

ENRICO REDENTI
ORDINARIO DELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

I

NOZIONI E REGOLE GENERALI



MILANO
DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE

1952

PARTIZIONE DEL TRATTATO

[Volume primo]

PORTE PRIMA: *Nozioni e regole generali.*

[Volume secondo]

PORTE SECONDA: *Il procedimento ordinario di cognizione in primo grado.*

PORTE TERZA: *Il sistema delle impugnazioni.*

[Volume terzo]

PORTE QUARTA: *Procedimenti speciali di cognizione e procedimenti cautelari.*

PORTE QUINTA: *Procedimenti ordinari di esecuzione processuale forzata.*

PORTE SESTA: *Procedimenti e provvedimenti di giurisdizione volontaria. Delibazione di sentenze ed atti delle autorità giudiziarie straniere. Arbitrati.*

PARTI PRIMA

NOZIONI E REGOLE GENERALI

ORDINE DELLE MATERIE NELLA PARTE PRIMA

- CAPITOLI: I. - La giurisdizione.
- » II. - Le azioni.
 - » III. - I procedimenti.
 - » IV-V. - I soggetti del processo:
 - » il giudice;
 - » le parti.
 - » VI. - Gli atti processuali.

APPENDICE PRIMA: *Guida alle fonti.*

APPENDICE SECONDA: *Guida alla letteratura.*

CAPITOLO PRIMO

LA GIURISDIZIONE

SOMMARIO: 1. *Introduzione programmatica. La giurisdizione come attività e come funzione dello Stato.* — 2. *La giurisdizione contenziosa e volontaria rispetto al diritto oggettivo.* — 3. *La giurisdizione contenziosa: sanzioni penali e civili.* — 4. *La soggettivazione delle norme giuridiche in relazione alle sanzioni: azione pubblica e privata.* — 5. *Caratteri e figure delle sanzioni civili in particolare.* — 6. *Il divieto della difesa e della vendetta privata. Esclusività della giurisdizione contenziosa dello Stato.* — 7. *La giurisdizione volontaria.* — 8. *La differenziazione di organi di metodi di tecnica e di forme nell'amministrare giustizia.* — 8-bis. *La indipendenza dei giudici e le garanzie di giustizia.*

1. INTRODUZIONE PROGRAMMATICA. LA GIURISDIZIONE COME ATTIVITÀ E COME FUNZIONE DELLO STATO. — I. *Diritto processuale civile* è il nome dato in tempi relativamente recenti (dal tedesco *Zivilprozessrecht*) a quelle discipline dell'amministrare giustizia, che hanno il loro testo fondamentale nel codice « *di procedura civile* ». Raggrupparle e coordinarle fra di loro e nei lor nessi col sistema generale dell'ordinamento giuridico, ne rende possibile una più razionale interpretazione e consente di elaborare nozioni, principii e concetti, che rimanevano altrimenti abbandonati a vaghe intuizioni occasionali. Di qui il tema programmatico della nostra trattazione, ma col proposito di considerare *sub nomine iuris* i fenomeni nella lor piena e concreta realtà e non soltanto le formule normative in astratto.

II. La « *amministrazione della giustizia* » (nozione più generale dalla quale dunque dobbiamo prender le mosse) si vede menzionata *propriis verbis* nell'art. 101, titolo IV parte seconda della costituzione vigente. In sintesi è la *attività* con cui si esplica e si attua una *funzione tipica dello Stato*, denominata a sua volta *giurisdizionale*, come nell'art. 102, o *giurisdizione (in senso funzionale)*, come nella rubrica della sezione seconda del titolo IV e *passim* (dal latino *iurisdictio* nel senso che noi diamo alla espressione).

