. La possibilità di aggredire il patrimonio di Tizio non è data a Caio se questo non prevochi l'accertamento giurisdizionale del suo diritto (di credito) e ottenga il titolo per potere procedere in via esecutiva all'espropriazione dei beni. Ma il debitore, mentre si svolge la fase del procedimento, potrebbe benissimo alienare i beni rendendo vana la legittima pretesa del creditore, se, nel caso, non fosse attuabile un particolare procedimento, il sequestro conservativo (art. 671 cc.), ad assicurare che la garanzia non rimanga senza frutto, sottraendo al titolare la libera disponibilità dei beni stessi, (non più come fine e al stesso, ma come mezzo e strumento

per l'efficacia di altri provvedimenti definitivi e principali), e a conservare integra la situazione di fatto favorevole alla attuazione di quelli atti di cui anticipa provvisoriamente gli effetti. Si dice perciò che i provvedimenti cautelari presentano la caratteristica della "strumentalità ipotetica" giacchè essi son sempre subordinati alla conformità delle decisioni definitive.

9. ATTIVITÀ INTERMEDIE TRA GIURISDIZIONE E LEGISLAZIONE. -

E' comune insegnamento della dottrina (GHIOVENDA, CALAMANDREI, ZANZUCCHI ecc.) che vi sono delle attività intermedie fra giurisdizione e legislazione, non facilmente contraddistinguibili e classificabili, in quanto si tratterebbe di atti giurisdizionali a contenuto normativo. Le due serie di ipotesi che si sogliono citare in proposito sono quella dei "provvedimenti secondo equità" e quella delle sentenze della Magistratura del lavoro in ordine allo stabilimento di nuove condizioni di lavoro.

A nostro parere, la comune dottrina incorre, su questo punto, in qualche equivoco ed in qualche errore, che è da correggere. Noi crediamo che - salvo

Le prime apparenze - non esistono provvedimenti giurisdizionali a contenuto normativo, e che, pertanto, non sia assolutamente da parlare di attività intermedie tra giurisdizione e legislazione.

Principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico positivo è il principio della legalità, solennemente sancito dalle nostre leggi processuali sia in civile che in penale. In civile vale il disposto dell'art. 113 co. 1 c.p.p.: "Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto"; in penale vale la norma dell'art. 1 c.p.: "Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite". Il giudice deve, insomma, come regola generale, giudicare sempre e soltanto secondo le norme del nostro diritto positivo, siano quelle espresse, siano anche quelle logicamente assunibili per analogia (la quale - si badi - non è ammessa in materia penale) dalle norme espresse.

Orbene, alla regola della pronuncia secondo diritto tanto la legge processuale penale quanto

to la legge processuale civile apportano subito delle eccezioni: la prima conferendo al giudice un certo potere discrezionale nella applicazione delle pene (che il c.p. non fissa esattamente, ma stabilisce nel massimo e nel minimo), la seconda stabilendo (art. 113 co. 1) che il giudice deve, sì, seguire le norme del diritto, ma "salvo che la legge gli attribuisce il potere di decidere secondo equità".

Restringiamo ora il nostro discorso alle pronunce secondo equità del giudice civile. Di esse si conoscono svariati tipi e varie gradazioni. a) un primo esempio è dato dall'art. 1176 cc., secondo il quale "nell'adempimento l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia": il giudice dovrà, dunque, se del caso, applicare il diritto col correttivo di una valutazione di equità, in quanto dovrà stabilire caso per caso quale sia e quale debba intendersi la diligenza del buon padre di famiglia. - b) Altro esempio proviene dalla art. 1462 co. 2 ecc., secondo il quale, nei casi in cui può essere apposta ad un contratto con prestazioni corrispettive la clausola

limitativa della proponibilità di eccezioni (det-
ti casi risultano dal co. 1 dello stesso art. 1462
cc.), "il giudice, se riconosce che concorrono gra-
vi motivi, può tuttavia sospendere la condanna, im-
ponendo, se dal caso, una cauzione": il giudice do-
vrà dunque, procedere a valutare equitativamente
la concorrenza, nella fattispecie sottoposta alla
sua cognizione, dei suddetti "gravi motivi". c) An-
cora, stabilisce l'art. 962 co. 1 cc. che "se sorge
controversia tra i proprietari a cui un'acqua
non pubblica può essere utile, l'autorità giudi-
ziaria deve valutare l'interesse dei singoli
proprietari nei loro rapporti e rispetto ai van-
taggi che possono derivare all'agricoltura o al-
la industria dell'uso a cui l'acqua è destinata
e si vuol testinare": ancora una volta, entro i
limiti segnati dalla legge, il giudice ha il po-
tere di procedere ad una valutazione secondo
equità.

Ma, a parte queste ipotesi specifiche, vi so-
no tre norme dello stesso cpc., le quali conferi-
scono al giudice (in deroga al principio genera-
le dell'art. 113 co. 1) il potere di recitare, in ogni

caso equità.

a) Giusta l'art. 113 co. 2 cpc., "il conciliatore de-
cide secondo equità le cause il cui valore non ec-
cede le lire seicento". - b) Giusta l'art. 114 cpc.,
"il giudice, sia in primo grado che in appello, de-
cide il merito della causa secondo equità quando
esso riguarda diritti disponibili delle parti e
queste gliene fanno concorso richiesta". -
c) Giusta l'art. 409 co. 2 cpc., "nella formulazione
di nuove condizioni di lavoro (cfr. art. 409 co. 1
n. 2 cpc.) la magistratura del lavoro giudica se-
condo equità, contemperando gli interessi dei la-
tori di lavoro con quelli dei lavoratori e tuto-
lando in ogni caso gli interessi superiori della
produzione".

In tutti i casi sopra descritti - salvo l'ulti-
mo, che esamineremo a parte - il giudice non giudi-
ca secondo le norme del diritto, ma, per ragioni
di pratica opportunità, è libero di creare, come
suoi darsi, egli stesso la norma applicabile alla
fattispecie concreta. Senonchè, direi ed ammetterò
che la equità - secondo la famosa definizione del-
la SCILIOVA - è "la giustizia del caso concreto"

non significa dire e ammettere che il giudice, quando giudica secondo equità, esprima attività di legislatore, produca cioè norme giuridiche. La norma giuridica ha - come sappiamo - le inconfutabili caratteristiche di essere generale o astratta: la decisione del giudice, anche quando viene pronunciata secondo equità e non secondo diritto, è e rimane specifica e concreta. In realtà può solo dirsi che il giudice civile (come quello penale) ha un certo potere discrezionale (più o meno lato, a seconda dei casi): ma l'esistenza di questo potere discrezionale non implica e non può implicare confusione alcuna tra attività giurisdizionale e attività legislativa, perchè è indiscutibile che rimangono fermi, anche nelle pronunce secondo equità, i caratteri tipici dell'attività giurisdizionale.

La dottrina (CHIOVENDA) ha parlato, quanto alle pronunce secondo equità del tipo fin qui esaminato, di "sentenze dispositive", come di una sottospecie dei provvedimenti costitutivi. Noi crediamo, dal nostro canto, che questa configurazione speciale di provvedimenti giurisdizionali

li non abbia ragione alcuna di esistere. La formulazione chiovendiana è, anzitutto, equivoca, perchè parlare di sentenze "dispositive" fa inevitabilmente pensare alle norme giuridiche dispositive, le quali sono - come si sa - proprio quelle norme giuridiche che possono essere liberamente derogate dalle parti (il che non è certo il caso delle così dette sentenze dispositive, in ordine alle quali dovrebbe, se mai, più propriamente parlarsi di "sentenze normative assolute"). Ma, soprattutto, è inesatto il concetto che sta a base della formulazione chiovendiana: la pronuncia secondo equità non ha effetto costitutivo (salvo che non incrisca proprio ad un provvedimento giurisdizionale costitutivo) perchè non produce, in sé e per sé, alcuna modificazione per l'avvenire. La creazione della così detta "norma" da applicarsi al caso singolo è, infatti, un principio logico della sentenza, non un effetto della sentenza stessa.

Sostanzialmente identico ai casi fin qui esaminati è il tipo della sentenza del magistrato

to del lavoro in merito allo stabilimento di nuove condizioni di lavoro. Indubbiamente anche in questo caso, il giudice primo formula il criterio adattabile alla controversia collettiva e poi lo applica: indubbiamente anche in questo caso si compie una attività tipicamente giurisdizionale. Tuttavia qui sorge la necessità di tener conto di qualche ulteriore elemento, in base alla considerazione del quale la più recente dottrina processuale si trovata concorde nell'avvermare che la sentenza della magistratura del lavoro, in quanto determina nuove condizioni di lavoro, è un caso tipico, anzi "clamoroso" di sentenza normativa, cioè di attività formalmente giurisdizionale e sostanzialmente legislativa. La sentenza del magistrato del lavoro interviene, infatti, in una "controversia collettiva" e sostituisce a tutti gli effetti il "contratto collettivo di lavoro": or bene il contratto collettivo di lavoro, quando sia regolarmente stipulato dai sindacati di categoria ha efficacia non soltanto per gli iscritti ai sindacati stessi, ma per tutti gli appartenenti alla categoria (i datori di lavoro e i lavoratori) a cui il contrat-

to si riferisce (art. 10 l. 3 aprile 1926, n. 563); dunque - si conclude la sentenza della magistratura del lavoro ha efficacia normativa perchè i suoi effetti non si limitano alle parti (sindacati), ma sono obbligatori per categorie indeterminabili a priori di datori di lavoro e di lavoratori. "Mentre nelle pronunce dispositive - dice il CALAMANDREI - il giudice di equità si limita a creare il diritto per il caso singolo in forma individuata e concreta, qui la magistratura del lavoro formula il diritto per classi in quella forma generale e astratta che è tipica dei comandi collettivi".

Noi ci dichiariamo nettamente contrari a queste illazioni della dottrina processualistica dominante. In primo luogo, ripetiamo che la valutazione di equità è un princ rispetto alla vera e propria attività giurisdizionale del magistrato del lavoro, il quale non dispone affatto per l'avvenire, nè con formulazione generale e astratta dei suoi comandi; il magistrato del lavoro, quando determina su richiesta dei sindacati le condizioni di lavoro, oltre non fa che loro

regolamento della fattispecie singola, della soluzione di quella singola e specifica controversia collettiva di lavoro che è stata portata alla sua cognizione da due o più sindacati (di datori di lavoro e di lavoratori) in disaccordo.

E' vero che le clausole del contratto collettivo ed il dispositivo della sentenza del magistrato del lavoro hanno effetto non solo tra le parti (sindacati professionali) ma in ordine a tutti gli appartenenti alla categoria sindacalmente rappresentate dalle parti, senonchè il punto da considerare è questo: tanto il contratto collettivo quanto la sentenza del magistrato non sono essi a disporre normativamente, ma è invece la legge (art. 10 l. 3 aprile 1926 citata, art. 1 e 5 Disposiz. preliminari) o riconnettere effetti normativi al loro contenuto.

E' ben vero che l'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale pone fra le fonti del diritto le "norme corporative" e che l'art. 4 indica fra le norme corporative i contratti collettivi di lavoro e le sentenze della magistratura del lavoro nelle controversie collettive; è ben vero

altresì, che l'art. 454 co. 2 c.p.c. ammette il ricorso in cassazione per violazione o falsa applicazione di norme di diritto "anche per violazione o falsa applicazione delle disposizioni dei contratti collettivi e delle norme equiparate". Ma tutto ciò sta a dimostrare soltanto che il nostro ordinamento giuridico ricollega efficacia normativa anche ai contratti collettivi e alle sentenze del magistrato del lavoro (che assumono la qualifica e le caratteristiche di "leggi in senso sostanziale"). In sé e per sé presi, in quanto attività, il contratto collettivo e la sentenza del magistrato del lavoro nelle controversie collettive sono, tuttavia, sempre ed in ogni caso atti di deliberazione concreta: l'uno è cioè un contratto (di diritto pubblico) fra due o più sindacati, l'altra è analogamente una sentenza fra due o più sindacati in controversia. Gli effetti riflessi dell'uno e dell'altro atto non interessano nè le parti nè il giudice; conseguentemente essi non devono influire sulla classificazione giuridica delle attività stesse.

Concludiamo, pertanto, che - malgrado le prime apparenze - non è dato, nel nostro ordinamento po-

sitivo, indicare alcun caso di attività intermedia tra la giurisdizione e la legislazione.

10. ATTIVITA' INTERMEDIE TRA GIURISDIZIONE E

AMMINISTRAZIONE. - Le conclusioni formulate

nel numero precedente non possono ripetersi relativamente ad alcune attività per le quali è da dire che presentano realmente ad un tempo caratteri giurisdizionali ed amministrativi.

Sappiamo infatti che la giurisdizione può fermarsi al "mero accertamento", alla individuazione della volontà della legge nel caso concreto eliminando in via preventiva la possibilità della violazione derivante dalla incertezza sulla precisa portata della norma. Orbene, esiste una attività esercitata da organi amministrativi (Autorità di P.S.), l'attività di polizia, la quale, secondo l'art. 1. T.U. 18 giugno 1931, "veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini alla tutela della proprietà, cura l'osservanza delle leggi e dei pubblici regolamenti", cioè, aggiungiamo noi svolgendo un controllo giuridico preventivo. L'affinità appare subito evidente, tanto che anzi non è mancato

l'autorevole asserzione del ROLLINO che l'attività di polizia sia semplicemente un aspetto della giurisdizione. Sostanzialmente i punti di contatto sono notevoli e indiscutibili; un qualche elemento di differenziazione esteriore si può ritrovare nel fatto che le due attività sono affidate ad organi diversi (giurisdizionali nel primo caso, amministrativi nel secondo) e soprattutto, nell'essere la polizia priva del giudizio o dell'accertazione propri dei provvedimenti giurisdizionali; ma qui si potrebbe obiettare che l'autorità di P.S. nello svolgere la sua azione, compie sia pure in modo sommario, lo stesso processo logico per mezzo del quale il giudice applica la legge e ne dichiara la volontà, (a meno che non si voglia insistere in una diversità di mere formalità).

Altro istituto intermedio tra giurisdizione ed amministrazione può considerarsi la "giurisdizione volontaria", la cui origine storica si ritiene comunemente derivi dal rispetto e dalla fiducia che hanno o meno gli organi giurisdizionali conquistata per la loro competenza ed indipendenza, e che sono affidate ad essi competenze diverse da

quelle ordinariamente esercitate,

Per distinguere la giurisdizione vera e propria (detta "contenziosa" per le litigiosità che generalmente ma non sempre presentano i rapporti di cui essa conosce) si ricorre a vari criteri non sempre esatti, o comunque assai discussi che non giova pertanto riferire.

Per rendersi veramente conto della natura della g.v. bisogna ricordare che l'autonomia del potere discrezionale concesso ai privati per la creazione, modificazione o svolgimento di rapporti o situazioni giuridiche mediante dichiarazioni di volontà, è spesso subordinata a determinati requisiti di forma o di tempo: talvolta l'ordinamento richiede, per investire di concreta efficacia le dichiarazioni di volontà dei soggetti, l'intervento di un organo dello Stato che collabori alla realizzazione degli interessi cui esse tendano. L'intervento può limitarsi ad un semplice controllo di legalità o spingersi ad un giudizio discrezionale di merito sull'opportunità o convenienza dell'atto. Il controllo di legalità si

tra in quell'aspetto della funzione amministrativa che qualche scrittore denomina amministrazione pubblica del diritto privato. Essa è esercitata ordinariamente, organicamente dalla Pubblica Amministrazione, (ad es. intervento dell'ufficiale di Stato civile nella celebrazione del matrimonio art.106 c.c.), ma in molti casi è affidata agli organi giurisdizionali e, sebbene si attui con procedimenti affini al processo civile vero e proprio (es: procedimento in Camera di Consiglio di cui all'art.737 c.p.c.), continua sempre ad appartenere, tranne che per il nome, alle funzioni amministrative.

La giurisdizione volontaria, o come s'è visto, amministrazione pubblica del diritto privato esercitata da organi giudiziari, si manifesta in moltissime forme di cui ricordiamo le più tipiche. a) Documentazione: es., ricezione da parte del Cancelliere della Pretura, dello rinuncio d'eredità, o accettazione con beneficio d'inventario (art.519 e 484 c.c.); intervento del giudice del registro per la iscrizione delle imprese nell'apposito registro, previo accertamento dell'esistenza delle condizioni richieste dall'art.2138-2139 c.c. e seg. l.c.

b) Prestazione di consenso, preventivo (autorizzazione) o successivo (approvazione, omologazione): essa, costituzione di nuove persone giuridiche (società per azioni 2330 c.c.); autorizzazione del giudice tutelare necessaria perchè il padre rappresentante legale del figlio minore possa compiere solitamente atti eccedenti l'ordinaria amministrazione sempre che questi risultino di necessità o utilità evidente per il figlio stesso. (art. 320 c.c.),
c) Conciliazione, la quale consiste nel fatto che lo Stato spesso volte si interpone per agevolare la composizione delle controversie e conflitti di interessi possibili o già in atto (composizione alla quale le parti possono giungere consensualmente, mediante la rinuncia alla propria pretesa di una di esse, o con la stipulazione di un contratto di transazione (art. 1965 op. segg.), anche senza l'intervento del conciliatore).-

Il nuovo codice non solo ha conservato l'istituto del conciliatore come organo apposito ed esclusivamente predisposto, ma ha esplicitamente stabilito all'art. 1965 c.c. che il giudice istruttore, quando le parti presentano cause la cui natura

ve cercare di conciliare le parti; nel qual caso si ha che nel corso di un processo giurisdizionale il giudice tenta la conciliazione cioè esplica funzioni che propriamente rientrano nella giurisdizione volontaria, salvo poi a continuare nelle proprie attribuzioni, se l'esperimento riesce infruttuoso.

S'intende bene come, se da un lato è preferibile ed augurabile che la maturità politica e giuridica dei cittadini sappia eliminare pacificamente, senza il ricorso alla giurisdizione in senso proprio, i conflitti di interessi, dall'altra è da considerare pericolosa l'eccessiva disposizione verso la accomandante rinuncia al proprio diritto la quale anche se talvolta possa apparire più conveniente, meno faticosa o rischiosa della lotta per ottenere giustizia, quando venga incoraggiata o spinta all'eccesso, finisce per gettare il discredito su tutto il sistema della legalità o per infiacchire lo stesso sentimento etico che comanda di mantenere integro l'ordinamento giuridico, condizione dell'ordine sociale. Dunque la necessità di casare il proprio diritto ancora una volta.

ficio dei propri interessi individuali.

Non è però sempre facile distinguere tra giurisdizione vera e propria e giurisdizione volontaria, soprattutto quando accanto a quest'ultima si considerino quei particolari provvedimenti da noi già ricordati, cui dà luogo la funzione giurisdizionale (stricto sensu): provvedimenti definiti "costitutivi". Se è vero che la giurisdizione volontaria si risolve spesso in un controllo giuridico preventivo, quasi in un potere di polizia giuridica, e che nei provvedimenti costitutivi (i quali appunto tendono alla costituzione di effetti giuridici voluti dalle parti, realizzabili soltanto con la collaborazione dell'organo giurisdizionale) è facilmente ritrovabile la caratteristica degli atti di volontaria giurisdizione, come si farà a coglierne praticamente gli elementi differenziatori? Si è affermato che nei provvedimenti costitutivi vi è sempre il "previo accertamento" di una situazione di fatto, necessaria perchè si conservi l'efficacia di una norma primaria o che perciò essi si risolvono sempre nella garanzia del

diritto: ma noi non crediamo che con tale criterio si possa sicuramente procedere ad una effettiva distinzione. Che anzi, come è stato generalmente rilevato, esiste una assai diffusa tendenza, contrastata invero anche dalla nostra legislazione positiva, e certamente non approvabile, la quale vorrebbe risolvere completamente la giurisdizione contenziosa in quella volontaria, e portare ineluttabilmente all'abolizione del processo civile, sostituendo all'imparzialità dei giudici l'arbitrio degli organi di polizia.

11. VARIE SPECIE DELLA GIURISDIZIONE. - Per chiudere la trattazione della giurisdizione accenniamo brevemente alla classificazione delle varie specie di questa funzione.