Sotto l'aspetto sociologico lo Stato ci appare come il prodotto di processi storici millenari che determinano la differenziazione di popoli e di territori stanziali e nel loro interno il formarsi di uffici che provvedano agli interessi generali del gruppo (*res populi, res publica* [*populica*] nel senso primitivo dell'espressione), nonchè la adozione e la vigenza (se mai sia lecito coniare la parola) di norme (*iura*), che regolino sia le attribuzioni e le attività di quegli uffici sia la condotta dei singoli in società. L'intreccio sempre più denso e più ricco di determinazioni reciproche, fra questi vari lati ed aspetti concomitanti del fenomeno, ha portato a ravvisare in ciascuno dei complessi umani che ne risultano, un tutto unitario e a farne sorgere l'immagine-mito di un organismo (ente organizzato). E a questo per l'appunto (e per un processo semantico per dir vero piuttosto tortuoso) si è finito col dare il nome di Stato (con l'S maiuscola), derivandolo dal nome comune (s minuscola) *status*, usato nel senso di situazione, condizione, posizione, quando si parlava in antico di uno *status rei publicae*. Da quella concezione-immaginazione mitica (pregiuridica), i giuristi sono stati sospinti a lor volta a ricondurlo concettualmente alla figura (già elaborata a proposito di altri fenomeni minori) della *persona giuridica*. Popolo, territorio, uffici («organi») vengono così ad esser concepiti a loro volta come suoi elementi costitutivi; le attività di questi uffici come «sue» attività e lo stesso diritto che pure ne è anch'esso un elemento costitutivo, come manifestazione del «suo» pensiero e della «sua» volontà organizzativa. Che cosa vi sia di artificioso in questa concezione non è qui il caso ed il luogo di indagare. Certo si è che essa ha per lo meno il pregio incomparabile di semplificare la rappresentazione sintetica di molte manifestazioni e posizioni del fenomeno, di tal che può dirsi divenuta indispensabile ai nostri studii. È questa concezione che consente in fra l'altro di immaginare e di rappresentare delle funzioni che lo Stato (persona) esercita (sempre per mezzo di «suoi» uffici od organi) *rispetto al diritto*. Quando si parla (e torniamo così al primo proposito) di funzione giurisdizionale, ci si richiama ad una distinzione (classificazione) fatta *sotto questo rispetto* (e che altrimenti non avrebbe senso).

Lo Stato si ingerisce infatti deliberatamente nella determinazione (formazione) delle norme di diritto, formulando e «promulgando», in forme solenni prestabilite, delle proposizioni (leggi) da cui come vedremo, quelle norme si possono e si devono intel-

lettualmente desumere («fonti» di diritto). Questa è la «funzione legislativa» di cui è espressa menzione nell'art. 70 della costituzione. Vi si dice che «è esercitata collettivamente dalle due Camere», salvo aggiungere nell'art. 73 che le leggi sono «promulgate» dal Presidente della Repubblica e successivamente «pubblicate». In realtà vi sono poi anche altri procedimenti di formazione delle leggi (decreti legge, decreti legislativi delegati, regolamenti). E anche altri organi od organizzazioni minori poste sotto il controllo dello Stato, possono emanare disposizioni con efficacia normativa in ambito più limitato (regioni, provincie, comuni e talora perfino certi enti che si dicevano una volta «parastatali»), come risulta da altre disposizioni della stessa costituzione (es. artt. 77 e 117) o da altre leggi dello Stato medesimo (es. statuti delle regioni, legge comunale e provinciale). Secondo la classificazione che stiamo esaminando, dovremmo dire che lo Stato (direttamente o indirettamente) pone o concorre così a *porre il diritto*.

Altre innumerevoli e complesse attività spiega lo Stato per il bene (o il supposto bene) pubblico: auto-organizzazione dei proprii uffici, produzione, distribuzione e circolazione di beni, distribuzione del lavoro, assistenza e previdenza sociale, pubblica istruzione, opere pubbliche, difesa militare e via seguitando e distinguendo. Per il che deve necessariamente attingere i mezzi materiali non solo da un demanio e da un patrimonio «suo», ma imponendo a tutti gli altri soggetti prelevamenti, tributi, contributi e concorsi. Esso deve poi fornirne o rifornirne tutti i suoi stessi uffici o farne distribuzione fra determinati beneficiari, onde una complessa gestione ramificata capillarmente in ogni campo della vita sociale. Queste funzioni-attività si raccolgono oggi sotto il nome di «*pubblica amministrazione*» (inteso qui in senso funzionale, mentre quando lo si intenda in senso organico allude, come vedremo, a tutto il complesso degli uffici-organi che ne sono investiti): la espressione si trova nella costituzione agli artt. 97 e segg., 113 e passim. Anche funzioni-attività di questo genere sono poi parzialmente demandate ad altri enti minori, sempre sotto il controllo dello Stato stesso (e anche qui possiamo ricordare regioni, provincie, comuni, enti «parastatali» ormai innumerevoli). In ogni caso compiti, limiti, modi, mezzi, forme sono preveduti e disciplinati da norme giuridiche. Secondo la nostra classificazione diremo dunque che qui lo Stato (o chi per esso)

opera ed agisce per il bene pubblico osservando ed attuando il diritto, che esso stesso pone.

Nell'esercizio della « funzione giurisdizionale » lo Stato opera ed agisce finalmente per assicurare e garantire il vigor pratico del diritto, per chiunque e contro chiunque (anche contro i suoi stessi uffici, se occorra) promuovendone e controllandone la osservanza oppure reprimendo i fatti commessi *iniuria* o ponendo (o costringendo a porre) riparo alle conseguenze di eventuali trasgressioni. Anche (e più che mai in questo campo) lo Stato opera secondo il diritto osservandolo od attuandolo ma qui il diritto non pone e non fornisce più soltanto delle discipline stromentali, come avviene per la pubblica amministrazione, bensì la *finalità specifica caratteristica e differenziale della funzione*.

Riassumendo: *porre, osservare, garantire* sono tre posizioni-funzioni manifestamente diverse che lo Stato assume rispetto al diritto, e son queste che si rispecchiano concettualmente nella nostra classificazione.

Quanto alla sua ragion pratica, diremo a suo tempo che ciascuna di queste posizioni ha rivelato, attraverso esperienze politiche secolari, delle particolari esigenze di organizzazione e di esercizio per meglio rispondere agli scopi, onde una differenziazione di organi e di uffici, di tecnica e di forme, particolarmente accentuata proprio per quanto concerne la giurisdizione e la sua attività di esercizio, che è per l'appunto quella « amministrazione della giustizia » dalla quale abbiām prese le mosse. Ciò risulta già fondamentalmente dal titolo IV, parte seconda, della costituzione, che porta il titolo (piuttosto infelicitemente concepito, a dir vero): « *La Magistratura* ». E in ciò sta anche la ragione di far oggetto di studii specializzati questo ramo o questa branca dell'ordinamento dello Stato.

III. Dentro all'ambito di questa funzione-organizzazione-attività (giurisdizionale) si possono fare poi delle distinzioni ulteriori, avendo riguardo sia ai diversi caratteri finali che possono assumere nei varii casi i provvedimenti a cui mette capo, sia alle diverse forme o ai diversi modi di procedere, che la legge prescrive in proposito. Due sono le somme distinzioni che conviene innanzitutto di fare in quell'ambito (e che incrociandosi possono poi combinarsi fra loro): giurisdizione *volontaria e contenziosa, penale e civile*.

Noi ci dovremo occupare secondo il primo proposito dell'eser-

cizio della giurisdizione civile (volontaria e contenziosa). Per esigenze didattiche, alle quali non potremmo utilmente sottrarci, dovremo concentrare per altro la nostra attenzione soprattutto sui casi in cui quell'esercizio ha luogo nelle forme del codice di procedura civile, come legge ordinaria e fondamentale della materia, limitandoci a brevi richiami di coordinamento per i casi regolati da altre leggi speciali. Ci sarà di guida in ciò la distinzione che il codice stesso traccia col suo primo articolo così: « La giurisdizione civile, salvo speciali disposizioni di legge, è esercitata dai giudici ordinari secondo le norme del presente codice ».