Dal punto di vista della quantità degli interessi che essa realizza, tenendo presente l'organo che li abbia, distinguiamo: a) la giurisdizione ordinaria che si riferisce ad una generalità di interessi o che può quindi qualificarsi come "comune" o "generale"; b) la giurisdizioni speciali, le quali valgono solo per certi interessi determinati o determinati di soggetti titolari, o dall'intrinseco

natura giuridica. E' da notare che il nuovo codice, riaffermando il principio dell'unità della giurisdizione ha riassorbito nella giurisdizione ordinaria gran parte delle giurisdizioni speciali sorte, in numero imponente (circa trecento), dopo la grande guerra del 15-18; questo turbava la sicurezza dei rapporti giuridici sebbene ritrovassero la propria origine e giustificazione nello sforzo di adattamento del diritto alle nuove esigenze e nel necessario riassetto di tutto l'ordinamento. La distinzione testè riferita riveste notevole importanza pratica, perchè, mentre la sentenza del giudice ordinario pronunciata fuori dei limiti della propria competenza, dopo i termini per impugnarla, acquista in base all'art. 324 c.p.c. autorità di cose giudicate, la sentenza del giudice speciale emessa nelle stesse condizioni, è sempre impugnabile, quand'anche fossoro dei giudici ordinari sono impugnabili, solo quando ricorrano gli estremi richiesti, coi mezzi di cui all'art. 323 e segg. c.p.c., mentre quelle dei giudici speciali sono sempre impugnabili (art. 324 c.p.c.) di fronte alla

Corte di Cassazione a sezioni unite nella ipotesi dell'art. 362 c.p.c. (ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione), non venne confusi con le giurisdizioni speciali gli organi speciali di Tribunali ordinari, che conoscono esclusivamente di alcune controversie rientranti tuttavia nella giurisdizione del tribunale ordinario cui essi appartengono.

Riguardo alla qualità degli interessi da realizzarsi è possibile un'ulteriore distinzione della giurisdizione in : a) giurisd. civile sotto la competenza della quale cadono tutte le controversie riguardanti, in senso ampio, ogni interesse tutelato da norme di diritto (privato e pubblico), o b) penale che attua le norme di tutela della legge penale. In fine, identificata e contrapposta la giurisdizione civile e quella penale, resta da distinguere la giurisdizione civile in senso stretto dalla giurisd. amministrativa. Qui il criterio non è basato più sulla materia (sebbene sia stato sostenuto, in questo senso, che la giur. ammin. attua soltanto interessi legittimi e non anche i diritti soggettivi, riservati alla giur. di Stato che

si potrebbe obiettare che oggi, la legge prevede, esplicitamente come è noto, casi nei quali la giurisdizione am. conosce di veri e propri diritti subbiettivi), ma ancora sulla diversificazione di giurisdizione ordinaria (civile e giurisdizione speciale (amministrativa). Data l'esistenza di altre giurisdizioni civili speciali, le quali tuttavia non hanno mai come oggetto controversie relative a rapporti pubblici con lo Stato in quanto tale, dobbiamo ulteriormente precisare che la giurisdizione civile in senso stretto è la funzione diretta alla attuazione di un interesse comunque protetto da norme che non sono di diritto penale e che non si riferiscono a rapporti pubblici con lo Stato in quanto tale.

====00====

Capitolo II.

AZIONE.

1.- DIRITTO OBIETTIVO E INTERESSI SUBBIETTIVI. - Si ricorderà che una delle caratteristiche essenziali per la quale la giurisdizione si distingue dalle altre funzioni statali risiede nel fatto che i suoi organi non possono esplicare la loro attività (attuazione delle norme giuridiche di tutela) "ex officio", senza cioè la sollecitazione da parte di chi risente direttamente gli effetti dell'inosservanza della legge (titolare dell'interesse riconosciuto degno di prevalenza dalla norma giuridica di condotta). L'invocazione dei singoli a che lo Stato intervenga con la sua autorità e la sua forza a garantire ed attuare il diritto, costituisce quindi un "limite" o "condizione" dell'esercizio della giurisdizione. Il che noi comunemente esprimiamo coll'affermare che nel nostro ordinamento (come pure in ogni altro ordinamento contemporaneo) non esiste giurisdizione senza azione.

A parte le considerazioni svolte in proposito più addietro (cap. I°), un'altro argomento che conduce a spiegare logicamente questa particolare situazione ci è suggerito da una evidente constatazione. Storicamente la organizzazione e il perfezionamento dei mezzi della difesa pubblica dei diritti, come è noto, precede o si evolve di pari passo con l'attuazione della definitiva scomparsa dell'auto-tutela. Ma anche dopo la totale sostituzione dell'attività pubblica alla forza privata nell'attuazione della legge, lo Stato mantiene come limite della sua funzione la concreta richiesta del titolare dell'interesse protetto dell'ordinamento, la quale anche oggi continua-
mo a chiamare in senso traslato "azione", ricordando appunto ricordare che l'azione materiale dei subbietti, volta in altri tempi ad affermare, direttamente con la forza fisica, il proprio diritto, si perpetua in certo modo (anche linguisticamente) nell'attività dei singoli per mezzo della quale essi mettono in moto, al fine di ottenere la protezione e la difesa dei propri diritti, il potere giurisdizionale dello Stato.

L'azione, nel senso della più comune e moderna accezione, può considerarsi "un'azione indiretta", strettamente legata nella sua origine politica e storica al divieto dell'azione diretta, alla negazione della capacità del singolo di perseguire materialmente l'oggetto del suo diritto o di eliminare con la propria forza tutte le cause che ne ostacolano la tranquillità e pacifica funzione: capacità che invece i romanisti individuano come il nucleo essenziale dell'"actio" arcaica. In conseguenza nel corrente linguaggio giuridico noi intendiamo l'azione, pur dopo la evoluzione e la trasformazione della sua originaria struttura nel "Klagrecht", come una posizione di vantaggio in cui il titolare del diritto subiettivo si trova o può trovarsi rispetto all'attività giurisdizionale dello Stato. Che si tratti di una posizione di vantaggio nessuno può dubitare quando si riflette che l'"actio" moderna, eliminando l'incertezza e i pericoli della contesa fisica individuale (anche se talvolta ne ottiene i vantaggi), si manifesta, in moltissimi casi, uno strumento assai più potente ed efficace dell'azione materiale.

Assai controversa è invece la figura giuridica che tale situazione assume nel nostro ordinamento: se si concretata, o non, nella titolarità di un vero e proprio diritto soggettivo. Si può anzi affermare che le più accese polemiche nella dogmatica contemporanea vertono principalmente su questo punto: ma di ciò diremo diffusamente più avanti discorrendo delle varie teorie relative all'azione. Intanto, per ben intendere i termini essenziali di tali discussioni e per poterne tentare una rapida visione sintetica, occorre ancora una volta riferirci alla nozione della norma giuridica come "norma complessa" o "binomiale" (v. cap. I°), risultante, nel suo insieme da due diversi precetti: norma di condotta, più norma di tutela. Correlativamente a questa nozione del diritto obiettivo, il diritto subjetivo si pone come "pretesa" spettante al titolare dell'interesse dichiarato prevalente, la quale si risolve nel caso che la norma di condotta e il comportamento da essa prescritto resti inosservato, nel "potere" di piegare il destinatario al rispetto della norma stessa.

In altre parole ciò significa che quella situazione

di vantaggio di cui sopra dicevasi, si manifesta sostanzialmente e anzitutto nel fatto che il singolo ha assicurato dall'attività statale il raggiungimento di un bene o il soddisfacimento di un interesse a cui vengono di solito sacrificati altri interessi; si stabilisce, quindi, un rapporto giuridico in cui al "potere" del titolare dell'interesse dichiarato prevalente della norma di condotta, corrisponde la "soggezione" di colui che non ha osservato il comportamento prescritto ed è perciò costretto al rispetto della stessa norma di condotta.

Coerentemente a questi principi, possono essere adottate le seguenti definizioni: "diritto obiettivo" è la facoltà di pretendere dal destinatario di una norma di condotta l'osservanza del precetto e subordinatamente di costringerlo al rispetto della norma stessa, se non sia attuato il comportamento prescritto; "dovere giuridico" è l'obbligo di effettuare il comportamento stabilito dalla norma di condotta, cui, in caso di inosservanza, si sostituisce la "soggezione" al potere (del titolare del diritto subjetivo) di costringere

coattivamente il trasgressore, al comportamento dovunque,

In un primo momento, nel rapporto di cui testè dicevamo, la pretesa è destinata a farsi sentire sulla volontà dell'obbligato, perchè l'avente diritto non può piegare con la propria forza il destinatario al contegno imposto: quest'ultimo è libero di effettuare o meno tale comportamento; il suo obbligo rimane, in sostanza, una facoltà. Perchè dalla semplice aspettativa, che si basa sulla volontaria osservanza del precetto da parte dell'obbligato, si giunga all'attuazione della soggezione effettiva, dove prima determinarsi il ricorso allo stato, il quale, valendosi della sua potestà coercitiva o d'imperio sui suddetti, realizza completamente l'interesse riconosciuto prevalente dalla norma di condotta. E per riprendere, a conferma di quanto affermiamo, i termini di una dottrina che ha avuto larga diffusione in Germania (formulata intorno alla struttura del rapporto obbligatorio, ma, secondo noi, estensibile allo studio di ogni interesse riconosciuto degno di prevalenza nell'ordinamento giuridico) ricor-

deremo che si distingue il "debitum" o l'esser tenuto da un comando della legge ad una prestazione (Schuld), che in sè considerato non attribuisce ancora al creditore un potere di costringere il debitore, ma semplicemente una pretesa ad ottenere l'adempimento: e l'obligatum esse" (die Haftung), o assoggettamento effettivo alla prestazione, che si attua mediante l'azione.

Questa distinzione, che si rivela sottile ma non, come qualcuno ha sostenuto, completamente inutile, perchè nel diritto moderno non c'è responsabilità senza debito o debito senza responsabilità, gioverà a meglio intendere per quale motivo, così come la "giuridicità" di una norma (vedi cap. I° n. 2) sta, in definitiva, nel secondo termine del binomio (nella norma di tutela), del pari un "interesse subiettivo" può dirsi "diritto subiettivo" solo se esista il termine subiettivo che corrisponde alla norma di tutela: il "potere". Correlativamente non si ha "dovere giuridico", se non vi sia possibilità di soggezione, cioè di costringimento al rispetto della norma di condotta rimasta inosservata. Pertanto, anche se non si voglia aderire ad una dottrina recentemente formulata e considerando l'ordinamento giuridico primario, presuppuesto delle

stesso rapporto giuridico di diritto sostanziale intercorrente immediatamente tra titolare dell'interesse prevalente ed obbligato (rapporto che, in conseguenza avrebbe natura secondaria o riflessa), non si può certo riconoscere che in effetti l'azione è il vero elemento di identificazione del diritto soggettivo. Ogni residuo dubbio in proposito può essere allontanato dall'esame di alcuni articoli del codice civile vigente, che prevedono casi tipici delle o.d. obbligazioni naturali, il cui unico effetto, riconosciuto dal diritto positivo e dalla tradizione romanistica, è la "soluti retentio" cioè la non ripetibilità di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali e sociali (cfr. art. 2034, 627 cc. 2, 1933, 2940 cc.). In buona sostanza, il testo positivo conferma che siffatti doveri morali o sociali (quale quello di eseguire una disposizione fiduciaria, o di pagare un debito di gioco, o un debito prescritto) non sono "doveri giuridici" perchè la legge non accorcia l'azione, cioè il potere di assoggettare

la giurisdizione.

2.- TEORIE SULL'AZIONE. - Nella premessa a questo corso già avvertimmo della inutilità di certe lunghe discussioni sulla relatività del concetto di azione e in generale della dogmatica giuridica: discussioni le quali in gran parte provengono dalla confusione che comunemente si fa tra la necessità di intima coerenza logica o di adeguazione alla realtà storica che la nozione di un istituto deve avere, e i giudizi filosofici circa la validità o la natura della stessa elaborazione scientifica del diritto. Infatti, dalla impossibilità di ritrovare la teoria esatta e "vera" di fronte a tutte le altre errate, discende non solo la necessità di considerare quale di esse si attagli meglio agli atteggiamenti politici di un determinato momento storico, ma anche la chiara coscienza che, scrutando con realismo scientifico e rigore filosofico, tutte le definizioni finiscono col diventare prive di senso, (ma di ciò non sembrano convinti coloro i quali, pur praticando la relatività del concetto di azione, sono poi costretti a indicare questa o quella no-

15-

zione come "la più adatta" ai tempi, appunto perchè, è stato ben detto, non si può filosofare rimanendo in posizione afilosofica cioè estranea al tono e al ragionamento filosofico). Però, quando si tenga presente la vera natura di schema pratico della costruzione dogmatica, questa ultima apparirà motivata o pienamente giustificata e rimarrà così insussistente la preoccupazione di proclamare la "relatività" del concetto di azione: relatività la quale non impedisce che tale concetto continui a manifestarsi necessario strumento nello studio del diritto.

Il mutare delle condizioni della vita sociale; e conseguentemente della scienza giuridica e del diritto positivo, renderà automaticamente inutile o meno utile lo schema da noi creato per dominare situazioni ormai remote e concezioni abbandonate: ma intanto di essa ci serviamo allo stesso modo in cui, senza riserve o timori, adoperiamo l'indice di un libro, certamente "relativo" alla materia contenuta nel volume, pur essendo convinti che, quanto quest'ultimo non verrà più letto, anche l'indice andrà in disuso.

Dopo questa precisazione, entriamo subito "in medias res". Le polemiche che sin dal principio del secolo scorso si agitano sempre vive tra i giuristi dimostrano la difficoltà di individuare la natura giuridica dell'azione e di inquadrarla nel sistema dei diritti; di stabilire, cioè, se essa sia o meno un diritto subiettivo, e di quale contenuto, di accertare se il diritto di azione sia autonomo o se debba considerarsi semplicemente un momento, un determinato atteggiamento del diritto subiettivo sostanziale: se, postane l'autonomia, rimanga accessorio e strumentale: di chiarire, infine, verso o contro di chi esso spetti. Gli studiosi hanno variamente risolto tutti questi problemi e la importanza o la vastità della conclusione cui la dottrina è pervenuta giustificano l'opinione di uno scrittore per il quale la scienza processualistica deve oggi considerarsi la disciplina più fine o più vicina alla teoria generale del diritto.

Per comodità di esposizione, le diverse teorie sogliono essere raggruppate come segue: a) teorie "civilistiche"; b) teorie "publicistiche"; c) teorie "intermedie" (di Giovanni, Weissman, Calamandrei).

Come però è facilmente intuibile, non sempre si possono far rientrare in una di queste partizioni le sfumature e i passaggi logici che presentano talune soluzioni.

A) Teoria civilistiche, che fanno capo principalmente al von Savigny in Germania, e al Gianturco, e a Nicola Coviello in Italia. Un esame, anche sommario, dello schema tipico del rapporto obbligatorio, fa ineluttabilmente concludere che l'interesse costituente il nucleo essenziale del diritto del creditore tende ad ottenere la prestazione dovuta dal debitore. L'ordinamento giuridico riconosce tale interesse e gli accorda, al tempo stesso, tutela, disponendo che nel caso di inadempimento il creditore potrà ricorrere agli organi giurisdizionali per avere assicurata la realizzazione della propria protezione mediante la esecuzione, anche forzata, della prestazione (o quanto non sia più possibile) del suo equivalente.

Se Tizio mi deve cento e rifiuta di pagare, io ricorro al magistrato, esercito l'azione. Ma la possibilità di questo ricorso, di invocare a

mio favore l'intervento dello stato, e senza dubbio legata alla mia qualità di creditore di Tizio, alla mia potestà di riavere la somma. Il diritto di credito, direttamente scaturito dalla particolare situazione di diritto e di fatto nella quale io mi trovo di fronte a Tizio, ha già "in nuce" la forza potenziale di tramutarsi in un secondo momento, qualora venga lesa, nel diritto di procurare mediante gli organi giurisdizionali la soggezione di chi lo offende al rispetto concreto della norma giuridica che lo sancisce e lo riconosce: che anzi questa forza, questa capacità di reazione contro la eventuale violazione è una qualità che accompagna il diritto soggettivo fin dalla nascita, e scompare solo quando il diritto cessa o perde l'efficacia.

Partendo da queste premesse, gli insigni Maestri del diritto civile concludevano, logicamente, che tra diritto soggettivo sostanziale o diritto di azione non esiste una diversità strutturale (ossia sono soltanto aspetti o momenti diversi) appunto perchè non si riscontra diversità di contenuto e direzione. Il diritto di azione (è stato detto immaterialmente) è il diritto soggettivo sostanziale "

"sul piano di guerra" o "alla seconda potenza".

E' merito del Pokolis l'aver tentato di lumeggiare, con una indagine non consueta tra i giuristi, le diverse teorie sull'azione, in rapporto ai generali movimenti di idee e alla storia politica e civile del secolo scorso. Il motivo della grande fortuna della teoria del Savigny si dovrebbe, secondo il Pokolis, alla vasta diffusione che in Germania ebbero le idee propugnate dalla scuola romantica e storica del diritto e alla prevalenza che questa attribuiva alla produzione spontanea del diritto popolare e alla elaborazione dei giuristi i quali ormai rappresentavano il popolo in tale funzione di difesa contro l'arbitrio del diritto codificato. La "historische Rechtsschule", di cui il Savigny fu tra i più grandi assertori, ha perciò portato a riconoscere e a difendere la supremazia del diritto privato oggettivo e soggettivo su ogni forma di diritto pubblico (oggettivamente o soggettivamente considerato). L'azione fu perciò considerata come un'espressione, una parte, meramente accessori o funzionale del diritto soggettivo sostanziale. Pur dopo la unificazione

zionale, ad opera della Prussia, e il rafforzamento dei poteri centrali dello stato che pone un sempre crescente interessamento per gli studi di diritto pubblico e processuale in ispecie, i giuristi non si sottraggono alla influenza degli insegnamenti della scuola del Savigny. Spodestati dalla loro primitiva importanza e dal privilegio di rappresentare l'intera comunità nella creazione del diritto, di cui per lungo tempo avevano goduto, essi reagiscono alla "statalizzazione" del diritto col "giuridicizzare" lo stesso Stato, col cooptare "more giuridico" l'intero ordinamento pubblico, persino configurando l'ente sovrano come "persona giuridica". In ostanza la costruzione dogmatica del c.d. "stato di diritto" significa anzitutto, trasposizione dei concetti e dei metodi d'indagine propri del diritto privato al diritto pubblico. A base di questa tendenza vi è, dice bene il Pokolis, una esigenza e un ideale di natura politica, quello di frenare l'invasione dei poteri statali mediante e dentro i limiti del diritto e di garantire in tal modo le fondamentali libertà dei singoli (lo "Stato di diritto" può perciò considerarsi la più

naturale manifestazione del liberalismo tedesco);
na, secondo noi, vi è essenzialmente la necessità
di dovere inquadrare "sub specie iuris" i multi-
formi aspetti della vita dello Stato; e per que-
sta opera di sistemazione scientifica si rivelò
ottimo strumento tutta la dogmatica del diritto
privato che tanta perfezione aveva raggiunta. Co-
sì, se da una parte i processualisti tedeschi (che
al pari di tutti gli altri studiosi, parteciparo-
no a questa nuova ripresa o fase della scienza
giuridica, in quanto uomini interi cioè non soltan-
to giuristi) aprivano il loro animo anche ad al-
tri interessi e combattevano con ogni mezzo in lo-
ro potere per le convinzioni ed ideali non pro-
priamente scientifici (talvolta, più o meno coscien-
tamente, lasciando che questi ultimi influenzasse-
ro le proprie dottrine); dall'altra, secondo quanto
noi pensiamo, essi non potevano dimenticare che la
loro missione o, come diceva il Savigny, la loro vo-
cazione naturale era quella di mantenersi al di-
fuori di ogni perturbamento o influsso politico,
per quanto profondamente radicato e assorbente.
Solo col rispetto della serenità e della obietti-

vità scientifica, lo studio sistematico del diritto
poteva continuare a dare quei gloriosi e fecondi
risultati che aveva vantato per il passato.