Ma a questo arriveremo per altri passaggi progressivi dal generale al particolare.

Per le premesse richiamate in questo numero, come presupposto di tutta la trattazione, bisogna necessariamente risalire alle opere di diritto pubblico generale. Sulle nozioni di attribuzioni-funzioni-poteri-organi-uffici: nn. 8-bis e 31, 33 e segg. Sugli altri aspetti particolari che interessano direttamente la nostra materia: nn. 2 ad 8.

2. LA GIURISDIZIONE CONTENZIOSA E VOLONTARIA RISPETTO AL DIRITTO OGGETTIVO. — I. Il diritto è, vive o vige, in atto, come uno dei fattori determinanti della nostra condotta, *intus* in noi, in tutti noi che in ciascun momento e da posizioni le più disparate concorriamo a formare il popolo ordinato a Stato. Dagli altri fattori (meramente tecnici, della religione, della morale o del costume nei suoi molteplici aspetti) che più o meno coscientemente, concorrendo o magari contrastando fra di loro, alimentano, infrenano o governano i nostri impulsi naturali, il diritto si può discriminare e differenziare per analisi in quanto non solo lo apprendiamo dall'esterno (ciò che avviene anche di altri fattori), ma dall'esterno ci viene prescritto ed imposto. Questa nozione postula che si possano distinguere varii momenti nel modo con cui il diritto perviene a quella sua pienezza fenomenica (vigore « in atto »). Prima di tutto bisogna supporre che il suo contenuto normativo si trovi già elaborato fuori di noi (individui singoli ed effimeri) e sensibilmente tradotto od impresso in qualche cosa (sia pure soltanto allo stato di *communis opinio*) da cui lo si possa individualmente apprendere — e che effettivamente si « soggettivi » poscia in noi con un apprendimento che non sia meramente teorico, ma accompagnato dal sentimento o dal convincimento di « doverlo » attuare od osservare, senza di che rimarrebbe sterile, o allo stato di nozio-

ne accademica od archeologica. Quel contenuto (che è in fondo un pensiero tradotto o traducibile logicamente in proposizioni normative) costituisce il *diritto in senso oggettivo (norma agendi)*. Quei mezzi o quei tramiti materiali da cui esso si può ricavare, ne rappresentano per noi le *fonti*. Nel nostro ordinamento attuale (poichè non c'è dato in questa sede di guardare più in là) chi ci pone o almeno ci addita le fonti abbiamo già detto essere fondamentalmente lo Stato con le sue leggi; chi ci pone nella necessità pratica (e quindi *quodammodo* comanda) di osservarlo è lo Stato. Ma bisogna che ci intendiamo.

Non c'è dubbio intanto che non si possa identificare il diritto in senso oggettivo col testo delle leggi; non certamente con le relative tavole (cartacee, se non più bronzee) ma neanche con le parole incise. Le contingenze della nostra vita sociale sono così infinitamente varie e complicate che non è neanche pensabile di prevederle puntualmente onde fornire a ciascuno e in ciascun momento una regola legale già pronta (già... sfornata) per tutti i casi. I testi non possono esser concepiti e formulati in via di previsione normativa se non scomponendo, per così dire, a questo effetto il tessuto continuo del divenire, in aspetti o momenti elementari, astrattamente riducibili a categorie più o meno generali, aspetti o momenti che si potranno poi ravvisare avverati nella realtà pratica in diverse combinazioni fra di loro. A parte questo, bisogna ricordare che lo Stato legislatore interviene ad innestare, per così dire, il diritto su situazioni, rapporti e vicende di cui esso stesso non determina a suo libito lo schema. Che anzi di solito lo rileva dall'*osservazione* dell'*id quod (iam) plerumque accidit*, così e come determinato da esigenze ed esperienze tecniche non di rado varianti nel tempo, e da fattori normativi di altro ordine o di più remote origini, che più o meno continuano ad operare. Nessuno si sognerà, per esempio, che sia una creazione del legislatore l'ordinamento della famiglia, ma neanche quello della proprietà o di tanti altri istituti. Di qui il carattere estremamente frammentario elittico e lacunoso dei dettati legislativi, i rinvii anche espressi ma molte volte quasi inavvertiti, ad altre fonti, e la necessità di ricorrere bene spesso alla analogia diretta ed indiretta, senza contare le difficoltà che sorgono dall'accavallarsi di leggi dello Stato stesso diverse e successive nel tempo. Di qui la necessità del diuturno ed incessante travaglio della interpretazione collettiva, a cui quotidianamente tutti più o meno concorriamo pra-

tici e tecnici, esperti, studiosi e scienziati e a cui concorrono, come vedremo, i giudici combinando, integrando, rielaborando, volgareizzando quando occorre.

Ma neanche per questa via il pensiero normativo arriverà mai a cristallizzarsi in un *corpus iuris* esauriente e definitivo che ci offra per ogni evento la sua regola già elaborata; onde non resti che applicarla meccanicamente. Anche le illusioni giustinianee della *constitutio de confirmatione Digestorum* sono svanite da un pezzo. Il travaglio interpretativo per aggiornare ed approssimare alla realtà della vita le formule preconcepite ed astratte continua e continuerà senza posa. E pur non toglie e non toglierà che di fronte al caso pratico occorra pur sempre ricomporre e adeguare quelle formule alle caratteristiche delle *species facti* e cioè come *norma del caso concreto*. Così dobbiamo fare noi singoli, nella nostra vita, così debbono fare tutti gli uffici dello Stato nell'esercizio delle loro funzioni, quando ci si debba uniformare, noi e loro, al diritto in senso oggettivo, così debbono fare come vedremo anche i giudici (uffici, organi giurisdizionali) quando debbano intervenire a garantirne l'osservanza o reagire contro inosservanze che si siano già avverate.

II. Al fine di assicurare l'osservanza del diritto lo Stato non provvede soltanto con l'attività giurisdizionale, ma fino ad un certo segno anche con la sua organizzazione ed attività amministrativa.

Nei rapporti interorganici interni tra i suoi stessi uffici si pensi, per esempio, agli effetti della subordinazione gerarchica. In questi stessi rapporti e in quelli con enti minori più o meno autarchici si pensi agli apparati di vigilanza e di controllo. Nei rapporti coi singoli individui (persone fisiche o altre persone giuridiche) si pensi alle ingerenze di polizia, di cui nella legge generale di pubblica sicurezza e in altre innumerevoli leggi speciali e così, per esempio (citando alla rinfusa), nelle leggi in materia di pubblica igiene, servizi sanitari, esercizio di ferrovie, navigazione, miniere, circolazione stradale, valute, pesi e misure, prevenzione degli infortuni, caratteri merceologici, conservazione dei monumenti, previdenza e assistenza sociale, urbanistica, edilizia, pubblica istruzione, caccia, pesca ecc. ecc.

Questi interventi *in via d'ausilio o di controllo* servono a *prevenire* in radice delle inosservanze di norme giuridiche o ad eli-

minarle sul nascere mentre sono ancora *in itinere*, senza che entrino ancora in giuoco attività giurisdizionali, con le caratteristiche lor proprie. E fino a che essi (interventi) sono così demandati ad uffici amministrativi esulano dal campo dei nostri studii. Non sempre per altro lo Stato, anche per quanto concerne in questo senso la prevenzione, si affida a cotesti uffici.