Nel campo strettamente tecnico sono state mos-
se alla teoria civilistica molte critiche, le qua-
li però sembrano facilmente superabili. In gene-
rale è stato notato che non sempre l'azione pre-
suppone un diritto subjettivo materiale insodi-
sfatto di cui si chiede la realizzazione mediante
la giurisdizione, o che l'azione spetta al conve-
nuto pel solo fatto di essere chiamato in giudi-
zio, sia pure per una pretesa infondata. Ma giu-
stamente si è risposto che così si confonde la
azione-diritto (o in senso proprio), la quale è sem-
pre legata al diritto subjettivo sostanziale, con
l'azione-attività (o in senso processuale), che
invece serve come strumento per l'esercizio del-
la prima e si identifica con la mera possibilità
di provocare l'attività giurisdizionale con una
domanda fondata o meno. L'unica accusa che in
fondo si può rivolgere con fondamento alla teoria
civilistica è quella di essere (specie nelle
Procedure Civile

prime formulazioni) alquanto confusa ed incerta nella distinzione tra i due elementi fondamentali della "pretessa" e del "potere". Pertanto i processualisti, i quali più recentemente hanno ripreso e sviluppato questa dottrina si sforzano di chiarirla, naturalmente tenendo conto degli studi e delle conclusioni di cui la nostra scienza si è successivamente arricchita. Così il Rovente autorevolmente precisa la differenza, che sopra ricordavamo, tra azione-diritto e azione-attività. L'azione-diritto è una particolare posizione che può assumere in determinate circostanze il diritto soggettivo sostanziale fondamentale, e preesistente: è lo stesso diritto, fatto valere in giudizio testo che se ne sia verificato un inadempimento. L'azione, intesa in questo senso, può quindi considerarsi diritto autonomo, ma sempre secondario, che spetta a "chi ha ragione", cioè al titolare del diritto sostanziale o primario, nei confronti dell'inadempimento, al fine di ottenere, attraverso l'attività giurisdizionale, la esecuzione della prestazione o del suo equivalente. Ben distinta da cosa

è l'azione-attività, preordinata dall'ordinamento giuridico per rendere attuabile la prima: consiste nella possibilità, concessa a tutti i cittadini, di proporre istanza, fondata o infondata che sia, perchè l'organo giurisdizionale possa accertare quali tra di esse meritano di essere accolte. L'azione, in questo ulteriore senso, non può assumere la figura di un diritto soggettivo, come, all'incontro, accade nel primo caso in cui l'attore chiede il riconoscimento di un interesse che l'ordinamento già riconosceva degno di prevalenza.

B) Teorie pubblicistiche o processualistiche.
Contro la dottrina civilistica insorsero, fin dalla seconda metà del secolo XIX, soprattutto in Germania, molte teorie, che qualificammo complessivamente come teorie pubblicistiche o processualistiche, le quali considerano l'azione ora come un diritto autonomo volto ad ottenere dallo Stato un provvedimento giurisdizionale favorevole (in senso concreto: Wach, Schmidt, Stein, Heim ed altri) ora come prescindente assolutamente dalla situazione materiale, astrae cioè dal fatto di vera ragione o torto (in senso astratto: seguita da A. Garofoli, Carnelutti, Esposito).

atti).

a) In senso concreto, l'azione viene concepita diritto autonomo rispetto al diritto sostanziale, a differenza di quest'ultimo, indirizzato più verso il soggetto passivo del rapporto giuridico privato per ottenere l'adempimento della prestazione, sibbene verso lo Stato, perché sperti un atto atto di tutela giurisdizionale (Rechtsschutzanspruch). Questa teoria (si obietta, secondo Giustamento) sovrappone e confonde due fenomeni paralleli. L'azione staccata dal diritto sostanziale, cambia di direzione e si rivolge allo obbligato ad eseguire una prestazione a favore del cittadino; tuttavia nel pensiero degli autori che sostengono la dottrina di cui diciamo sempre riferimento ad una situazione di fatto, concretamente determinata (azione è perciò concreta in senso concreto), la quale ha come premissa e prece del rapporto giuridico sostanziale. Ed oltre a ciò lo schema privatistico del rapporto tra aventi diritto ed obbligato, che si appropria quanto si consideri l'azione come parte del diritto sostanziale, non

serve più se questa venga configurata come diritto soggettivo verso lo Stato. Lo Stato-giudice non può infatti assumere la particolare posizione propria dell'obbligato ad una prestazione, il cui interesse è sacrificato dalla norma di condotta ad un altro interesse riconosciuto prevalente. La giurisdizione (v. cap. I°) è funzione che lo Stato esercita per necessità istituzionale, perché ne ha il "monopolio" e non l'"obbligo"; nel rendere giustizia esso non sacrifica un proprio interesse, ma si adempie ad uno dei suoi fini essenziali, quello di mantenere l'ordinamento giuridico. E se pur si volesse ammettere l'esattezza di questa dottrina, poiché il "Rechtsschutzanspruch" (o "diritto alla tutela giurisdizionale") spetta solo a chi presenta una situazione fondata, cioè a "chi ha ragione", si vorrebbe una sopra ricordata, ancora una volta a legare l'azione al diritto sostanziale privato che la condiziona: così la teoria civilistica cacciata dalla porta rientrerebbe dalla finestra.

b) In senso astratto, l'azione è considerata parte del diritto soggettivo privato, come diritto astratto, fatta cioè astrazione da ogni

valutazione circa la fondatezza o meno della domanda e prescindendo in tutta dalla situazione del diritto materiale in cui la parte si trova. L'azione in conseguenza è il diritto di agire i Tribunali, spettante al singolo "uti civis" (e non solo a chi ha o pretende di aver ragione) spettante insomma a chiunque si rivolga al Magistrato per ottenere una pronuncia o in generale un provvedimento favorevole o contrario alla propria pretesa (nel caso poi che il giudice si rifiuti di giudicare, incorrerà nelle sanzioni penali per denegata giustizia, e nella responsabilità civile): essa è quindi un diritto subiettivo pubblico e più particolarmente uno dei c.d. "diritti civili di prestazione".

Anche a questa teoria si può subito obiettare che essa confonde il diritto di azione con la mera possibilità di agire, l'azione-diritto con l'azione-attività (v. retro sub.a). L'azione, concepita come uno strumento di cui possa giovarsi egualmente chi ha ragione e chi ha torto, finirebbe per essere un concetto astratto e privo di contenuto.

giutamente il Chiovenda - "il diritto di aver torto".

Si aggiunga poi che non esiste un diritto alla prestazione dell'attività giurisdizionale verso lo Stato - Giudice, perchè lo Stato, in questa sua veste, esercita un "munus" e non ha quindi "obbligo" di giudicare.

Nè vale la costruzione, in certo senso più coerente, che ha proposto il Carnelutti dell'azione quale diritto subiettivo verso la persona fisica del giudice (in quanto soggetto alla potestà coercitiva dello Stato, e non organo del medesimo), perchè la prestazione dell'attività giurisdizionale sarebbe sostanzialmente intesa nello stesso senso della prestazione del debitore nel rapporto giuridico privato, o non si spiegherebbe come il diritto verso la persona fisica del giudice, possa poi essere a sua volta tutelato (occorrerebbe immaginare, si è detto, un'"azione dell'azione"). Esiste, è vero, un diritto subiettivo pubblico di prestazione, diretto verso gli organi giurisdizionali, (in quanto, si badi bene, organi amministrativi): ma esso va nettamente distinto dall'azione.

c) Teoria intermedia. - (Chiovenda, Calamandrei).
Chiovenda, fin dalla sua celebre prolusione bolo-

gnese che segnò un nuovo periodo nella scienza processualistica italiana, definì la azione come "diritto potestativo", partendo dalla premessa che non tutti i diritti subiettivi (in senso lato) si identificano con la figura tipica del diritto ad una prestazione, al quale corrisponde un obbligo di eseguirla da parte del debitore, il Chiovenna ha chiarito che esistono diritti subiettivi nei quali l'interesse del titolare, non già tende ad ottenere il soddisfacimento dalla volontà dell'obbligato, ma tende ad influire sulla condizione giuridica di un altro soggetto senza il concorso della volontà di quest'ultimo.

Tra questi diritti, definiti "potestativi", rientra l'azione, che è "il potere giuridico di porre in essere le condizioni per l'attuazione della volontà della legge". L'attore, spinto dal proprio interesse, collabora tuttavia nell'esercizio di una funzione pubblica (la giurisdizione), che lo Stato svolge tosto che egli ne abbia creato le condizioni necessarie e sufficienti, proponendo la domanda giudiziale.

Il diritto potestativo di azione

guenza, un diritto autonomo, ma non si rivolge contro lo Stato, perchè gli organi giurisdizionali esercitano una funzione istituzionale, ma contro l'avversario, il quale è soggiogato, mediante tale funzione pubblica (sostituitasi all'auto-difesa privata), al comportamento prescritto dalla legge.

Se però la dottrina del Chiovenna concilia genialmente il diritto sostanziale con i fillosi pubblicistici che l'azione assume nei vari aspetti interferenti della vita giuridica, essa è poi costretta ad inquadrare l'azione stessa nella categoria assai discutibile dei diritti potestativi. Il volere concepire autonomamente quella che è invece una frazione o elemento del diritto soggettivo (il diritto potestativo) conduce inevitabilmente a quella astrattezza e "duplicatio" logica dello stesso fenomeno che a prima vista si nota nel sistema chiovenniano: il "potere" non può separarsi dalla pretesa del diritto subiettivo. Solo per comodità didattica, per rendere più facilmente apprezzabile i diversi aspetti e l'aspetto caratterizzante di un'unica situazione giuridica noi isoliamo concettualmente la possibi-
LIBRO I - Diritto Civile 17-

lità di "assoggettamento" dell'obbligo mediante la giurisdizione, che è insita nel diritto sostanziale: ma non possiamo invero darle realtà autonoma perchè non è legittimo operare una scissione degli elementi che egualmente concorrono ad integrare lo stesso diritto.

Infine, oltre che per le precedenti considerazioni, non ci sentiamo di accogliere l'insegnamento chioventiano, perchè esso si basa sulla negazione della giurisdizione intesa dall'insigne Maestro, come "attività di attuazione della volontà della legge" (idest; del diritto meramente obiettivo): nozione che già rifiutammo (v. retro cap. I°), ritenendola unilaterale ed incompleta.

3. NOSTRA TEORIA SULL'AZIONE. - Quale è, dunque, il vero concetto di azione, che bisogna avere per rendersi conto del complesso fenomeno giuridico processuale?

Noi riteniamo fermamente che l'unico, il solo, il vero concetto accettabile sia quello che identifica l'azione col diritto subjetivo. Essa è il "potere" di soggiungere il destinatario della norma di condotta al "rispetto" del comportamento voluto

essa prescritto.

Si badi che, formulando questo concetto di azione, noi non neghiamo la esistenza di un astratto diritto verso lo Stato alla esplicazione dell'attività giurisdizionale. Noi neghiamo, però, che questo diritto sia l'azione, cioè l'oggetto della cognizione o della esecuzione del giudice. Il diritto astratto di agire altro non è che il diritto pubblico subjetivo che ogni cittadino ha, in quanto tale, verso la Amministrazione della giustizia, affinchè questa effettui concretamente la sua prestazione giurisdizionale. Anche questo diritto è azione, ma non azione in senso sostanziale, bensì azione in senso formale.

Bisogna, dunque, distinguere fra: a) azione in senso sostanziale ("azione-potere"), che è il potere espressione del diritto soggettivo, di creare, merco l'intervento necessario degli organi giurisdizionali, una soggezione di taluno al rispetto della norma di condotta a lui indirizzata; azione in senso formale ("azione-attività"), che è il diritto pubblico subjetivo di ogni cittadino verso lo Stato alla prestazione giurisdizionale.

L'azione in senso formale è normalmente quella dell'attore (o creditore, nel processo di esecuzione), in quanto chiede un provvedimento giurisdizionale. L'azione in senso sostanziale è quella di chi ha ragione (attore o convenuto): spetta al Giudice, in base all'esercizio della azione formale, di accettarla o di soddisarla, nei limiti della richiesta del suo titolare. L'azione in senso sostanziale nasce, insomma, nel momento in cui il provvedimento giurisdizionale è emanato.

Dopo quanto si è detto nel numero precedente, a critica delle teorie pubblicistiche sull'azione, non crediamo necessario insistere sul nostro concetto, che si ricollega alla più pura tradizione civilistica o romanistica. I sostenitori della teoria civilistica, pur avendo ragione, avevano forse il torto di non sapere dissociare completamente l'elemento azione dall'elemento pretesa nel diritto subiettivo, e di non rendersi conto che altro è l'azione (in senso sostanziale) altro è la domanda giudiziale (azione in senso formale). Questo abbiamo tentato di faroci in questa ~~serie~~

A meglio illustrare il nostro concetto di azione (in senso sostanziale) valga questa ulteriore considerazione. Il titolare della azione in senso sostanziale è colui che ha ragione: dunque il fondamento dell'azione-potere è la ragione del suo titolare: il che significa che il titolare non asserisce soltanto la esistenza di una "pretesa" a suo favore o la inesistenza di una "pretesa" a suo sfavore, scaturenti da una norma di condotta, ma è Realmente il titolare della pretesa. Esempio: Tizio agisce contro Caio per la condanna al pagamento di L. 100 in base a mutuo: se il giudice accerta che egli è realmente titolare della pretesa verso Caio, si conclude che Tizio è anche titolare dell'azione. Supponiamo ora che Caio eccepisca di non essere debitore, per un qualunque motivo, e che il giudice accerti che ciò è vero: questo accertamento giudiziale equivale riconoscimento della pretesa di Caio a non essere leso nel suo patrimonio ("alterum non ledere"), cioè Caio è titolare dell'azione in senso sostanziale. Insomma tanto Tizio quanto Caio hanno asserito di essere titolari di una pretesa, ma uno solo è,

evidente, il titolare della pretesa stessa: quegli è, dunque, il titolare dell'azione.

4.- ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'AZIONE (c.d. condizioni dell'azione). Quale che sia la conclusione circa la natura giuridica della azione, si voglia considerarla come diritto autonomo verso l'obbligato del rapporto sostanziale o verso lo Stato, oppure, come crediamo preferibile semplicemente una parte, un elemento dello stesso diritto sostanziale; in ogni caso è necessario porre e risolvere un problema forse di più immediata importanza pratica. Quando nasce l'azione? Quali sono le circostanze o situazioni pratiche che determinano il sorgere dell'azione?

La dottrina ha individuato e classificato tali situazioni (variamente denominabili, ora come "requisiti", ora come "condizioni", ora come "elementi costitutivi dell'azione"): sostanzialmente tutti son d'accordo nel ritenere che esse siano necessarie e sufficienti perchè il diritto d'azione possa dirsi nato ed esistente.

Per accogliere la domanda del richiedente, per riconoscere che questi ha "ragione", in una pra-

la per accordare tutela giurisdizionale al diritto offeso, il giudice deve prima convincersi che l'azione esiste, cioè sia "fondata"; epperò non si può definire la fondatezza della domanda se non si accertati la presenza dei "requisiti costitutivi" dell'azione. Essi costituiscono appunto quel che anche la nostra legge chiama il "merito" della domanda giudiziale; gli elementi in base ai quali l'organo giurisdizionale ha modo di stabilire quale azione in senso processuale coincide con l'azione in senso sostanziale e quindi "meriti" di essere accolta.

Occorre subito avvertire per evitare incertezze e confusione che gli elementi costitutivi dell'azione vanno ben distinti dall'altra categoria affine di requisiti denominati dalla dottrina "presupposti processuali". Questi ultimi si riferiscono alla regolare costituzione del processo, sono presupposti necessari perchè si inizi la stessa attività processuale (l'azione-attività) e la loro mancanza rende inattuabile la "domanda", cioè impedisce preliminarmente che il giudice passi ad esaminare il merito dell'azione-diritto per pronunciare sulla fondatezza di essa (se non si verificano i presupposti pro-

cessuali non si può avere alcun provvedimento, nè di accoglimento, nè di rigetto): mentre i presupposti dell'azione sono indispensabili al fine di stabilire la "fondatezza" della domanda la coincidenza dell'azione-attività con la azione-potere (qualora non siano riscontrabili non si dà possibilità di un provvedimento di accoglimento cioè favorevole al richiedente).

Elementi costitutivi dell'azione sono:

a) Esistenza di una "ragione", ovvero esistenza di una "pretesa" scaturente da una norma di condotta o, rispettivamente, inesistenza di quella pretesa.

E' appena necessario ricordare "che la pretesa" trae origine dalla corrispondenza (o, a seconda dei casi, dalla non corrispondenza) di una certa situazione di fatto (fattispecie storicamente determinata) alla fattispecie tipica, astrattamente considerata dalla norma giuridica.

Tizio agisce contro Gaio assicurando che questi gli deve cento quale corrispettivo della vendita di un automobile. ⁷⁶ E' chiaro che la domanda di Tizio diretta al riconoscimento della ragione

zione giurisdizionale del proprio diritto, sarà dichiarata dal giudice fondata, se effettivamente Gaio si trovi in una situazione di fatto tale da ricadere sotto il disposto dell'art. 1438 cc., che astrattamente impone al compratore di pagare il prezzo in cambio della cosa ricevuta. Ma qualora (poniamo) risulti in realtà che Tizio ha donato invece di vendere, la sua azione non sarà più accolta per mancanza del requisito della "ragione", non potendo Tizio invocare a proprio favore una norma che, riconoscendo l'interesse ad avere il prezzo, gli attribuisce la relativa "pretesa". Guardando lo stesso fenomeno "a parte debitoris" avremo che Gaio potrà ottenere un provvedimento favorevole (di accertamento negativo del diritto vantato da Tizio) unicamente nel caso in cui gli sia possibile dimostrare di non trovarsi nella speciale posizione considerata dalla fattispecie legale (di rivestire in confronto a Tizio non la qualità di compratore sibbene quella di donatario).

La dottrina generalmente identifica l'esistenza della ragione con quella di un diritto da far valere.

Dott. Civile

lere in giudizio (basandosi anche sull'art. 99
cpc.: "chi vuol far valere in giudizio un di-
ritto" ecc.), ma la formula è da scartare perchè
l'azione è lo stesso diritto subiettivo o una
parte di esso.

Del pari non ci sembra esatta l'osservazio-
ne del Calamandrei che "vi sono dei casi in cui
l'azione sorge nonostante ad essa non corrispon-
da alcun diritto sostanziale" (es.: azione di
accertamento negativo), perchè l'azione di accer-
tamento negativo tende a fare riconoscere la
protesa scaturente dalla norma di condotta che
impono ai consociati di non turbare la libertà
dei loro simili. Noi parliamo di "esistenza di
una ragione" volendo riferirci alla necessità
di una protesa fondata obiettivamente, scaturente
da una norma di condotta.

b) "Legitimatio ad causam" cioè legittimazione
della parte ad agire o a contraddire. Sappiamo
che la funzione giurisdizionale negli ordina-
menti moderni, a causa del complesso di motivi
cui più indietro accennammo, non si muove per
impulso proprio. Qui però ci preme di precisare

che la spinta la quale provochi un favorevole in-
tervento giurisdizionale può provenire solo da de-
terminata persona o categorie di soggetti giuridici
particolarmente idonei a determinare in concreto
l'attività statale. E la legge ritiene vocati ed
adatti a tal uopo i soggetti in una posizione o si-
tuazione di aderenza e compenetrazione alla fatti-
specie reale oggetto del giudizio e della quale
si afferma la coincidenza con quella tipica o le-
gale (prevista dalla norma di diritto).

Fino a quando la violazione del diritto della
comunità come violazione del proprio diritto, e il
sentimento giuridico e la coscienza etica non sa-
ranno così affinati da imporre al cittadino in-
quanto tale la reazione mediante l'azione giudizia-
ria contro il torto non diretto a lui personalmen-
te (o comunque non incidente sul proprio interesse
immediato), la "legitimatio ad causam" continuerà
a manifestarsi requisito essenziale dell'azione
stessa.