In qualche caso, e per ragioni tecniche che vedremo, possono esservi degli interventi affidati ad organi giudiziari e che si svolgono con forme e con garanzie caratteristiche della attività di giustizia. Questi interventi sporadici vengono a costituire nel loro insieme i casi di cosiddetta *giurisdizione volontaria*; e di questi dovremo, almeno in parte, occuparci.

III. L'impiego di cosiffatti spedienti rimane però relativamente limitato, discontinuo e qualche volta di dubbio esito. Per ciò, allo scopo di garantire l'osservanza del diritto oggettivo, vediamo generalmente adottato nel nostro ordinamento un altro metodo (eventualmente anche in concorso col precedente), che (bene o male) si soleva e si suole chiamare di *repressione* in contrapposto alla prevenzione. Questo suppone che le norme giuridiche desumibili per interpretazione dalle fonti si possano e si debbano intellettualmente ricostruire nella loro integrità secondo uno schema logico formato di due proposizioni. Una prima proposizione che chiameremo, tanto per intenderci, il *precetto* della norma, vieta, comanda o permette di comportarsi in determinate circostanze della vita in un determinato modo (dal latino *praeceptum*; lo abbiamo nell'orecchio: *iuris praecepta sunt haec...*).

Una seconda proposizione (ipotetica e di secondo grado), prevede come evento possibile, che il precetto stesso non venga osservato o resti comunque insoddisfatto od inattuato. E per questa ultima ipotesi commina delle *sanzioni*, cioè dei provvedimenti di reazione al maleficio od al torto, rappresentato dalla trasgressione o dalla inosservanza del precetto (dal latino *sanctio*, che per dir vero però alludeva piuttosto al comminare che non al provvedimento comminato).

La funzione di *giurisdizione contenziosa* (in contrapposto alla volontaria) è precisamente la funzione di *applicare le sanzioni*, comminate dalle norme giuridiche. Essa nel nostro ordinamento è riservata allo Stato che la esercita a sua volta per mezzo degli organi giudiziari. Questi ne risultano dunque integralmente ed esclusivamente investiti.

IV. I due attributi di *volontaria* e di *contenziosa* non si può dire che rappresentino con felice evidenza terminologica i caratteri finali di questa grande partizione delle funzioni-attività giurisdizionali, e sembra che alludano piuttosto a caratteristiche modali del loro esercizio. All'atto pratico infatti vedremo che quando si tratta di sanzioni, la loro applicazione deve esser chiesta al giudice da qualcuno (soggetto od organo) a carico o « nei confronti » di qualcun altro. E i giudici si trovano a dover entrare in attività ogni qual volta una richiesta formalmente legittima vi sia, prima di sapere se essa sia poi sostanzialmente fondata. Contro la richiesta è concesso normalmente a chi dovrebbe subire in ipotesi la sanzione, di difendersi davanti al giudice (« diritto » alla difesa di cui è traccia anche nell'art. 24 della costituzione). Ne sorge così *quodammodo* un contrasto, un conflitto che si traduce legalmente in una *contesa inter alios* che il giudice (*terzo di fronte* ai contendenti) risolverà e deciderà accogliendo o respingendo la richiesta (*quod absolutio vel condemnatione contingit*). Ecco l'origine e la spiegazione dell'attributo *contenziosa*.

Anche nei casi di giurisdizione volontaria bene spesso una richiesta ci sarà, il giudice dovrà esaminarla e potrà « sentire » talvolta a scopo informativo anche degli interessati in senso contrario, ma la legge non vi ravvisa e non vi configura una contesa da risolvere *inter alios*, proprio perchè qui la funzione del giudice è preventiva, ausiliaria o ausiliatrice per la migliore attuazione dei precetti giuridici nell'interesse di tutti, onde non è pensabile una legittima contesa (in senso proprio). Si può immaginare pertanto (almeno per contrapposto) che qui il giudice provveda *pro volentibus* o *inter volentes* (e non fra litiganti), onde l'attributo di *volontaria* contrapposto alla contenziosa. Qualche volta (bene o male) la si qualifica anche *onoraria* alludendo per reminiscenze storiche ad un compito (*officium*) del Magistrato (inerente all'*honor* e all'*onus* della carica) di intervenire e provvedere nel pubblico interesse, anche là dove non vi sia luogo ad un giudizio di mio e di tuo.