La categoria o cerchia di persone legittimate
per la tutela delle singole fattispecie considerate

Ordinariamente sono legittimati rispettivamente il titolare dell'interesse subiettivo dichiarato prevalente da una norma di condotta ("legittimato attivo") e il destinatario della norma medesima ("legittimato passivo"). Questa regola generale, che subisce le eccezioni che tosto vedremo, discende dalla "natura disponibile" dei diritti privati. Nel caso della compra-venuta dell'automobile, intervenuta tra Tizio e Caio, legittimato attivo sarà Tizio, perchè l'art. 1498 cc., obbligando il compratore a pagare il prezzo, rinvia in concreto anche l'interesse di Tizio a riavere la somma e gli attribuisce il diritto di pretenderla, (e non anche, quindi, a Mevio, amico di Tizio, estraneo al rapporto giuridico sostanziale): legittimato passivo sarà Caio, perchè l'ordinamento giuridico riconosce il suo diritto di conservare la cosa e di non pagare la somma richiesta dall'attore nel caso che egli possa dimostrare la insussistenza del diritto di Tizio, provando ad esempio che l'automobile fu donata o che non ha pagato il prezzo (anche qui, legittimato

non sarà Sempronio, che Caio conduce in automobile nelle gite domenicali, poichè l'interesse di Sempronio a continuare le ebdomadarie passeggiate, affetto precario, non si configura come diritto soggettivo, non è difeso dall'ordinamento giuridico).

Però, si è detto, questa regola subisce talune eccezioni nel senso che la "legittimatio" può essere attribuita a persone diverse dal titolare del diritto o dell'obbligato.

aa) Ciò accade in primo luogo, quando il rapporto giuridico sostanziale corre tra una pluralità di soggetti attivi e passivi: nelle obbligazioni solidali (cfr. art. 1292 c.c.) ciascun debitore solidale può essere costretto allo adempimento per la totalità: perciò ognuno dei debitori è legittimato a contraddire in giudizio per l'intera obbligazione.

bb) Nel "litis-consorzio necessario" (art. 102 c.p.c.): se la decisione non può essere pronunciata che in confronto di più parti, queste debbono essere e esserlo convenute nello stesso processo. Un esempio di questo particolare rapporto tra il processo e i titolari del diritto sostanziale

può vedersi nell'art. 784 c.p.c.: "Le domande di divisione ereditaria o di qualsiasi altra comunione debbono proporsi in confronto di tutti gli eredi o condomini e dei creditori apparenti se vi sono".

cc) Quando vi sia successione a titolo particolare "mortis causa" nel rapporto sostanziale. L'art. 111 c.p.c. stabilisce, infatti, che "se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie. Se il trasferimento a titolo particolare avviene a causa di morte il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto".

Quest'ultima ipotesi è particolarmente rilevante perché rientra nella figura della c.i. "sostituzione processuale" che consiste nel far valere in nome proprio in giudizio, nei casi espressamente disposti dalla legge, un diritto altrui. Tizio esercita azione contro Caio per la restituzione di una cosa mobile. Se Caio muore istituendo erede universale il figlio Nevio, e lascia con un legato la cosa oggetto di controversia a Sempronio, il processo

continuerà fra Tizio e Nevio (legittimato passivo in base all'art. 111 c.p.c.) e non tra Tizio e Sempronio (il quale, in sostanza, è titolare del diritto sulla cosa a lui legata, e sentirà le conseguenze, favorevoli o sfavorevoli, risultanti dalla conclusione del processo).

dd) Nella "legittimazione per categoria", in cui la legittimazione è più nettamente staccata dal diritto soggettivo sostanziale. In materia di status personale o familiare, appunto perché si tratta di rapporti sottratti alla disponibilità delle parti, la legittimazione ad agire spetta ad una cerchia di persone più numerosa di quella direttamente partecipi ad una certa situazione giuridica controversa: per esempio, sono legittimati attivamente all'impugnazione del matrimonio, in certi casi di nullità, oltre che gli sposi anche gli ascendenti prossimi dei medesimi (art. 117 c.c.) persone certamente estranee al rapporto matrimoniale.

ee) Nella legittimazione pubblica (del Pubblico Ministero). Qui si distacca tra titolarità del diritto e legittimazione si espande non ad una cerchia di persone, ma è ristretta ad una sola, la collet-

tività e l'azione viene esercitata (come sempre accade nel processo penale) da uno speciale organo pubblico (il P.M.: art. 69 e segg. c.p.c.).-

Una figura intermedia tra azione privata e azione pubblica può considerarsi la c.d. azione popolare (oggi ignota al nostro diritto: esistente in altri tempi e in altre legislazioni). In questo caso, mentre l'azione non è ancora esercitata da un organo pubblico, si è però ben lontani dalla legittimazione dei soggetti del rapporto sostanziale, perchè legittimato è "quisquis de populo": chi agisce è quasi investito di un pubblico potere.

c) Interesse processuale (ad agire e contraddire): esso sorge quando l'interesse sostanziale (cioè l'interesse dichiarato prevalente dalla norma di condotta) non può essere più soddisfatto (perchè la norma di condotta è rimasta inosservata) se non mediante l'attività giurisdizionale. L'interesse processuale non va perciò confuso con l'interesse sostanziale contenuto nel diritto subiettivo. L'interesse del creditore a riavere

gli è dovuto viene riconosciuto dall'ordinamento giuridico che gli attribuisce la corrispondente "pretesa" subiettiva. Esso poggia, dunque, sulla normalità di ciò che in pratica avviene, sul volontario adempimento del debitore, il quale, uniformandosi al comportamento prescritto dalla norma di condotta, soddisfa l'interesse del creditore. Ma se tale debitore non osserva la norma di condotta o la pretesa del creditore che da essa scaturisce, non prestando ciò che deve, Tizio invoca l'intervento del Giudice perchè, conseguentemente, ha interesse (processuale) che l'attività giurisdizionale gli assicuri coattivamente il soddisfacimento del primo interesse (sostanziale) a riavere la somma o la cosa, ora che il ricorso al Magistrato è l'unica via rimastagli aperta per far valere il proprio diritto.

Il momento in cui sorge l'interesse processuale deve essere stabilito tenendo conto del provvedimento richiesto e del contenuto del diritto subiettivo violato: elemento fondamentale per individuare la nascita resta sempre il considerare se lo scopo si debba poter essere raggiunto unicamente
Dritto Civile 19-

mediante la giurisdizione, e se quindi l'invocazione dell'intervento statale si presenti come necessaria. Così, per esempio, Tizio creditore non potrà agire prima che sia scaduto il termine dell'obbligazione: fino a quando non giunga il momento di esigere la prestazione il creditore non ha interesse processuale a far condannare Caio, perchè non è esclusa l'ipotesi (anzi essa si presume come il caso normale) che questi adempirà spontaneamente.

Il "potere" di piegare al rispetto di una norma di condotta il destinatario della medesima nasce, logicamente, dopo che la norma sia rimasta inosservata. Quando il diritto subiettivo rischi di rimanere leso ed insoddisfatto, e invece accada in pratica che, pur prima della scadenza, si manifesti una certa situazione oggettiva di incertezza sulla esistenza del diritto (in conseguenza della quale si può ragionevolmente prevedere che, quando sarà tempo, l'adempimento sarà rifiutato) è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ancora prima della scadenza dell'obbligazione, non già per ottenere la prestazione, ma per questo: per ottenere

rebbe, come sappiamo, interesse processuale ad agire), ma perchè il giudice accerti ufficialmente il diritto subiettivo, eliminando questo stato di incertezza che pregiudica la sicurezza, la stabilità e quindi il valore economico del diritto.

Per concludere i tre requisiti costitutivi debbono coesistere e concorrere perchè l'azione possa dirsi fondata. Se si chiede la condanna di Caio al pagamento della somma dovuta la domanda sarà rigettata: 1) quando non esiste una "ragione" (Caio non è debitore); 2) quando, pur essendovi una "ragione", la domanda provenga da persona diversa da Tizio creditore legittimato ad agire; 3) quando, pur concorrendo le due condizioni precedenti, la domanda sia stata presentata prima della scadenza dell'obbligazione (perchè ancora non è sorto l'interesse processuale). L'azione è quindi "infondata" anche in mancanza di uno solo dei requisiti costitutivi.

Le "condizioni dell'azione" di cui dianzi si è parlato in linea generale, variano o si specificano in rapporto al fine cui tende l'azione, cioè al pro o al con che si vuole ottenere; e, per ogni caso, si vuole ottenere, si deve, lungue, che si devrò e più

esattamente parlare di "condizioni della sentenza di condanna, della misura cautelare ecc."

(Zanzucchi), cioè di condizioni del provvedimento giurisdizionale.

Principi generali, che possono formularsi relativamente ad esse, sono:

- a) le condizioni dell'azione si desumono dalla legge sostanziale, non da quella processuale;
- b) non è necessario che esistano al momento della domanda giudiziale, ma al momento della emanazione del provvedimento desiderato;
- c) di regola il giudice pronuncia ex officio sulla loro esistenza;
- d) se il giudice rilevi che le condizioni del provvedimento richiesto non vi sono, respinge l'azione in senso processuale. Nel caso che il provvedimento sia stato richiesto dall'attore, il giudice pronuncia la "improponibilità della domanda" e assolve quindi in merito il convenuto ("absolutio ab actione").

5.- IDENTIFICAZIONE DELLE AZIONI.- Si presenta con molta frequenza la necessità di dover accertare se due o più azioni (in senso sostanziale)

fatto valere in giudizio (mediante azioni in senso processuale, cioè domande giudiziali), messe in confronto tra di loro siano identiche oppure no.

Non si tratta qui, pertanto, di sistemare scientificamente e in astratto, secondo schemi classificatori, questo o quel gruppo di azioni al fine di rendere più facile e rapida la percezione della loro natura giuridica, correlativamente a quanto avviene per i diritti sostanziali da cui esse, a seconda i casi procedono (si ricordino, ad es., la partizione in diritti "reali" e "personali" di "obbligazione" e così via). Si tratta invece di fissare i contorni essenziali che l'invocazione dell'intervento giurisdizionale assume quando si sia concretamente individuato: gli elementi di identificazione e caratterizzanti in base ai quali è possibile distinguere gli estremi obiettivi e subjetivi di una "certa azione" in contrapposito a quelli di ogni altra.

La soluzione del problema è di grande importanza pratica perchè dall'insistenza di un rapporto di identità tra due azioni discendono conseguenze di natura sostanziale che seguirebbero ad un rapporto

di diversità tra le medesime.

a) In primo luogo, siccome "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi e i loro aventi causa" (art. 2909 cc.), non è proponibile una domanda identica ad altra già decisa ("bis de eadem re no sit actio"): il giudicato, è stato detto, è la naturale e fisiologica causa di estinzione o modificazione dell'azione: coll'esperire un'azione si provoca l'esaurimento della funzione giurisdizionale.

b) Inoltre, per disposto dell'art. 39 c.p.c., se una domanda avente lo stesso contenuto è proposta innanzi a giudici diversi, il giudice successivamente edito non può giudicare (dichiara la litispendenza e dispone con ordinanza la cancellazione della causa del ruolo).

c) La identificazione delle azioni e degli elementi distintivi di esse è ancora necessaria per precisare:

1°) il contenuto della citazione richiesto dallo art. 163 C.P.C.

2°) I limiti di variabilità della "domanda, occa-

zioni o conclusioni formulate nella citazione (cioè l'ambito nel quale le parti possono, nella prima udienza di trattazione (art. 183 C.P.C.), modificare quanto avevano dedotto nell'atto di citazione e nella comparsa di risposta);

3°) quali domande ed eccezioni siano "nuove" e perciò improponibili nel giudizio di appello (art. 345 C.P.C.);

In pratica (e spesso anche nel C.P.C.: cfr., per es. art. 2 e 3) si usa parlare di "identificazione delle cause", intendendo per "causa" l'oggetto della domanda (cioè l'azione in senso sostanziale che la domanda afferma esistente): "causa", è insomma il materiale sottoposto alla cognizione del magistrato. Quest'ultimo, prima di emanare un provvedimento che accolga o respinga l'azione promossa dall'attore, dovrà esaminare la "fondatezza", valutare i vari elementi o le questioni relative alla domanda vagliandone la rispettiva importanza; e del pari dovrà indagare e tener conto delle eccezioni e difese opposte dal convenuto. Tutto questo complesso di delicate operazioni si pone, come un problema (thema decidendum) o co-

me una serie di problemi la cui risoluzione è necessaria in ogni caso, qualunque sarà poi il risultato (positivo o negativo) della laboriosa attività logica del giudice, in merito alla emanazione del provvedimento richiesto.

La nozione di "causa" corrisponde a quella di cognizione.

Nel processo esecutivo l'accertamento vien limitato alla identificazione del creditore, del debitore o del credito: di "cause", quindi si può solo parlare nel caso che "contestandosi il diritto della parte a procedere all'esecuzione forzata" (art. 615 C.P.C.) sia proposta opposizione o sorga così la necessità di indagare se l'azione esecutiva esista.

Per ciò alla terminologia sopra ricordata, la quale, di regola (come abbiám visto) non vale per il processo esecutivo, preferiamo quella più generale di identificazione delle "azioni" (in senso sostanziale) che siano proposte mediante azioni in senso processuale (domande giudiziali).

Indici di identificazione delle azioni sono:

a) Soggetti (personae), ovvero la persona cui spetta l'azione in senso sostanziale, (cioè il legittimato attivo) e quella contro cui l'azione è destinata ad operare (legittimato passivo).

L'identità soggettiva di due azioni dipende innanzi tutto dalla identità fisica dei soggetti, e dalla identità della loro veste giuridica. La stessa persona fisica può agire, infatti, in diverse posizioni e qualità: l'azione che io esercito in quanto amministratore di una società, per un credito sociale è ben differente da quella che io stesso promuovo per un credito mio personale; e all'incontro può accadere che, pur essendovi identità di veste giuridica, vi sia diversità di persona fisiche (una data cerchia di persone fisiche differenti agisce nella stessa qualità in base alla quale è concessa la legittimazione per categoria: es. i parenti entro il quarto grado per ottenere la pronuncia della interdizione o inabilitazione. art. 17 C.C.).

Il tipo che si distingue in immediato
Dritto Civile

(provvedimento giurisdizionale richiesto) e mediato (interesse subiettivo, dichiarato prevalente da una norma di condotta, di cui si vuole ottenere il "rispetto"). Se Tizio agisce contro Cio per far condannare quest'ultimo al pagamento di una certa somma dovuta, oggetto immediato della domanda sarà la sentenza di condanna: oggetto mediato, l'interesse, riconosciuto dal diritto, a trarre dalla disponibilità della somma il soddisfacimento dell'obbligazione cui il debitore non ha spontaneamente adempiuto.

Tanto l'uno quanto l'altro aspetto concorrono e giovano ad identificare il "petitum". L'azione di mero accertamento del diritto del creditore non è identica a quella promossa al fine di ottenere la condanna dello stesso debitore perchè, pur essendo eguale l'oggetto mediato (interesse a riavere la somma) è diverso l'oggetto immediato (provvedimento di mero accertamento, nel primo caso: provvedimento di condanna nel secondo).

c) Titolo (causa petendi), che è il fondamento giuridico dell'azione, cioè la "causa".

stessa.

La nozione di titolo non si lascia costringere entro una definizione elementare. Comunque il titolo risulta 1) dalla indicazione del concreto atteggiamento di inosservanza della norma di condotta da parte del destinatario (es: io debbo precisare che Tizio, contro cui agisco, non mi ha dato la somma dovuta quale corrispettivo della vendita di una determinata cosa: come invece avrebbe dovuto in base alla norma giuridica che in effetto impone al compratore l'obbligo di pagare il prezzo); e 2) dalla indicazione dell'interesse processuale del titolare dell'azione in senso sostanziale (io agisco contro Tizio, perchè alla scadenza del debito egli non ha pagato, e perchè, in conseguenza del mancato adempimento volontario, non ho altro mezzo per ottenere la prestazione che sollecitare l'intervento giurisdizionale).

Risulta chiaro da quanto abbiamo detto che tra il "petitum" e la "causa petendi" (costituenti insieme "l'aspetto oggettivo" dell'azione) vi è stretto rapporto di connessione. Infatti molte volte non è possibile identificare il "petitum" se non in re-

lazione alla "causa petendi". Può darsi che due azioni sembrino identiche per avere in comune l'oggetto (ad esempio: azione di revindicare di un immobile, ad azione diretta ad ottenere il godimento: oggetto in comune è l'immobile), ma siano tuttavia differenti qualora si tenga presente il titolo.

BILATERALITA' DELL'AZIONE. - L'azione in senso sostanziale è (come si è detto) unica: essa spetta a chi ha "ragione", cioè a chi ha una pretesa fondata oggettivamente sulla esistenza di una norma di condotta che dichiara degno di prevalenza il suo interesse. Essa si realizza mediante la giurisdizione nel senso che la soggezione del destinatario della norma di condotta (al fine di costringerlo al "rispetto" della medesima, visto che non l'ha osservata volontariamente) non può attuarsi che con l'intervento del giudice. Essendo un "potere di soggezione", l'azione in senso sostanziale ha carattere bilaterale: essa non ha ragione di nascere e di farsi valere se non vi è un soggetto passivo da soggiogare (se cioè non esiste il destinatario della norma di condotta).

Scaturisce dal carattere bilaterale dell'azione in senso sostanziale la necessità del contraddittorio (art. 101 o.p.c.): il giudice non può sapere a priori che la pretesa contenuta nella domanda giudiziale è fondata, che cioè l'attore in senso processuale è veramente il titolare della azione in senso sostanziale; egli deve perciò udire la contro parte ("audiatur et altera pars").

Ripetiamo, dunque, che non bisogna confondere l'"azione - potere" con l'"azione - attività" (domanda giudiziale, esplicazione del diritto pubblico subiettivo alla prestazione giurisdizionale).

L'azione in senso processuale è duplice proprio in conseguenza del carattere bilaterale dell'azione in senso sostanziale: vi è la domanda dell'attore (cioè di colui che assume l'iniziativa del processo), la quale ha per oggetto la pretesa subiettiva di aver ragione (cioè di essere titolare del diritto di azione); vi è la "contraddizione del convenuto", il quale o appette (implicitamente o esplicitamente) di aver effettivamente torto, oppure dichiara che l'attore non ha l'azione - potere che pretende di avere, o comunque afferma fatti o di-

ritti tali da elidere o da limitare la domanda attrice.

Dunque, anche il convenuto ha l'azione-attività, ma vi è di più; egli ha diritto a che il giudice non pronunci, se non lo abbia messo in grado di esplicitare l'azione-attività (art. 101 cpc.). Conseguenze di questo diritto del convenuto sono: a) che egli può far dichiarare infondata la domanda attrice, anche se l'attore abbia compiuto la rinuncia agli atti del giudizio (art. 306 cpc.), b) che egli può chiedere la prosecuzione del giudizio, malgrado che l'attore sia contumace (art. 290 cpc.).

7.- MODI IN CUI PUÒ ESPLICARSI L'AZIONE-ATTIVITÀ DEL CONVENUTO. - Sono: a) azione di accertamento negativo b) eccezione c) azione di accertamento incidentale d) azione riconvenzionale. Generale e comune caratteristica di questi mezzi è di reagire alla pretesa dell'attore e tendere al rigetto della domanda mossa da quest'ultimo.

a) AZIONE DI ACCERTAMENTO NEGATIVO. - L'attore, per far valere la sua azione-attività, deve, prima di tutto, proporre la sua domanda. Il convenuto, invece, per far valere la sua azione-attività, deve, prima di tutto, proporre la sua eccezione o azione riconvenzionale.

to di essere stato chiamato in giudizio. Con essa il convenuto al fine di far dichiarare infondata in merito la domanda giudiziale dell'attore.

E' chiaro che questa azione non può riferirsi che alla mancanza degli elementi costitutivi della domanda dell'attore (non dei presupposti processuali: nel qual caso si conseguirebbe soltanto una sentenza di assoluzione dall'osservanza del giudizio). Questa istanza, con la quale il convenuto fa valere l'azione sostanziale scaturante dal suo diritto di libertà, assume rilievo autonomo (non si confonde col generale diritto di difesa o di eccezione, come avviene all'incontro, fino a quando l'attore insiste in giudizio per far accogliere la propria domanda) se l'attore abbia rinunciato agli atti del giudizio (art. 306 cpc.). Poiché la rinuncia (pur non essendo, secondo l'opinione dominante, negozio bilaterale) deve essere accettata dall'altra parte, se il convenuto rifiuta di accogliere la rinuncia agli atti fatta dall'attore o chiede il rigetto in merito della domanda che quest'ultimo aveva proposto (adducendo quegli stessi motivi

che sono le "azioni" dell'azione- che pro-

babilmente avrebbero potuto determinare il rigetto della domanda da parte del giudice, ex officio, nel caso che l'attore non avesse rinunciato) la sua azione diventerà condizione dell'attività giurisdizionale, sarà autonoma, perchè da essa e solo da essa dipenderà la prosecuzione di tale attività.

b) ECCEZIONE: anche con l'eccezione il convenuto si difende dalla domanda dell'attore. Qui però la sua attività si presenta secondo i casi diretta in due sensi diversi.

L'eccezione può innanzi tutto concretarsi nella richiesta che la domanda attrice sia rigettata "in merito" (per difetto delle condizioni dell'azione sostanziale vantata dall'attore nello stesso modo in cui abbian visto per l'ipotesi considerata sub a): oppure nell'istanza che la domanda attrice sia rigettata per difetto dei presupposti processuali (cioè dei particolari requisiti richiesti dalla legge processuale perchè una domanda possa essere accolta).

La parola "eccezione" è usata perciò indistintamente per indicare sia l'eccezione di merito che l'eccezione di diritto.

legge) per indicare due differenti situazioni giuridiche.

Salvo che non si voglia esprimere con questo termine generico il concetto di qualunque deduzione che una delle parti faceva di fronte all'avversario è necessario più tecnicamente distinguere tra eccezioni "di merito" in senso sostanziale (attinenti al difetto delle "condizioni" dell'azione) e eccezioni di "diritto" di natura più strettamente processuale, (riferentesi alla carenza dei presupposti processuali).

Secondo noi occorre ricercare un criterio di partizione più saldo. E' chiaro che l'eccezione per configurarsi quale "condizione" della decisione giudiziale, come attività autonoma e essenziale, deve assumere e far valere circostanze che in nessun modo il giudice potrebbe rilevare "ex officio" (anche se queste fossero ammesse dall'attore, ma non utilizzate, provate e affermate a proprio vantaggio dal convenuto). Ma è del pari evidente che si può sempre attribuire la caratteristica di eccezione in senso stretto o tecnico a quelle ecce-

zioni (che sopra definimmo "di merito") difette e far dichiarare la infondatezza della domanda attrice per mancanza dei requisiti costitutivi, perchè in difetto delle condizioni dell'azione talvolta è riveribile d'ufficio (per esempio, se esso è dovuto all'insussistenza della norma iuris espressamente o tacitamente invocata dall'attore a sostegno della propria pretesa). Non si può far coincidere l'eccezione di "rito" con una attività necessariamente secondaria, utile ma non necessaria (avente il fine di richiamare l'attenzione del giudice su ciò che egli deve già dichiarare d'ufficio: esistono infatti, dei "presupposti processuali" la cui carenza non è rilevabile "ex officio", ma solo in quanto l'interessato la faccia valere e la alleggi a proprio favore.

Conseguentemente per noi la distinzione fondamentale è quella di eccezioni "in senso proprio o tecnico" (aventi ad oggetto circostanze rilevabili solo dal convenuto) ed eccezioni "in senso improprio" (che hanno per oggetto circostanze rilevabili dal giudice ex officio): unico

mente le prime costituiscono dunque la "conditio sine qua non" del provvedimento giurisdizionale. Stabilire però quando si ha in concreto una eccezione di natura tecnica come sopra abbiamo indicato, costituisce spesso un problema assai delicato (aggravato dall'uso indiscriminato del linguaggio della pratica e della legge) soprattutto se il codice non dica espressamente che una data eccezione è rilevabile d'ufficio.

Al fine di isolare dalla complessa struttura dell'attività processuale l'eccezione in senso proprio, bisogna considerare che essa riguarda l'esistenza di fatti ostintivi, modificativi e di circostanze impeditive che per essere accolti dal giudice debbono essere provati dal convenuto. Siffatte circostanze impeditive non vanno pertanto confuse con quelle che il giudice può rilevare pur se il convenuto sia contumace e non faccia all'uopo istanza: pagamento, rimessione del debito, simulazione del rapporto sostanziale ecc. ecc., sono ordinariamente sottoposti all'attenzione del magistrato. Tuttavia il giudice può giovare

li tali fatti, tosto che li abbia conosciuti "aliunde" per respingere la domanda attrice, indipendentemente da ogni attività del convenuto. La domanda non viene accolta semplicemente perchè è stata eliminata (non importa se ciò accada per opera dell'interessato) uno stato di ignoranza di certe situazioni, il quale impediva il perfezionarsi spontaneo del provvedimento giurisdizionale.

L'eccezione in senso proprio si fonda su elementi che il giudice non ha assolutamente modo di accogliere, se non in quanto il convenuto ne dia la prova e se ne giovi come difesa: essa è dunque, un contro-diritto il quale conduce all'annullamento del diritto dell'attore: fine a quando essa non è fatta valere, si ha uno stato di pendenza dell'azione avversaria che continua a spiegare i suoi effetti. La eccezione in senso atecnico presuppone la assoluta inesistenza giuridica del diritto dell'attore, la domanda del quale si presenta perciò "relicitus ot alio" prima di ogni fondatezza. Esempio tipico

prescrizione (art. 2938 C.C.).

c) AZIONE DI ACCERTAMENTO INCIDENTALE (o pregiudiziale). Con essa il convenuto chiede che prima del giudizio sulla domanda attrice sia svolto il giudizio sulla propria domanda, in quanto l'accoglimento di questa è tale da implicare il rigetto dell'altra; In questo caso, pertanto, l'attività di difesa del convenuto esorbita dall'ambito circoscritto del rapporto fatto valore dall'attore. Il convenuto propone non più una eccezione, sibbene una nuova domanda, detta di accertamento incidentale (e anche pregiudiziale), il cui fine è quello di eliminare la pretesa dell'attore facendo convergere l'indagine e la pronuncia del giudice su una situazione giuridica diversa dal rapporto principale.

In pratica possono presentarsi due ipotesi:

1) il convenuto impugna l'esistenza di un rapporto più ampio, che l'attore ha, implicitamente o esplicitamente, ammesso come pregiudiziale di quello per cui agisce. Tizio agisce per ottenere da Caio il pagamento, richiamandosi implicitamente o esplicitamente al credito totale: Caio non reagisce con eccezione (coll'affermare, per esempio,

che il pagamento della rata sia stato già compiuto), ma con la richiesta di accertamento dell'inesistenza dello stesso rapporto giuridico sottostante e presupposto dall'azione dell'attore (negando l'esistenza del contratto di vendita col pagamento del prezzo a rate). Gli esempi che a proposito sogliono essere ricordati sono assai noti e numerosi: particolare importanza ha l'impugnazione da parte del convenuto di uno status in senso ampio sul quale si basa la pretesa dell'attore (Tizio agisce contro Caio, per alimenti, Caio nega lo status di parentela).

2) Il convenuto deduce un rapporto incompatibile con quello presupposto dall'attore. (Tizio agisce contro Caio per il pagamento del fitto: Caio afferma di essere proprietario della cosa).

La questione pregiudiziale può sorgere (art. 34 C.P.C.) in seguito a domanda di parte o per disposto della legge (esempio: incidente di falso, art. 313 C.P.C.; la impugnazione del secondo matrimonio di persona già coniugata da parte del coniuge cui venga opposto l'impedimento).

del primo vincolo, art. 124 C.C.).

La decisione della questione pregiudiziale ha efficacia di giudicato e, nei casi testè esaminati, l'accertamento influisce sulla competenza: il codice stabilisce infatti che qualora debba essere accertata una questione pregiudiziale la quale appartenga per materia o valore alla competenza di un giudice superiore (a quello precedentemente adito per giudicare sul rapporto principale), la causa deve essere a lui rimessa (art. 34 C.P.C.). Fuori di queste ipotesi (le quali dovrebbero chiamarsi "pregiudiziali" in senso tecnico, avuto riguardo al fatto che in esse la pienezza e l'autonomia dell'accertamento integra cause distinte, dal rapporto principale), possono darsi altri casi, nei quali il giudice conosce "incidenter tantum" della domanda del convenuto (qui cadrebbe più acconcia la qualifica di questioni "incidentali"), che non costituisce l'oggetto fondamentale del giudizio e valutata ed apprezzata solo nei limiti in cui incide sulla decisione della causa principale, non ha efficacia di giudicato.

a) AZIONE RICONVENZIONALE. Il convenuto si giova della domanda dell'attore per agire contro di lui, proponendo un'altra domanda, comportandosi in tal guisa, alla sua volta come attore.

Conseguentemente la difesa del convenuto assume un carattere più dinamico, più autonomo, ed allo stesso tempo, per così dire, più aggressivo. Il rapporto processuale si stacca dallo schema originario, pur prendendo da quest'ultimo le norme e ad esso riannodandosi. Che anzi, questa fondamentale esigenza di connessione tra i rapporti oggetto del giudizio e le loro varie fasi e atteggiamenti, costituisce anche dal punto di vista della politica legislativa, la base su cui poggia l'istituto.

In ogni epoca e in tutti gli ordinamenti, massime negli ordinamenti moderni, si nota la tendenza a semplificare la struttura spesso assai complessa del processo. L'azione riconvenzionale favorisce l'applicazione del principio della economia dei giudizi, e contribuisce ad evitare la dispersione dell'attività giurisprudenziale: tuttavia viene sempre

mantenuto come limite il requisito che le due domande, principale e riconvenzionale, debbono avere elementi di connessione tali da giustificare il contemporaneo svolgimento processuale dinanzi allo stesso giudice.

Il nostro codice conosce due casi di domande riconvenzionali (art. 36):

1) Riconvenzione "che dipende dal titolo dedotto in giudizio dall'attore": per esempio, il compratore domanda la consegna della cosa e il venditore domanda riconvenzionalmente il prezzo (titolo identico: compravendita); l'attore rivendica una cosa e il convenuto domanda riconvenzionalmente il pagamento dei miglioramenti (anche qui titolo dipendente dalla domanda attrice). Si badi che la legge non richiede la identità del titolo: in base alla dizione "titolo dipendente". Si possono ammettere domande riconvenzionali con titolo diverso ma affine all'azione vantata dalla parte attrice: per es., l'attore chiede la dichiarazione di simulazione di un contratto di vendita, il convenuto domanda riconvenzionalmente il ricono-

sciimento della validità del contratto e la condanna dell'attore alla consegna della cosa venduta.

2) Riconvenzione "che dipende dal titolo che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione". Unico caso: proposta la eccezione di compensazione, il convenuto domanda riconvenzionalmente la condanna dell'attore a pagare la parte eccedente il credito opposto. Tizio chiede la condanna di Gaio per un debito di L. 2.000; Gaio oppone un controcredito di Lire 3.000 chiedendo la condanna di Tizio al pagamento delle mille lire eccedenti il credito opposto (il contro-credito potrebbe essere proposto dal convenuto anche in via di semplice eccezione).

Nella ipotesi seconda esaminata i titoli della domanda principale e della domanda riconvenzionale sono diversi e indipendenti (ciò appunto la distingue dal primo caso): ma il titolo della domanda riconvenzionale apparteneva già all'azione, alla causa principale.

ziona. riconvenzionale sono inoltre: 1) che può essere mossa finché la causa principale sia pendente e in primo grado (costituendo una nuova domanda non è ammissibile in appello: art. 345 C.P.C.) 2) non è esportabile ove non ricorrano tutti gli altri requisiti i quali sarebbero necessari se la azione fatta valere in via riconvenzionale fosse proposta in un giudizio autonomo.

8.- CLASSIFICAZIONE DELLE AZIONI.- I vari criteri che presiedono alla classificazione delle azioni vanno tutte riguardate sotto un duplice aspetto.

Con riferimento alla natura processuale (secondo l'oggetto immediato) l'azione va distinta in dichiarativa ed esecutiva, secondo che tenda alla realizzazione di un provvedimento che individui il comando (provvedimento dichiarativo in senso lato) legale per la singola fattispecie, o che determini la esecuzione del comando individuato (provvedimento di esecuzione forzata). Nelle azioni si rileva una ulteriore partizione in vari tipi di provvedimenti di-

chiarativi cui tendono: azioni di "mero accertamento" (positivo o negativo), "costitutive", di "condanna".

Alla stregua dell'identico criterio (secondo l'oggetto immediato) si discorrerà di azioni "cautelari", se i provvedimenti cui esse danno luogo hanno natura strettamente cautelare (presentano cioè la caratteristica della "strumentalità ipotetica").

Invoco, se si tien debito conto della natura del rapporto sostanziale controverso, soccorrere un'altra classificazione (secondo l'oggetto mediato).

Avremo così azioni "mobiliari" ed "immobiliari" (con riferimento alla cosa mobile ed immobile, oggetto del diritto sostanziale): "personali" o "reali", se controverso sia un diritto di obbligazione o un diritto reale.

Da notare, infine, che non va esclusa la possibilità di reciproche interferenze tra questi criteri: motivo per quale si suole alle volte procedere ad ulteriori distinzioni (azioni "reali": "mobiliari" e "immobiliari").

Anche la legislazione più recente contiene ancora la contrapposizione tradizionale tra azioni "petitorie" (con le quali si rivendica la proprietà) e azioni "possessorie" (con le quali si fa valere il possesso).

Capitolo III.

IL PROCEDIMENTO GIURISDIZIONALE

1. NOZIONE E CARATTERI DEL PROCEDIMENTO GIURISDIZIONALE.

Per stabilire la fondatezza di una azione in senso sostanziale, o comunque per garantire il "rispetto" della norma giuridica di condotta rimasta inosservata, occorre che l'attività giurisdizionale dello Stato sia messa in moto e continuamente sollecitata da azioni in senso formale o da altri atti di parte. Sorge di qui la necessità di prestabilire un minimum di formalità, di termini successivi, di comportamenti occorrenti, affinché il fine di giustizia possa essere raggiunto. Il più importante elemento da tener

presente, dopo la giurisdizione o l'azione, è, dunque, il "procedimento giurisdizionale".

Procedimento, in generale, è un complesso ordinato di atti, succedenti l'uno all'altro nel tempo, per il raggiungimento di uno scopo. Procedimento giurisdizionale è la successione e la concatenazione delle attività delle parti e degli organi giurisdizionali, che sono strettamente necessarie affinché si raggiunga lo scopo della giurisdizione o dell'azione: lo scopo di giustizia.

E' da tener presente, che giusta la terminologia del cpc/, bisogna far distinzione tra processo, in generale, e procedimento, in particolare. "processo" è il termine che indica il complesso degli atti indirizzati all'ottenimento di un tipo di provvedimento giurisdizionale (di cognizione e di esecuzione): per conseguenza, il libro II è intitolato "Del processo di cognizione" e il libro III è intitolato "Del processo di esecuzione". Procedimento è il termine che indica un complesso storico di atti processuali, e quindi di atti:

in Camera di Consiglio, procedimento cautelare, ecc. Questa distinzione terminologica ha poca importanza teorica, e basterà averne fatto cenno.

2. RAPPORTI GIURIDICI PROCESSUALI. - E' evidente che, dal momento della domanda sino a quello del provvedimento, si creano tra le parti e il giudice delle relazioni ai fini del processo. Queste relazioni sono regolate appunto dal diritto processuale e meritano quindi il nome di rapporti giuridici processuali. Dai rapporti giuridici processuali scaturiscono, come si vedrà (Parte II) diritti, oneri ed obblighi per i soggetti del processo.

La comune dottrina tende, oggidi, ad unificare il complesso dei rapporti giuridici processuali nel concetto di un rapporto giuridico unitario: il rapporto giuridico processuale, che si avrebbe tra le parti e il giudice.

Tuttavia, salvo che nella formulazione di questa esigenza-base, il processualisti sono tutt'altro che d'accordo: alcuni sostengono che il rapporto giuridico processuale intercorre solo fra le parti, altri che esso intercorra fra le

parti e (separatamente) fra le parti e lo Stato-giudice, altri sostengono che esso intercorre fra le parti e (separatamente) fra le parti e le persone fisiche dei giudici, altri infine dichiarano che trattasi di un rapporto unico a tre soggetti (attore, convenuto, giudice).

Noi pensiamo che, naturalmente, qualunque costruzione è possibile sul piano meramente dogmatico: nulla osta pertanto alla formulazione del rapporto giuridico processuale unico. Abbiamo tuttavia i nostri fortissimi dubbi circa la rispondenza dell'ordinamento positivo a questo concetto e circa la fecondità, l'utilità pratica del concetto stesso.

Dal punto di vista dell'ordinamento positivo è innegabile che dei rapporti giuridici processuali si creino fra le parti, dato che esse vengono in relazione o che i rapporti fra loro sono regolati dalla legge; è altresì innegabile che dei rapporti giuridici processuali si creino fra le parti e i giudici (in quanto, ad esempio, questi hanno il loro ufficio di prestare la loro attività nel servizio dell'ufficio giudiziario).

senza formale, o incorrono in responsabilità personali in caso di dolo, concussione, ecc.). Ma tutto ciò — crediamo — non autorizza la formulazione della teoria di un rapporto giuridico processuale (unico complesso, dinamico), in cui si trasformerebbe il processo. Si aggiunga che — come è stato autorevolmente osservato (ad esempio, dal REDENTI) — la teoria del rapporto giuridico processuale è assai poco feconda di conseguenze pratiche.

Si può concludere, pertanto, negando la utilità o la formulabilità de iure condito del concetto di rapporto giuridico processuale unico. E' vero soltanto che il diritto positivo si preoccupa di stabilire una strettissima interferenza fra gli atti del processo, allo scopo di garantire la rapida ed ordinata attuazione del fine di giustizia (già il vecchio BULGARO insegna in questo senso: "processus est actus trium personarum: actoris, rei, iudicis").

3. I PRESUPPOSTI PROCESSUALI. — Per poter aver luogo il processo, occorre che siano stati posti in

essere quei requisiti (variabili da procedimento) che la legge considera necessario a questo uopo. Detti requisiti sogliono denominarsi, in generale, presupposti processuali.

Già abbiamo visto (cap. II) quale sia la differenza fra presupposti processuali e condizioni dell'azione: queste sono le condizioni necessarie perchè la domanda giudiziaria sia proponibile; quelli sono, invece, i requisiti necessari perchè la domanda sia ammissibile o procedibile. La mancanza di presupposti processuali mette il giudice nella impossibilità di giudicare sulla sussistenza delle condizioni dell'azione ("merito"): essi devono dunque esistere al momento della domanda, non al momento del provvedimento.

Non è possibile indicare in linea generale quali siano i presupposti processuali, perchè essi variano (anche notevolmente) da procedimento a procedimento. Può dirsi, soltanto, che, alla regolare e valida instaurazione di un processo, sono strettamente necessari i seguenti presupposti:

a) presentazione di una domanda giudiziale;

nella forma e nella sostanza;

b) presentazione della domanda da parte di un soggetto giuridico pienamente capace di agire processualmente;

c) presentazione della domanda nei confronti di un soggetto di diritto capace (principio del contraddittorio: art. 101 c.p.c.);

d) presentazione della domanda davanti ad un organo giudicante capace. Della capacità del soggetto nel processo si parlerà nella parte II di questo corso.

4. DIVERSE SPECIE DI PROCESSI. - I processi possono essere distinti da vari punti di vista.

A) Dal punto di vista del provvedimento richiesto, si distingue il processo di cognizione da quello di esecuzione.

B) Dal punto di vista dell'oggetto ("causa"), si distingue il processo civile, dal processo penale, dal processo amministrativo.