In ogni modo le espressioni poco importano. E anche noi continueremo ad usarle dal momento che sono tradizionalmente divenute uso corrente. Importa piuttosto avvertire fin d'ora che la distinzione non è meramente accademica ma in quanto determina delle differenze di efficacia e di forma ha un interesse pratico non trascurabile.

Ciò premesso preferiamo riprendere il discorso dalla giurisdizione contenziosa, che è la funzione veramente fondamentale propria dei giudici e che per le sue particolari esigenze ha storicamente determinata la loro differenziazione da tutti gli altri uffici (organi) dello Stato.

Sulla soggettivazione delle norme giuridiche in generale: n. 4. Sul sindacato delle fonti da parte del giudice: nn. 8-bis IV e 70 II. Sulla ricostruzione interpretativa delle norme e sul sillogizzare del giudice: nn. 8 II e 70 II cit. Sulla giurisdizione volontaria: n. 7 con rinvio ai nn. 248 e seguenti; sulla giurisdizione contenziosa: nn. 3 e segg., coi relativi richiami in calce.

3. LA GIURISDIZIONE CONTENZIOSA: SANZIONI PENALI E CIVILI. — Le sanzioni presentano una grande varietà e per farcene un'idea converrà procedere per ulteriori distinzioni. La prima e preminente su tutte è quella che conduce a distinguere come si è già accennato la giurisdizione penale e civile.

Ci sono cioè delle sanzioni che consistono tipicamente in provvedimenti o « misure » coercitive, la cui finalità precipua ed immediata è di infliggere una certa sofferenza, un male sensibile o *pena* a chi abbia trasgredito certi precetti giuridici. Questa finalità si soleva connettere una volta all'idea della espiazione o del riscatto (*malum passionis propter malum actionis*); nel mondo odierno si suol connettere piuttosto allo scopo di porre un (non trascurabile) motivo perchè non si commettano trasgressioni di quel genere (reati): *metus poenarum*. La costituzione (art. 27) vi collega un ancor vago intendimento programmatico di « rieducazione ».

Altre sanzioni (e sono quelle che ci interessano) tendono invece, come lor risultato e lor finalità precipua o primaria, a porre *rimedio* (se si può) alle conseguenze derivate dalla inosservanza o trasgressione del precetto giuridico, ristabilendo (per quanto possibile) quello stato di fatto che sarebbe venuto a risultare dalla sua osservanza o, quanto meno, sostituendovi una riparazione od un risarcimento considerato come equivalente o equipollente. Queste sanzioni, a carattere *reintegrativo o restitutivo*, si sogliono qualificare *civili*, in contrapposto alle precedenti che si qualificano *penali*.

Tutte le sanzioni, siano penali o civili, secondo quanto abbiamo detto, non si possono pensare come applicabili, se non in quanto siano comminate (e quindi prevedute) da norme giuridiche.

Le fonti del diritto positivo ci presentano per altro un quadro sensibilmente diverso per la ricostruzione logica, interpretativa delle discipline che concernono le une e le altre.