C) Dal punto di vista della ordinarietà degli atti, si distingue il processo ordinario da quello eccezionale (i "procedimenti speciali").

I procedimenti speciali (che possono essere civili, penali e amministrativi) sono caratterizzati da una procedura meno complessa di quella ordinaria e da uno scopo limitato e specifico (es. procedimento sommario, procedimento per separazione personale dei coniugi).

D) Dal punto di vista dell'attività svolta dall'organo giurisdizionale, si distingue il processo contenzioso (o veramente giurisdizionale) dai procedimenti di giurisdizione volontaria.

====oOo====

Parte seconda

REGOLE GENERALI DEL PROCESSO CIVILE

Premessa

Con felice innovazione il nuovo c.p.c. ha dedicato un intero libro, il primo (art. 1-162), alle "disposizioni generali" sul processo civile. Esigenze di spazio vietano che, in ordine a questa parte, siano riportate per esteso, e anche per ampio riassunto, le lezioni dettate a commento. Pertanto, come già si è avvertito nell'Introduzione (n.1), le pagine seguenti si limiteranno a fornire dati schematici di commento e di interpretazione dei singoli articoli o gruppi di articoli, al fine di agevolare gli studenti nello studio diretto delle disposizioni di legge.

Il libro primo del c.p.c. contiene le regole generali del processo civile. Esso, più precisamente, si articola nei seguenti argomenti:

1. Della giurisdizione civile (art. 1-41)
2. Del processo civile, e più precisamente:

a) gli organi giudiziari (giudice e suoi ausiliari), di cui sono precisate le attività ed i limiti dei rispettivi poteri (competenze) (art. 5-68),

b) le parti, e più precisamente:

aa) il pubblico ministero: organo intermedio tra i soggetti privati ed il giudice (art. 69-74),

bb) i soggetti privati, cioè le "parti" in senso stretto (attore e convenuto), i loro difensori, di cui sono precisamente le capacità, i doveri e le responsabilità (art. 75-98);

c) Modo di esercizio dell'azione (in senso processuale) (art. 99-111)

d) Modo di esercizio della giurisdizione (ed in particolare i poteri del giudice nel processo) (art. 112-120);

e) Forme, termini e nullità degli atti processuali (art. 121-162).

====oOo=====

Capitolo I.

ESTENSIONE DELLA GIURISDIZIONE CIVILE.

1. UNICITA' DELLA GIURISDIZIONE. - Questo principio è solennemente sancito dall'art. 1. Esso importa il ripudio, almeno in linea di regola, del sistema delle giurisdizioni speciali e delle leggi speciali in materia di giurisdizione civile.

Organi della giurisdizione ordinaria in materia civile sono: il giudice conciliatore, il pretore, il tribunale, la corte d'appello, la corte suprema di cassazione (art. 1 co. 1 Ordinamento giudiziario, pubblicato con R.D. 30 gennaio 1941 n. 12). Si riloggerà in proposito gli art. 3-4, 6-43, 46, 48, 52-56, 59, 63, 65, 68 dell'ordinamento giudiziario cit.: questi articoli sono relativi alla "capacità generale" degli organi giudiziari, cioè alla capacità di essere investiti della giurisdizione.

L'ordinamento giudiziario si fonda sui seguenti principi generali, di cui quelli degli articoli ora citati sono la confezione:

della pluralità dei tribunali

("tribunali" in senso lato): pluralità riguardo al tipo (Conciliazione, Pretura, Tribunale, Corte di Appello, Corte di Cassazione), e riguardo al la sede (soltanto la Corte di Cassazione è unica, con sede in Roma).

2) Principio della pluralità dei gradi di giurisdizione: ogni causa può formare oggetto di cognizione successiva e rinnovata da parte di gradi diversi di giurisdizione ("riesame della causa"). I gradi della giurisdizione sono tre: I grado (Conciliatore, Pretore, Tribunale, Corte di Appello nel caso eccezionale dell'art. 53 co. 2 ord. giud.): esame di merito; II grado (Pretore, Tribunale, Corte di Appello, ciascuno rispetto al giudice di grado immediatamente inferiore): riesame di merito; III grado (Corte di Cassazione: ma nel caso dell'art. 320 co. 2 cpc. la Corte di Cassazione conosce della causa in secondo grado): riesame di diritto.

3) Principio della gerarchia dei Tribunali: coordinazione gerarchica (dal punto di vista amministrativo) dei vari tribunali (in senso lato).

4) Principio della circoscrizione

ogni tribunale ha una propria sfera di competenza territoriale.

5) Principio della sede: ogni tribunale ha sede nel capoluogo della circoscrizione.

6) Principio della composizione: ogni tribunale si compone di un ufficio principale (il giudice), di un ufficio complementare (il conciliatore) di un ufficio addetto (l'ufficiale giudiziario).

Il complesso dei funzionari giudiziari costituisce l'ordine giudiziario (art. 4 ord. giud. citato).

2. ILLIMITATEZZA DELLA GIURISDIZIONE.-- Come regola, la giurisdiz., essendo una funzione della sovranità, non ammette limitazioni. Applicazioni di questo principio sono gli art. 2 e 3 cpc. (ma l'art. 2 introduce una eccezione).

Naturalmente alla giurisdizione italiana sono soggetti i cittadini italiani e gli apolidi che si trovino nel territorio dello Stato. Quanto agli stranieri, essi sono assoggettati alla giurisdizione italiana soltanto in presenza di uno dei titoli enumerati nell'art. 4 cpc.

Capitolo II.

OGGETTI DEL PROCESSO CIVILE A) GLI ORGANI GIUDIZIARI

1. SPECIE DEGLI ORGANI GIUDIZIARI. - In base al principio della composizione, gli organi della giurisdizione ordinaria vanno distinti in: 1) Ufficio principale (il giudice), 2) ufficio complementare (il cancelliere), 3) ufficio addeuto (ufficiale giudiziario). Le attività e le responsabilità del cancelliere e dell'ufficiale giudiziario sono precisate dagli art. 57 - 60 cpc.

La funzione giudiziaria può essere variamente agevolata da elementi, tecnici o meno, non appartenenti all'ordine giudiziario, né (eventualmente) all'amministrazione dello Stato. Tra gli ausiliari del giudice vanno segnalati: a) il consulente tecnico (su cui gli art. 61-64 cpc.), b) il custode (su cui gli art. 65-67 cpc.); c) gli eserenti, il notaio, la forza pubblica (art. 68 cpc.); d) l'interprete (art. 122 cc. 1 cpc.); e) lo stipendiario (art. 313 cc. 2 cpc.), ecc.

2. CAPACITA' SPECIALE DEGLI ORGANI GIURISDIZIONALI. - A parte la "capacità generale", di cui si è dianzi parlato (cap. I, n. 1), gli organi giudiziari devono possedere una capacità speciale, cioè la capacità di esercitare la giurisdizione in ordine alla specifica fattispecie reale sottoposta alla loro cognizione.

La capacità speciale degli organi giurisdizionali si fonda su due ad un duplice ordine di criteri: a) criteri oggettivi (o di "competenza" dell'ufficio), b) criteri soggettivi, relativi alla capacità della persona fisica del giudice a giudicare.

La capacità speciale soggettiva, è dal punto di vista logico, un posteriori della capacità oggettiva: prima si determina questa e poi si passa a determinare quella. Di essa si parlerà, tuttavia, a questo punto, per avere poi la libertà di discorrere con maggiore ampiezza dell'argomento, assai più complicato, della capacità oggettiva (competenza).

La capacità speciale dipende: a) dalla regolare costituzione dell'organo giudiziario nel caso concreto: la quale si ha quando: aa) il giudice istruttore ha compiuto l'istruzione delle

causā (art.174 cpc.), o analogamente non cambi la persona del giudice dell'esecuzione (art.484 cpc.), bb) il collegio sia costituito dal numero prescritto di giudici (vedi gli articoli già citati dell'ordinam. giudiziario); cc) la causa sia decisa dal Conciliatore o dal Pretore che l'ha istruita, e, nel caso di deliberazione da prendersi da un collegio, ad essa prendano parte soltanto i giudici che hanno assistito alla discussione (art.276 co.1 cpc.);

b) dall'assenza di condizioni di incapacità subbiettiva: la quale può essere: aa) assoluta (incompatibilità per vincoli di parentela o di affinità fra magistrati della stessa sede: art.19 Ordinam. giudiziario); bb) relativa ad una determinata causa, nei casi indicati dall'art.51 cpc.

In relazione alle condizioni di incapacità subbiettiva relativa del giudice si profilano i due istituti dell'astensione e della recusazione (sui quali vedi gli art.51-54 cpc.). L'astensione è atto del giudice investito della causa e può essere obbligatoria (art.51 co. 1 cpc.) o facoltativa (art.53 co.1 cpc.). La recusazione è

delle parti private, che può compiersi nei casi in cui il giudice è obbligato ad astenersi (art.52-54 cpc.).

32 LA COMPETENZA (IN GENERALE). - La capacità speciale subbiettiva del giudice sussiste quando il giudice si mantiene nei limiti della sua "competenza". Si intende per competenza la sfera di potestà giurisdizionale entro la quale l'organo giudiziario può operare ("la competenza è la misura della giurisdizione"). Il giudice che opera entro i limiti della sua competenza è il "giudice naturale" della causa (art.71 Statuto).

Momento determinativo della competenza è quello della proposizione della domanda (art.5 cpc.): c.d. "principio della perpetuatio iurisdictionis" ("ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet").

Criteri determinativi della competenza sono:

a) il valore economico della causa: il maggiore o minor valore della causa importa una diversa distribuzione della competenza in senso verticale (rispetto al tipo dei tribunali);

b) la materia, o natura giuridica della causa: criterio indipendente da quello che precede; ma che implica un'analoga distribuzione verticale;

c) la funzione che il giudice è chiamato ad esercitare: questo criterio non è esplicitamente dichiarato dal ppc., ma risulta con tutta evidenza dall'analisi di alcune sue norme;

d) il territorio, cioè la circoscrizione giudiziaria in cui taluno dei fatti in giudizio oppure una cosa è situata: questo criterio distribuisce la competenza in senso orizzontale (avuto riguardo alla sede dei tribunali).

Possono distinguersi, in conclusione, quattro specie diverse di competenza, regolate dal cpc. nelle sezioni II e III del tit. I del Libro I (art. 7-30).

La competenza è, di regola, inderogabile convenzionalmente: essa è, cioè, assoluta (art. 6 cpc.). Eccezionalmente la competenza è, invece, relativa. Relativa è la competenza per territorio, ma la regola dell'assolutezza torna ad imporre nei casi di competenza territoriale funzionale (art. 26 cpc.): la deroga può avvenire mediante un atto espresso ("actum de foro competenti") prima della lite (art.

29 cpc.); oppure mediante preventiva elezione di domicilio (art. 30 cpc.); o infine, a giudizio iniziato, mediante rinuncia implicita o esplicita del convenuto ad eccepire la incompetenza (art. 38 cc. 1 cpc.). La competenza per valore è assoluta soltanto in primo grado ("parzialmente assoluta"): art. 38 cc. 2 cpc. La competenza funzionale ammette una sola deroga: art. 36 cc. 2 cpc.

La differenza fra la competenza assoluta e la competenza relativa sta in ciò: 1) la competenza assoluta deve essere rilevata di ufficio dal giudice; 2) può essere eccepita in qualunque stato e grado della causa da chiunque (art. 36 cc. 1 cpc.); 3) non è sanabile per accordo fra le parti.

4. SPECIE DI COMPETENZA. - Esse risultano determinate dal cpc. e non occorre insistervi.

A) Competenza per valore: vedi art. 7-17 cpc. Il valore si determina con riferimento al petitum in rapporto con la causa petendi (art. 10 cc. 1 cpc.).

1) giudizio di numero obiettivo (più domande proposte dalla stessa persona nello stesso processo)

si sommano i valori (art. 10 cpc.), salvo che il giudice adito ritenga inopportuna la riunione delle cause, nel qual caso egli decide separatamente le cause di sua competenza e rimette le altre al giudice inferiore per ciascuna competente (art. 104).

Nel caso di cumolo subiettivo (più domande o una domanda contro più persone affinché una obbligazione sia adempita per quote) il valore si determina dall'intera obbligazione.

Per la determinazione del valore il cpc. art. 12-17) stabilisce criteri diversi (presunzione legale, arbitrio del giudice, volontà delle parti). Se la causa è di valore indeterminabile (art. 9 co. 2, 15 co. 3), il valore si presume superiore alle L. 10.000 (competenza del Tribunale).

B) Competenza per materia: vedi gli art. 7-9 e 16 cpc. La competenza per materia dei giudici (cui si riferiscono i citati articoli) presuppone che sia stata preventivamente determinata la competenza per materia dei giudici speciali (la quale competenza esclusiva di detti giudici) e delle dei giudici ordinari con funzioni speciali.

quanto alla Magistratura del Lavoro, l'art. 409 cpc.).

C) Competenza funzionale: si suddivide in due categorie di ipotesi:

a) Competenza degli organi giurisdizionali a conoscere della stessa causa in stadi successivi (competenza per le impugnazioni; sulle quali v. art. 323 cpc.). La competenza può spettare: aa) allo stesso giudice che ha emanato la sentenza impugnata: nel caso di impugnaz. per revocazione (art. 398) e di impugnaz. per opposizioni di terze (art. 405); bb) al giudice gerarchicamente superiore: nel caso di appello (art. 341) o di ricorso per cassazione (art. 365 e 374) (c.d. "competenza per gradi"); cc) ad un giudice di rinvio: nel caso di cassazione con rinvio (art. 383).

b) Competenza territoriale inderogabile (art. 28 cpc.) Essa si ha: aa) nelle cause in cui il M.M. è tenuto ad intervenire (art. 70, n. 2, 2 e 5); bb) nei casi di esecuzione forzata e di opposizione alla stessa (vedi art. 26 e 27 cpc.); cc) nei suoi procedimenti cautelari e possessori (sui quali cfr. art. 670 o sogg. 1) e nei procedimenti in camera di consiglio.

(sui quali cfr. 737 e sogg. cpc.); ed) in ogni altro caso in cui la inderogabilità sia stabilita espressamente dalla legge (vedi ad es. art. 661 cpc.).

Malgrado che la legge non lo stabilisca espressamente, è da ritenere che il foro della Pubblica Amministrazione (art. 25 cpc.) costituisca un altro caso di competenza territoriale inderogabile.

D) Competenza per territorio: vedi art. 18-30 cpc. La legge distingue tra "foro generale" (che è il tribunale davanti a cui una persona può essere convenuta per qualunque causa: art. 18 e 19 cpc.), e "fori speciali", valevoli per cause determinate (art. 20 e sogg.).

Circa la competenza territoriale della Magistratura del lavoro, vedi art. 410 cpc.

5. MODIFICAZIONI DELLA COMPETENZA. - La competenza, quale risulta dai criteri accennati nel precedente paragrafo, può essere variata o modificata per effetto della connessione (art. 31-36 o 39), della litispendenza e della continenza di cause (art. 39 cpc.). Per bene intendere questi concetti, occorre richie-

dersi a quanto si è detto (Parte generale, cap. III) circa la identificazione delle azioni.

A) Litispendenza: si verifica quando più cause non fonti davanti a diversi tribunali sono tra loro identiche, sia soggettivamente (persone) che oggettivamente (petitum e causa petendi). In questo caso, per evitare la duplicazione dei giudizi, il cpc. (art. 39 co. 1 e 3) introduce il criterio del "forum praeventionis".

B) Continenza: si verifica quando una causa più estesa (contenente) assorbe in sé una causa meno estesa (contenuta) in quanto gli elementi oggettivi della seconda rientrano fra quelli della prima: ad esempio, una causa per la revindica di un fondo contiene una causa (fra gli stessi soggetti) per il regolamento dei confini dello stesso fondo.

Questa figura è strettamente imparentata con quella della litispendenza: mentre nell'un caso si ha identità assoluta fra due azioni, nell'altro caso si ha una identità parziale quanto agli elementi obiettivi di identificazione (onde si è parlato, molto opportunamente, di "litispendenza parziale").

Il cpc. (art. 39 co. 2) applica qui il "criterio

dell'assorbimento": la causa contenuta è di competenza del giudice adito per la causa contenente.

3) Connessione: si verifica quando due o più cause coincidono in taluno dei loro elementi di identificazione, ma non in tutti. Possono distinguersi le seguenti specie:

A) Connessione meramente subbiettiva: due o più azioni sono interamente distinte quanto all'oggetto e al titolo ed hanno in comune soltanto i soggetti (persone).

Dalla connessione meramente subbiettiva può nascere, se le parti lo vogliono, il cumulo oggettivo (riunione in uno stesso processo di più azioni obiettivamente diverse, ma coincidenti per quanto riguarda le parti), ma: 1) il cumulo obbiettivo non può derogare la competenza, 2) il cumulo obbiettivo può essere sciolto, per motivi di opportunità, dal giudice (v. art. 104 c.p.c.). La connessione meramente soggettiva può, dunque, determinare quest'unico effetto: che cause di competenza (quanto al valore) di un giudice inferiore siano conosciute da un giudice superiore (v. art. 10 co. 2 c.p.c.).

b) Connessione oggettiva generica:

azioni sono interamente o parzialmente distinte quanto ai soggetti ed hanno in comune l'oggetto o il titolo o l'uno e l'altro elemento obbiettivo. Si distinguono la connessione oggettiva reale (comunanza dell'oggetto: ad esempio, nel caso di azione contro il debitore principale e contro il fideiussore); la connessione oggettiva causale (comunanza del titolo: ad esempio, nel caso di obbligazioni di divisibilità); la connessione oggettiva causale (comunanza di "petitum" e di "causa petendi": ad esempio, nel caso di obbligazioni sociali).

La connessione oggettiva può dar luogo a cumulo subbiettivo (riunione in uno stesso processo di più azioni subbiettivamente diverse, ma coincidenti negli elementi obbiettivi, e in uno di essi): il cumulo subbiettivo può derogare la competenza territoriale (v. art. 33 c.p.c.). Vale in linea generale, il disposto dell'art. 40 c.p.c.

c) Accessorietà: di due azioni, l'una (accessoria) è subordinata, quanto alla "causa petendi", all'altra (azione principale). L'accessorietà è una forma qualificata di connessione oggettiva.

L'art. 31 dà facoltà all'attore di appli-

care il principio "accessorium sequitur principale".

d) Garanzia: contro pende il giudizio su una azione (principale), il convenuto agisce contro un terzo che deve, secondo il diritto sostanziale, garantirle in caso di soccombenza (esempio: Tizio conviene Gaio per la revindica di un fondo, Gaio chiama in causa per garanzia Sempronio che è obbligato verso di lui per l'evizione).

La chiamata in garanzia deroga alla competenza per territorio ed a quella per valore, nel senso che può essere proposta davanti al giudice competente per la causa principale, al fine di essere decisa nello stesso processo: art. 32 cpc.

e) Pregiudizialità: se ne è già parlato a proposito della domanda di accertamento incidentale del convenuto (Parte prima, cap. II).

La pregiudizialità può risultare, oltre che dalla domanda del convenuto, anche dalla legge: sua caratteristica è che la causa non può essere decisa, se non sia preventivamente decisa una questione pregiudiziale. In tal caso, se l'azione appartiene per materia o per valore ad un giudice superiore a quel che è competente per la causa principale, la

potenza del primo assorbe quella del secondo: v. art. 34 cpc.

f) Compensazione: può dar luogo all'accertamento incidentale, salvo che la domanda dell'attore non sia fondata su titolo non controverso o facilmente accertabile: in questo caso il giudice rinetterà la decisione sulla compensazione al giudice competente e deciderà egli stesso sulla domanda: v. art. 35 cpc.

g) Compensazione: v. art. 36 cpc.

h) Compensazione in propria: si verifica quando la decisione di due o più cause dipende dalla risoluzione di identiche questioni di diritto. In tal caso tra le due o più cause non vi è un vincolo di identità o di connessione, ma un semplice rapporto di somiglianza astratta (quando alle questioni giuridiche da decidere).

Il cpc. (art. 103) ammette, in ordine a tale ipotesi, il "litis-consorzio" (facoltativo), ma non ammette che la competenza possa essere comunque derogata.

6. REGOLAMENTO DI GIURISDIZIONE E DI COMPETENZA.

A) Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e del giudice speciale è rilevato, anche d'ufficio in qualunque stato e grado del processo (art. 37 co. 1).

Per il difetto di giurisdizione del giudice italiano nei confronti dello straniero, bisogna distinguere tra:

a) cause aventi ad oggetto beni immobili situati all'estero: il difetto di giurisdizione è rilevabile anche d'ufficio (art. 37 co. 2 prima parte);

b) ogni altra causa: in ordine a questa seconda ipotesi: aa) se il convenuto è contumace, il difetto di giurisdizione è rilevabile anche d'ufficio.

bb) se il convenuto è costituito, il difetto è ecceppibile soltanto da lui, sempre che non abbia accettato espressamente o tacitamente la giurisdizione italiana. Le parti, oltre che far valere, in pendenza di giudizio, il difetto di giurisdizione possono in ogni momento, sinchè la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado, chiedere il regolamento preventivo di giurisdizione alle Sezioni Unite della Cassazione; con la decisione di merito in primo

grado, le parti non possono proporre le questioni di giurisdizione se non con i mezzi ordinari di impugnazione. A questo proposito la legge (art. 41 co. 1 cpc.) presenta una grave disarmonia con il regolamento di competenza (il quale può essere chiesto alla Cassazione soltanto dopo la sentenza di merito, come mezzo di impugnazione per saltum v. infra sub. B).

Il difetto di giurisdizione può determinare un conflitto fra più giudici ordinari o speciali, sia in quanto questi si ritengano del pari forniti di giurisdizione per una certa causa, sia in quando questi se ne ritengano del pari sforniti: nel primo caso il conflitto è positivo, nel secondo è negativo. I conflitti positivi possono essere: a) virtuali se ancora nessuna autorità giudiziaria ha emesso una decisione, b) reali, se una o più decisioni siano state emesse.

Più esattamente, i conflitti tra giudici speciali o tra questi e i giudici ordinari diconsi conflitti (negativi o positivi, virtuali o reali) di giurisdizione: i conflitti tra giudici ordinari o tra questi e i giudici speciali diconsi conflitti di competenza.
Civile

e organi amministrativi si dicono conflitti (negativi o positivi, virtuali o reali) di attribuzione.

Il regolamento stabilito dal c.p.c. è il seguente: a) quanto ai conflitti di giurisdizione: v. art. 362 cc. 2 n. 1) b) quanto ai conflitti di attribuzione: v. art. 41 cc. 2 e art. 362 cc. 2 n. 2.)

B) IL DIFETTO DI COMPETENZA (INCOMPETENZA) di un giudice ordinario rispetto ad altri giudici ordinari è rilevabile nei casi e nei limiti stabiliti dall'art. 38 c.p.c.

Alle parti spetta il diritto di chiedere il regolamento di competenza: in taluni casi il regolamento di competenza può essere richiesto dal giudice ex officio.

a) Regolamento di competenza richiesto dalle parti: è "un mezzo di impugnazione destinato a provocare direttamente dalla Corte di Cassazione, omisso medio, la decisione separata sulle questioni di competenza, che comunque siano sorte nel corso del giudizio" (Relazione al R.o. n. 26).

Presupposto della domanda di regolamento di competenza è, dunque, una sentenza che ha pronunciato sulla competenza: prima della emanazione

della sentenza sulla competenza: prima della emanazione della sentenza il regolamento di competenza non può essere richiesto (v. invece, quanto al regolamento di giurisdizione, retro sub. A). Unica eccezione: la sentenza emessa dal giudice Conciliatore (v. art. 46).

Il regolamento di competenza può essere: aa) necessario, se il giudice abbia pronunciato soltanto sulla competenza, senza decidere il merito della causa ("sentenza parziale" sulla competenza: v. art. 42 c.p.c.; bb) facoltativo, se il giudice abbia pronunciato sulla competenza insieme col merito: v. art. 43 c.p.c.

b) Regolamento di competenza di ufficio: è richiesto dal giudice che si ritenga incompetente per materia o per territorialità funzionale (incompetenza assoluta), quando la causa sia riassunta davanti a lui in seguito alla sentenza che dichiara la incompetenza del giudice primo adito.

Si ha, in questo caso, un conflitto negativo di competenza ed è evidente che il giudice secondo grado non può giudicare se si ritenga assolutamente incompetente (v. art. 45 c.p.c.). In ogni altro caso

il giudice indicato come competente dalle sentenze è tenuto a giudicare: v.art.44 cpc.

PROCEDIMENTO DEL REGOLAMENTO DI COMPETENZA:

art.47 - 50 cpc.

=====

Capitolo III.

SOGGETTI DEL PROCESSO CIVILE B) IL PUBBLICO MINISTERO

1. COMPOSIZIONE E SCOPI DI QUESTO UFFICIO. - Sulla composizione dell'ufficio del P.M. v.art.2 e 70 Ordinam.Giudiziario.

Organo ausiliario del P.M. è il Segretario, il quale ha in parte funzioni analoghe a quelle del Cancelliere, ma non assiste all'udienza.

Gli scopi dell'ufficio del P.M. sono fissati, in linea generale, dall'art.73 Ordinam.Giudiziario. Il P.M. rappresenta il pubblico interesse, è organo dello Stato amministratore. Come tale, esso va qualificato, come "soggetto parziario" del processo, ma tuttavia non può essere perfettamente identificato con le parti private perchè l'interesse che esso rappresenta ha in se qualcosa di innegabilmente obiettivo. Il P.M. è stato pertanto definito come una "parte imparziale".

2. ATTRIBUZIONE DEL PUBBLICO MINISTERO. - In questa sede non ci interessano le attribuzioni che il pubblico ministero ha nel processo penale: v. art. 74 Ordinam. Giudiziario.

Nel processo civile il Pubblico Ministero ha le seguenti attribuzioni:

A) Nella giurisdizione contenziosa:

a) il P.M. esercita l'azione civile nei casi stabiliti dalla legge (art. 69 cpc. 75 Ordinam. Giudiziario): ad esempio, quanto alla dichiarazione di assenza (art. 48 cc.), quanto alla dichiarazione di morte presunta (art. 58 cc.), quanto alla opposizione al matrimonio (art. 32 cc.);

b) Il P.M. propone ricorso per cassazione, nell'interesse della legge (art. 360 cpc.), agisce per revocazione (art. 397 c.c., art. 77 Ordinam. Giudiziario).

c) il P.M. fa eseguire le sentenze e gli altri provvedimenti del giudice nei casi stabiliti dalla legge (art. 78 cc. 2 cpc.).

d) Inoltre il P.M. agisce in via di intervento quando interviene in una causa già iniziata. L'intervento è necessario nei casi stabiliti dall'art.

70 cc. 1 e 2 cpc., è facoltativo in ogni altro caso in cui il P.M. ravvisi un pubblico interesse: nella prima ipotesi (intervento necessario) l'udienza non può aver luogo se il P.M. non interviene (art. 75 Ordinam. Giudiziario), e perciò la nullità è rilevabile "ex officio". La disciplina dell'intervento del pubblico ministero è completata negli art. 71-72 cpc.

B) Nella giurisdizione volontaria. In materia di legittimazione (art. 288 cc.), di adozione (art. 313 cc.). ecc.

C) In altri campi. v. art. 79-82, 86, 88 Ordinam. Giudiziario.

3. INCAPACITA' SPECIALE SUBLETTIVA DEL PUBBLICO MINISTERO E SUA RESPONSABILITA'. - v. art. 73-74 cpc.

Capitolo IV.

SOGGETTI DEL PROCESSO CIVILE. C) LE PARTI

1. CONCETTO DI PARTE. - È colui che in proprio nome agisce o contraddice nel processo o nel cui nome altri agisce o contraddice. Non bisogna confondere le parti processuali con i soggetti del rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio ("parti in senso sostanziale") perchè le due qualità possono anche non coincidere, basta pensare, ad esempio, ad un processo di proprietà cui non partecipino tutti i condomini. Le parti principali del processo sono due: attore e convenuto: v. art. 101 cpc. Ma le parti possono essere anche più di due, verificandosi la figura del litisconsorzio (v. infra).

2. - CAPACITA' DELLE PARTI. - Le parti devono avere anzitutto la capacità di essere parte, che non è altro se non la "capacità giuridica" dei soggetti del rapporto giuridico.

Subordinatamente le parti devono avere la capacità processuale (così detta "legitimatio ad processum"), cioè la capacità di agire" con riguardo al processo: v. art. 75 cpc. Eccezionalmente la capacità processuale è riconosciuta anche a chi non possiede la capacità di agire (in generale): così avviene per gli interdetti e gli inabilitati riguardo al processo di interdizione e di inabilitazione (art. 716 e 720 cpc.).

Sulla rappresentanza delle parti in giudizio dispongono gli art. 78-80 cpc.

3. LA SOSTITUZIONE PROCESSUALE. - Si ha sostituzione processuale quando taluno sia parte in giudizio, ma non sia titolare del diritto fatto valere in giudizio; in tal caso si agisce in nome proprio per un diritto altrui.

È evidente che alla radice della sostituzione processuale deve esservi un rapporto giuridico sostanziale tra sostituto e sostituito. L'essenza della sostituzione processuale è che ogni atto processuale ha effetto per il sostituto (parte) o per

il sostituto (titolare del diritto sostanziale).

La sostituzione processuale può aver luogo nei soli casi esplicitamente ammessi dalla legge (art. 81 cpc.). Esempio tipico è quello dell'art. 76 cpc. (sostituzione processuale della Famiglia Reale).

Altri esempi: art. 102 (estromissione del garantito), art. 111 co. 1 (successione particolare "intervivos" nel diritto controverso: l'alienante sostituisce, dal momento dell'alienazione, l'acquirente).

4. LITIS-CONSORZIO. - Il litisconsorzio (cumulo subiettivo di cause) può essere:

a) attivo (più attori), passivo (più convenuti) o misto;

b) originario (se esiste sin dall'inizio del processo) o successivo (all'inizio del processo);

c) facoltativo o necessario (quest'ultimo disposto dalla legge).

A) Litisconsorzio facoltativo (attivo o passivo).

Può essere:

a) proprio quando tra le cause che si propongono esiste un vincolo di connessione oggettiva;

b) improprio, quando tra le cause esiste un

vincolo di connessione improprio, v. art. 103 cpc.

D) Litisconsorzio necessario (attivo o passivo): v. art. 102 cpc. Esempi: art. 331 e 784.

5. LITISCONSORZIO SUCCESSIVO PER INTERVENTO. -

Il litisconsorzio successivo può aversi o per successiva unione di causa, o per intervento nella causa precedente di terza persona interessata al giudizio. L'intervento può essere: a) volontario (principale, adesivo o litisconsortile); b) coatto (a istanza di parte o per ordine del giudice).

A) INTERVENTO VOLONTARIO. - Si verifica quando manca una disposizione di legge che renda necessario l'intervento. Esso può essere (v. art. 105 cpc.):

a) intervento principale ("ad excludendum"): è fatto del terzo, in quanto vi abbia interesse, per far valere un diritto relativo all'oggetto della azione e per farlo valere in confronto di tutte le parti (art. 105 co. 1, 1^a ipotesi). Si noti che la pretesa dell'interveniente, quanto all'oggetto della causa, deve essere incompatibile sia con quella dell'attore che con quella del convenuto: esemplarmente, la contestazione sulla proprietà di

una cosa; Sempronio (interveniente principale) asserisce di essere lui il proprietario della cosa.

b) Intervento adesivo ("ad adiuvandum reum vel actorem"): è fatto dal terzo, in quanto vi abbia un proprio interesse, per sostenere le ragioni di una delle parti (art. 105 co. 2). Es. Tizio chiede a Caio il pagamento del debito, Sempronio (fideiussore di Caio) interviene a sostenere la negativa di Caio; Tizio asserisce di essere proprietario della cosa che Caio ha acquistato da Sempronio, e Sempronio (tenuto a garantire la evizione) interviene per negare che Tizio sia proprietario.

c) Intervento litisconsortile (così detto "intervento adesivo autonomo"): è compiuto dal terzo, in quanto vi abbia interesse, per far valere, in confronto di alcune delle parti, un diritto dipendente dal titolo adotto in giudizio (art. 105 co. 1, 2^a ipotesi). Esempio: Tizio conviene Caio, suo socio, per far dichiarare estinta la società; Sempronio (altro socio della stessa società) interviene per...

Caio, che la società non deve dichiararsi estinta. Altro esempio: l'intervento del Pubblico Ministero nelle cause che egli stesso avrebbe potuto proporre (art. 70 cpc.).

B) Intervento coatto: si verifica in quanto sussistano i presupposti richiesti dagli art. 106 e 107 cpc. Esso può essere:

a) Intervento su istanza di parte, il quale può essere, a sua volta:

aa) per chiamata semplice: può essere richiesto dalla parte in quanto ritenga che la causa sia "comune" ad un terzo (cioè sia identica o per lo meno oggettivamente connessa);

bb) per chiamata in garanzia: può essere richiesto dalla parte in quanto pretenda di essere garantita (art. 106).

b) Intervento per ordine del giudice (art. 107): può essere disposto dal giudice, in quanto la causa sia comune ad un terzo, o in quanto egli lo ritenga opportuno.

C. DELLA ASSISTENZA DELLE PARTI. - La legge, in protezione della inesperienza giuridica del-

le parti, concede, e in certi casi dispone, che esse siano assistite da soggetti ausiliarii ("difensori"). Tuttavia, lo scopo del legislatore, anche quando dispone la presenza di ausiliarii, è sempre quella di garantire le parti: quindi è ammesso che, in qualunque stadio è grado del giudizio, la parte si difenda personalmente, purché abbia "la qualità necessaria per esercitare l'ufficio di difensore con procura presso il giudice adito" (art. 87 cpc.).

Vi sono tre specie di ausiliarii dei soggetti parziali:

a) difensori senza specifica preparazione culturale (ammessi nel caso di cui all'art. 319 cpc);

b) difensori con specifica preparazione giuridica (avvocati cassazionisti, avvocati, procuratori legali, praticanti procuratori, patrocinanti in pretura;

c) difensori con specifica preparazione tecnica (consulenti tecnici: art. 87 e 201 cpc.).

L'ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore è determinato dal R.D. n. 1577 approvato il 30 ottobre 1933; n. 1577 (Gazzetta Ufficiale in 1933, n. 241, 10 ottobre 1933).

1934 n. 36) ed altri atti legislativi.

Le regole sul patrocinio sono determinate dall'art. 82 cpc. Il ministero del difensore si basa sulla "procura alle liti" (generale o speciale): art. 83-85 cpc/

Tra la parte ed il suo difensore intercorre un rapporto di lavoro cosiddetto "autonomo": cfr. art. 2229-2237 cc., ed in particolare l'art. 2233 cc. 2. Lo Stato, in tutte le sue amministrazioni (non autonome e autonome) è rappresentante in giudizio dall'Avvocatura dello Stato, con sede principale in Roma (Avvocatura Generale) e sede distrettuale nel capoluogo dei distretti di corti di appello: T.U. approvate con R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611.

Capitolo V.

POTERI, ONERI ED OBBLIGHI DEI SOGGETTI DEL PRO-

CESSE

1. CONCETTI GENERALI. - Protezione processuale della potestà di giurisdizione, del diritto alla prestazione giurisdizionale (azione in senso processuale), del diritto subbiottivo in quanto potere di soggezione della controparte (azione in senso sostanziale) sono alcuni poteri specifici di carattere processuale ("poteri processuali") che bisogna elencare. La legge dispone, inoltre a carico degli organi giudicanti e degli altri subbiotti processuali alcuni "obblighi processuali", che bisogna egualmente esaminare.

Bisogna distinguere tra oneri ed obblighi processuali.

Obblighi processuali sono dei comportamenti processuali imposti ai subbiotti del processo per soddisfare un interesse altrui: la non osservanza di tali obblighi determina l'applicazione dell'

della tutela giurisdizionale a favore della persona o delle persone che avevano diritto al comportamento (così detta "sanzione"). Oneri processuali sono dei comportamenti necessari per la esplicazione di un potere, cioè dei comportamenti necessari per soddisfare un interesse proprio. La non osservanza di un onere processuale importa la preclusione del potere corrispondente, nel senso che questo potere non può più farsi valere.

Poteri, oneri ed obblighi ne hanno tutti i soggetti del processo. Poteri, oneri ed obblighi possono averne anche terzi estranei al processo, in quanto vengano in qualche modo a partecipare a qualcuna delle sue vicende.

2. POTERI E DOVERI DEL GIUDICE. - I poteri del giudice sono esplicazione della potestà di giurisdizione. Essi hanno sempre con sé un elemento di necessità, in quanto che la funzione giurisdizionale è un "munus publicum" a cui il giudice non può sottrarsi. La legge, pertanto, specifica, accanto ai poteri del giudice, alcuni doveri cui egli deve sot-

testare. I poteri del giudice possono, dunque, in linea generale, dividersi in poteri discrezionali, e poteri vincolati (quando siano limitati da doveri).

I poteri del giudice sono:

a) Potere di direzione del processo: art. 175 ss, 311 ss, 484 cpc.

b) Potere di conciliazione: il giudice, in sede contenziosa; può (e deve) effettuare il tentativo di conciliare le parti: art. 185, 311, 320 cpc.

c) Poteri ordinatorii e istruttori essi spettano al giudice in sede di cognizione e sono svariati; tra i più spiccati vanno indicati quelli di cui agli art. 115 - 118 cpc.

d) Poteri decisorii: risultano, in linea generale, dagli art. 112 - 116 cpc. Ad essi si riconnettono i poteri di cui agli art. 119 - 120.

3. ONERI PROCESSUALI DELLE PARTI. - Si tratta di oneri strutturalmente collegati ai diritti di azione (in senso processuale e in senso sostanziale) e che consistono nel

parti sono:

a) Onere della iniziativa: la parte deve iniziare il processo, se vuole che questo vi sia: art. 99 cpc. 2907 cc. ("nemo iudex sine actore").

b) Onere dell'impulso processuale: le parti devono compiere gli atti necessari per fare attraversare al processo le sue fasi ed i suoi stadii successivi: se esse non danno al processo il necessario impulso, il processo si estingue (art. 307 cpc.); se è stata emanata la sentenza in primo grado, decorso inutilmente il termine per l'impugnazione, la sentenza stessa passa in giudicato.

c) Onere della domanda: l'attore deve esprimere le sue richieste negli appositi atti (cfr. art. 112 cpc.).

d) Onere della contestazione: il convenuto deve esprimere negli appositi atti le sue difese.

e) Onere delle allegazioni: Le parti devono compiere tutte le allegazioni necessarie a giustificare le rispettive domande ("da mihi factum, dabo tibi ius").

f) Onere della prova: le parti devono mettere a disposizione del giudice le prove necessarie e

sufficienti a sostenere le loro affermazioni.

La distribuzione dell'onere della prova tra le parti è stabilita dall'art. 2697 cc.

g) Onere delle spese: ciascuna parte deve provvedere ad anticipare le spese inerenti agli atti che compie, salva la condanna alle spese con cui si terminerà il processo art. 90 cpc.

4. OBBLIGHI DELLE PARTI.— Essi sono:

a) Obbligo di lealtà e di probità: art. 88 (la sanzione per la inosservanza è disposta dagli art. 92 cc. e 96).

b) Obbligo di rimborso delle spese: art. 91-97 cpc.

c) Obbligo di risarcimento del danno: art. 96 cpc.

5. POTERI, ONERI ED OBBLIGHI DEI TERZI.— Essi sono di varie nature. I più tipici sono: l'obbligo di prestare testimonianza (art. 244 e segg. cpc.) e l'obbligo di subire l'ispezione (art. 118 cpc.).

Capitolo VI.

GLI ATTI PROCESSUALI

1. GENERALITÀ.— Nel titolo VI del libro I il cpc. dispone circa i termini, le forme e le nullità degli atti processuali, in generale. La materia è delle più interessanti ed è tra quelle cui la dottrina italiana (specialmente il CARNELUTTI) ha portato un lunghissimo contributo. Qui cercheremo di schematizzare il sistema delle norme che attengono agli atti del processo.

Ogni atto giuridico deve essere dotato di un certo numero minimo di requisiti. Più esattamente, questi requisiti possono essere così classificati (col CARNELUTTI):

A) Requisiti interni (o elementi) dell'atto.— Essi sono:

a) subiettivi, che attengono ai subietti dell'atto, cioè: aa) la capacità: sussistenza nel subietto di quel minimo di qualità che è necessario, affinché l'atto consegua i suoi effetti giuridici;

b) relazionali: relazione in cui il subietto

to che compie l'atto si trova in altri soggetti giuridici.

b) obiettivi, che attengono all'oggetto dell'atto, e cioè: aa) la causa: interesse economico perseguito dall'agente, in quanto (implicitamente o esplicitamente) riconosciuto e tutelato dal diritto; bb) la volontà: elemento psicologico dell'atto, in quanto ritenuto degno di rilievo dal diritto; cc) la forma: elemento esteriore dell'atto e in quanto ritenuto degno di rilievo dal diritto.

B) Requisiti esterni (o circostanze) dell'atto. - Essi sono:

a) generici: tempo e luogo in cui debbono essere compiuti gli atti processuali.

b) Specifici: presupposti e condizioni degli atti processuali.

2. LA CAPACITA' E LA LEGITTIMAZIONE. - Della capacità dei soggetti giuridici processuali si è già visto, parlando di essi nei capitoli precedenti (I-IV).

Bisogna aggiungere che la legge ritiene una determinata capacità anche per i terzi in alcuni

nel processo: esempi: art. 248 c.p.c. (testimoni), art. 139 co. 2 e 513 co. 3 c.p.c. (terzi a cui può essere consegnata la copia dell'atto da notificare e cui può essere fatta l'ingiunzione).

Anche per quanto riguarda la legittimazione ci riferiamo a quanto abbiamo detto in precedenza.

3. FORMA DEGLI ATTI PROCESSUALI. - Il principio base del nostro ordinamento è quella della "libertà delle forme": gli atti processuali possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento dello scopo (art. 121 c.p.c.). Ma si osservi che: a) molto spesso è prescritta una forma legale (art. 125, 126, 131 s., 156 s. c.p.c.); b) altre volte può essere imposta una forma giudiziale, prescritta dal Giudice (esempi. art. 119, 151); c) l'idoneità della forma è valutata dal Giudice.

Non hanno bisogno di commento le regole del c.p.c. sulla forma degli atti processuali: art. 122 + 151 c.p.c.

Vi richiama che la forma può essere: a) scritta (es. scrittura), b) orale (es. Lo udienza, di cui però si parla come "scrittura verbale"), c) reale (esempi:

art.194,261 cpc).

Bisogna distinguere tra atti degli organi giurisdizionali ed atti di parte (esempio: citazione). Tra gli atti degli organi giurisdizionali hanno particolare importanza i provvedimenti degli organi giudicanti: art.131-135 cpc.

Sebbene il codice non detti norme generali sull'uso delle singole forme di provvedimenti, può dirsi che il criterio distintivo sia questo:

a) le sentenze sono provvedimenti che decidono sul merito o sui presupposti della decisione di merito. Essi si distinguono in:

aa) sentenze definitive che decidano definitivamente tutto il merito o decidono su alcuni presupposti in maniera da eliminare definitivamente il giudizio davanti a quel determinato giudice;

bb) sentenze parziali, che decidono parzialmente il merito o decidono sui presupposti del merito in maniera tale da rendere possibile l'integrazione della decisione ad opera dello stesso Giudice.

b) le ordinanze sono provvedimenti di natura

elementi che incidono sul processo, senza poterlo né definire né interrompere;

c) i decreti sono provvedimenti ordinatori, emessi generalmente su ricorso ("inaudita altera parte") nei casi più semplici.

4. TEMPO E LUOGO DEGLI ATTI PROCESSUALI. - Quanto al luogo, vengono soprattutto in considerazione le udienze: art.127 - 130 cpc.

Quanto al tempo, vanno particolarmente considerate le disposizioni sui termini: art. 152 - 155 cpc. I termini possono essere legali o giudiziali (art. 152). Essi possono inoltre essere, in ordine alla loro efficacia, perentorii (non abbreviabili né prorogabili: esempio art.326) e dilatatori: i termini perentorii sono stabiliti appena di decadenza.

5. VALIDITA' DEGLI ATTI PROCESSUALI. - Possono leggersi, in proposito, gli art. 156 - 162 cpc. (tenendo presente il principio generale dell'art. 121 cpc.).

=====oOo=====

Parte terza

IL PROCESSO DI COGNIZIONE

PREMESSA

Nella esposizione e nel commento delle norme del cpc. relative al processo di cognizione saremo ancor più rapidi e succinti, che non nella parte precedente del corso: anzitutto perchè già di per sé chiara dovrebbe ormai riuscire allo studente la lettura delle norme contenute nel secondo libro del codice, dopo quanto si è detto (più diffusamente) in sede di Nozioni preliminari e di Parte generale; secondariamente perchè assai limitato è il numero delle pagine che restano a disposizione.

" Repetita iuvent! Ancora una volta lo studente sia avvertito che, per quanto riguarda lo studio del processo di cognizione, il suo libro di testo fondamentale è costituito dagli articoli del cpc. che lo riguardano dagli art. 153 - 408. Può essere utile anche lo studio degli art. 409 - 473

... e la controversia in materia...

rativa, non solo perchè trattasi di materia ritenuta attualmente allo stato incandescente. Ma anche perchè i procedimenti in materia cooperativa possono essere, forse, più utilmente studiati, in considerazione delle loro caratteristiche tutt'affatto speciali, in una con i "procedimenti speciali" (libro IV del cpc.).

Il processo di cognizione si svolge anche esso - come sappiamo (parte prima di questo corso) - per gradi. Esamineremo pertanto partitamente:

a) le norme del cpc. relative al procedimento di cognizione in primo grado (titoli I e II del libro II);

b) le norme del cpc. relative alle impugnazioni (titolo III del libro II).

Capitolo I

IL PROCEDIMENTO DI PRIMO GRADO

1. PROCEDIMENTI DI PRIMO GRADO. - Bisogna distinguere (retro parte II, cap. I e II) tre specie di procedimenti di primo grado: 1) quelle davanti al conciliatore, 2) quelle davanti al pretore, 3) quelle davanti al tribunale.

Del procedimento davanti al pretore ed al conciliatore si occupa il tit. II del libro II del cpc. (art. 311 - 322). Basterà avervi accennato, tanto più che l'art. 311 rinvia, per tutto quel che è disposto dagli articoli seguenti, alle norme del Tit. I, che è relativo al procedimento davanti al tribunale (art. 163 - 310).

Qui daremo, dunque, uno sguardo al procedimento davanti al tribunale.

2. FASI DEL PROCEDIMENTO DAVANTI AL TRIBUNALE.

Il procedimento davanti al Tribunale può essere diviso in fasi successive, tra loro intima-

a) Fase introduttiva. In questa fase si compiono gli atti introduttivi del processo, che sono: 1) citazione del convenuto (e notificazione della stessa), 2) costituzione delle parti, 3) designazione del giudice istruttore su istanza delle parti. Vedi: artt. 163 - 174 cpc.

b) Fase istruttoria. In questa fase il giudice istruttore designato dal presidente del tribunale compie gli atti di istruzione della causa cioè tutti gli atti intesi a preparare il materiale per la decisione del collegio. Vedi artt. 175-274 cpc.

c) Fase decisoria. In questa fase il collegio giudicante, informato degli accertamenti istruttori da parte del giudice istruttore, procede, dopo aver preso conoscenza delle conclusioni delle parti, ad emanare la decisione. Vedi: artt. 275-281 cpc.

La fase più interessante e complessa del nuovo processo è, come ^{si} vede facilmente, la seconda, e può ben essere ripetuta anche da noi la felice definizione del giudice istruttore come "cardine" del processo civile. Tuttavia è altresì chiaro che la nuova riforma della recente riforma di en-

de in massima parte dall'esistenza di un numero assai elevato di giudici (affinchè i giudici istruttori non abbiano ad essere gravati dall'istruzione contemporanea di troppi processi) e dall'esistenza di una classe magistratuale assai colta, la quale sia in grado cioè di assolvere in modo degno le difficilissime mansioni istruttorie. Purtroppo, non pare che, almeno in questi primi tempi, la riforma del processo civile abbia trovato quella attuazione volenterosa che sarebbe stato lecito attendersi.

3. LA FASE INTRODUTTIVA DEL PROCEDIMENTO. - Rimandiamo agli artt. 163-174 cpc., la cui esegesi non presenta soverchie difficoltà.

Qui bisogna insistere sui caratteri assunti nel nuovo processo dalla citazione dell'attore e dalla comparsa di risposta del convenuto.

Sotto l'impero del cpc. 1865 la citazione altro non era che un atto in cui l'attore abbozzava assai superficialmente le sue ragioni, all'unico scopo di portare in giudizio il convenuto: soltanto dopo, nel corso dell'istruzione (straordinariamente lunga

e tortuoso) l'attore scopriva gradualmente le sue batterie, attraverso la schermaglia dello scambio di comparse col convenuto. Il giudice era pertanto costretto, allora, ad assistere passivamente a questa lunga serie di botte e risposte e solo alla fine di essa egli poteva veramente studiare la causa al fine di emettere la decisione.

Il nuovo cpc. ha posto fine a questo stato di cose, disponendo recisamente che attore e convenuto indichino sin dal primo momento, con tutta chiarezza e completezza, quali saranno i fondamenti del loro agire processuale: il che è stato giustamente ritenuto "conditio sine qua non" perchè il giudice istruttore sia messo in grado sin dall'inizio di impadronirsi del processo e di dirigerlo al porto della decisione.

Dispone, per conseguenza l'art. 163 cpc. che l'attore deve inserire nella citazione, non soltanto la indicazione del Tribunale, la determi-

lative conclusioni), e l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui intende valersi. (ed in particolare dei documenti che offre in comunicazioni). Correlativamente il convenuto deve proporre nella comparsa di risposta (art. 167 cpc.) tutte le sue difese e le eventuali domande riconvenzionali, indicando specificamente i mezzi di prova di cui intende valersi e formulando le conclusioni.

4. LA FASE ISTRUTTORIA DEL PROCEDIMENTO. - Il buon esito del processo (e più in generale il buon esito della riforma processuale), è come già si è detto, nelle mani del giudice designato istruttore.

Il giudice istruttore "è investito di tutta la direzione della causa e della relazione al collegio" (art. 174 co. 1 cpc.). Da questa definizione appar chiaro: 1) che il giudice istruttore deve essere munito di ampi poteri di direzione del procedimento, al fine del suo convogliamento verso la decisione; 2) che il giudice istruttore deve essere inaffabile per tutto il corso del procedimento (ve-

l'art. 171 co. 2 cpc.) che dalla relazione del giu-

Il giudice istruttore

dice istruttore al collegio (di cui fan parte, insieme con lui, altri due giudici non informati preventivamente della natura e dello svolgimento della causa) dipende in massima parte la decisione.

Il cpc. disciplina molto dettagliatamente la figura del giudice istruttore agli art. 175 e segg. e lo munisce dei più ampi poteri di direzione della causa. In particolare il giudice istruttore è munito del potere di ordinanza, salvo che le sue ordinanze (comunque motivate) non possono mai pregiudicare la decisione della causa (art. 177 co. 1 cpc.). Il criterio del legislatore è, insomma, questo: ogni decisione, parziale o totale, sul "thema decidendum" deve essere presa dal collegio (con sentenza, parziale o definitiva). Questo sistema elimina, almeno nelle intenzioni, la possibilità che si riproduca, nel nuovo ordinamento processuale, la figura delle "sentenze interlocutorie" del passato ordinamento.

Di estrema importanza sono gli art. 180-190 cpc., dedicati alla trattazione della causa davanti al giudice istruttore. Questi articoli regolano come

si debba poter giungere, nella maniera più liscia, dalla citazione (e relativa comparsa di risposta) alla decisione della causa. Sotto l'attenta e vigilante guida del giudice istruttore le parti debbono provvedere a svolgere concretamente le loro ragioni e finalmente, quando il giudice ritenga matura la causa per la decisione (rimettendo le parti al collegio), le parti debbono comunicarsi (art. 190) le comparse (così dette "comparse conclusionali" contenenti le sole conclusioni già fissate davanti al giudice istruttore e le relative ragioni di fatto e di diritto". Le comparse conclusionali delle parti sono, in una parola, come "trettanti" progetti di sentenza da essere proposti al collegio.

Non si creda che le parti non possano assolutamente mutare o svolgere, dopo gli atti introduttivi, le loro ragioni e conclusioni. Gli art. 183 e 184 non mancano di prefiggersi i casi-limiti, rimettendo al prudente arbitrio del giudice istruttore l'ammissione (sia nella prima udienza di trattazione, che nel corso del giudizio) di nuove eccezioni, nuovi mezzi di prova ecc.

Non hanno bisogno di commento le norme relati-

e alla istruzione probatoria (art.191-266) e
relative all'intervento nel processo ed
alla riunione dei procedimenti (art.267-274).

LA FASE DECISORIA DEL PROCEDIMENTO. - Vedi
artt.275-281 cpc. Si noti che, ovviamente, il
giudice non è tenuto necessariamente a decide-
re sulla causa così come è stata istruita dal
giudice istruttore. E' chiaro, invece, che es-
so può sospendere la decisione, ritenendo ne-
cessaria una ulteriore istruzione da parte del
giudice unico, o che (nei casi più semplici e
rapidi) esso può disporre la riassunzione da
fatti a sé di uno o più mezzi di prova (artt.
279-281 cpc.).

Non occorre commentare le norme degli artt.
282-286, sulla esecutorietà e sulla notifica-
zione delle sentenze, e quelle degli artt.287-
289 cpc., sulla correzione delle sentenze e del
le ordinanze.

IL PROCEDIMENTO IN CONFUMACIA. - Si
tratta (della parte o del convenuto)...

delle parti non si costituisce nei termini pre-
scritti dell'art.171 cpc. Se nessuna delle parti
si costituisce, il processo si estingue. La con-
tumacia è dichiarata dal giudice istruttore (con
ordinanza) nella prima udienza di trattazione: art
171 cpc. cit.

7. SOSPENSIONE, INTERRUZIONE, ESTINZIONE DEL PROCESSO. -
Dispongono in argomento gli art.295-310 cpc.

La sospensione del processo è un istituto di nuova
introduzione, che risponde ad una necessità im-
prescindibile del nuovo processo. Essendo infatti
il nuovo processo concepito dal cpc. in modo tale
da dover precipitare, senza possibilità di remora
delle parti, verso la soluzione, bisognava pur prov-
vedere all'ipotesi che le parti avessero bisogno di
un certo periodo di "neutralizzazione" per tenta-
re, a processo iniziato, di conciliarsi (se pur
tardivamente). Di qui il disposto che il processo,
su accordo di tutte le parti, può essere sospeso
per un periodo non superiore al quattro mesi (in
modo da escludere che esso possa essere sospeso an-
che per più volte). A parte questo i motivi di

4. REVOCAZIONE E OPPOSIZIONE DI TERZO.— Di questi mezzi particolari di impugnazione si occupano gli artt. 395-403 c.p.c., che non hanno bisogno di particolare commento.

=====000=====

I N D I C E = S O M M A R I O

INTRODUZIONE

1. - Oggetto del corso. pag. 3
2. - Il nuovo c.p.c. " 5
3. - La relatività storica dei concetti giuridici " 7
4. - Opere bibliografiche. " 13

Parte prima

LEZIONI PRELIMINARI

Capitolo I - LA GIURISDIZIONE

1. - Le tre funzioni dello Stato pag. 17
2. - Funzione giuridica e funzione amministrativa " 20
3. - La funzione giuridica in particolare. " 25
4. - La giurisdizione in particolare " 31
5. - La giurisdizione. Le teorie " 43

5. - Altre teorie sulla giurisdizione, Teorie positive. pag. 58
6. - { Altre teorie sulla giurisdizione. Spunti di una esatta nozione della giurisdizione. " 58
7. - Definizione della giurisdizione . . . " 63
8. - Analisi degli elementi del concetto di giurisdizione " 64
9. - Attività intermedia tra giurisdizione e legislazione " 83
10. - Attività intermedia tra giurisdizione e amministrazione. " 94
11. - Varie specie della giurisdizione . . . " 101

Capitolo II - L'AZIONE

1. - Diritt. obbiettivo e Diritti subbiettivi " 105
2. - Teorie sull'azione " 113
3. - Nostra teoria sull'azione. " 130
4. - Elementi costitutivi dell'azione (c.d. "condizioni dell'azione"). " 134
5. - Identificazione delle azioni " 148
6. - Bilateralità dell'azione " 156
7. - Modi in cui si esplicasi l'azione attiva e passiva. " 158

8. - Classificazione delle azioni : pag. 172

Capitolo III - IL PROCEDIMENTO GIURISDIZIONALE

1. - Nozione e caratteri del procedimento giurisdizionale " 173
2. - Rapporti giuridici processuali. " 175
3. - I presupposti processuali " 177
4. - Diverse specie di processi. " 179

Parte seconda

REGOLE GENERALI DEL PROCESSO CIVILE

- P r e m e s s e pag. 181

Capitolo I. - ESTENSIONE DELLA GIURISDIZIONE CIVILE

1. - Unicità della giurisdizione. " 183
2. - Illimitatezza della giurisdizione " 185

Capitolo II - SOGGETTI DEL PROCESSO CIVILE. A) GLI ORGANI GIURISDIZIONALI.

- Specie degli organi giudiziari pag. 186

2. -	Capacità speciale degli organi giurisdizionali	pag. 187
3. -	La competenza (in generale)	" 189
4. -	Specie di competenza	" 191
5. -	Modificazioni della competenza	" 194
6. -	Regolamento di giurisdizione e di competenza	" 200
7. -	Procedimento del regolamento di competenza	" 204

Capitolo III - SOGGETTI DEL PROCESSO CIVILE. B)

IL PUBBLICO MINISTERO.

1. -	Composizione e scopi di questo Ufficio	" 205
2. -	Attribuzioni del Pubblico Ministero	" 206
3. -	Incapacità speciale subbiettiva del Pubblico Ministero e sua responsabilità	" 207

Capitolo IV - SOGGETTI DEL PROCESSO CIVILE. C)

LE PARTI.

1. -	Concetto di parte
-	Concetto delle parti

3. -	La sostituzione processuale	pag. 209
4. -	Litiscensorzio	" 210
5. -	Litiscensorzio successivo per intervento	" 211
6. -	Gli ausiliari delle parti	" 213

Capitolo V - POTERI, ONERI ED OBBLIGHI DEI SOGGETTI DEL PROCESSO.

1. -	Concetti generali	pag. 215
2. -	Poteri e doveri del giudice	" 217
3. -	Oneri processuali delle parti	" 218
4. -	Obblighi delle parti	" 220
5. -	Poteri, oneri ed obblighi dei terzi	" 220

Capitolo VI - GLI ATTI PROCESSUALI.

1. -	Generalità	" 221
2. -	La capacità e la legittimazione	" 222
3. -	Forma degli atti processuali	" 223
4. -	Tempo e luogo degli atti processuali	" 225
5. -	Validità degli atti processuali	" 226



Parta terza

IL PROCESSO DI COGNIZIONE.

PREMESSA pag 227

Capitolo I. - IL PROCEDIMENTO DI PRIMO GRADO.

1. - Procedimenti di primo grado pag 229
2. - Fasi del procedimento davanti al Tribunale " 229
3. - La fase introduttiva del procedimento " 231
4. - La fase istruttoria del procedimento " 233
5. - La fase decisoria del procedimento " 236
6. - Il procedimento in contumacia " 236
7. - Sospensione, interruzione, estinzione del processo " 237

Capitolo II. - LE IMPUGNAZIONI.

1. - La pluralità dei gradi di giurisdizione " 239
2. - L'appello " 239
3. - Il ricorso per cassazione " 241
4. - L'opposizione al decreto di cognizione " 242