Ragioni d'ordine politico e tecnico hanno condotto infatti a determinare, con disposizioni di carattere tassativo, in che cosa possono consistere le pene, e quali ne siano le ipotesi di applicazione (estremi e figure del reato). Di qui i codici e le leggi penali, e la possibilità di proclamare in via di principio *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege* (anzi *sine previa lege penali*), al qual principio si è data anzi tanta importanza da farne oggi il tema di una disposizione costituzionale (art. 25 cap. della costituzione in relazione all'art. 1 del codice penale). Naturalmente non si può escludere con ciò la necessità della interpretazione, ma si vuol escludere l'impiego dell'analogia. Così è che nel codice penale (artt. 17 e segg.) troviamo un catalogo delle pene e nei suoi vari libri un catalogo di definizioni delle ipotesi dei fatti punibili (reati). Di solito però sono disposizioni che lasciano viceversa inespressi e non esplicitamente additati i precetti, ai quali vanno idealmente coordinate. E così, per quanto strano possa sembrare, si è venuto isolando (e diviene poi materia di studio) un « diritto penale », di carattere quasi esclusivamente sanzionatorio. Tutto diverso invece è il quadro delle fonti e anche degli studi, per quanto concerne le sanzioni civili. La legge fornisce in proposito alcune regole generali (titolo quarto del libro sesto del codice civile) e copiose, ma sparse e spesso incomplete, elittiche ed elastiche, disposizioni sulle ipotesi in cui applicarle. Per il resto bisogna ricostruirne casi, modi e figure per via di ragionamenti interpretativi in relazione alla sterminata congerie delle altre disposizioni prevalentemente precettive e quindi in connessione indissolubile col diritto cosiddetto sostanziale (diritto civile, diritto amministrativo ecc.), usando largamente del metodo analogico (art. 12 disp. gen. sulla legge) e non senza qualche ricorso ad altre fonti (art. 8 ivi).

Per stare sul concreto, scegliamo, se si vuole, due esempi qualsiasi, scelti nei due campi opposti. C'è fra le tante una disposizione del codice penale (art. 624), che ammonisce: « chiunque s'impadronisca della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione ecc. ». Qui c'è scritta a chiare note una comminatoria di sanzioni penali. Essa non è logicamente concepibile se non in relazione ad un precetto, che però non è espressamente formulato

(e *grosso modo* si può pensare che sia di questo tipo: « non rubare »). Nel campo opposto: da un vario insieme di disposizioni precettive si ricava che all'avverarsi di certi fatti sorge per qualcuno un debito (obbligazione di dare, di fare ecc.), al che si collega un precetto generale di questo tipo: « paga i tuoi debiti ». Bisogna ricorrere poi ad una combinazione di altre disposizioni per ricavarne che in caso di trasgressione (inadempimento) il creditore insoddisfatto potrà provocare a carico del debitore dei provvedimenti giurisdizionali, vari nei vari casi, ma che potranno arrivare fino a porre la « mano della giustizia » (*manus* il cui simbolo iconografico è proprio quello dell'arto umano) sul patrimonio del debitore, per far avere possibilmente a lui, creditore, quanto gli sarebbe spettato in via di pagamento o una somma considerata equivalente (fondamentali in proposito le disposizioni che « il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i « suoi beni presenti e futuri »: artt. 2740 e 2741 cod. civ. e che « il « creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, può fare espropriare i beni del debitore »: art. 2910 stesso cod.). Questo è un esempio tipico di sanzioni civili. Il subire quei provvedimenti non sarà certamente una cosa piacevole per il debitore, ma lo scopo primario o precipuo non è quello di affliggerlo (e vedremo infatti che talvolta i provvedimenti possono colpire anche altri che non ne han colpa). Lo scopo precipuo è di reintegrare il creditore. La sanzione dunque è essenzialmente un rimedio a suo favore e va commisurata infatti al pregiudizio che abbia sofferto.

Certi fatti (o elementi di uno stesso fatto) possono dar luogo ad applicazioni di sanzioni dei due tipi: penale e civile, che normalmente rimangono però ben distinte. C'è soltanto qualche raro residuo o reviviscenza di ordinamenti storicamente sorpassati, costituito da sanzioni a carattere ibrido, che adempiono cioè ad una duplice funzione: riparatoria (o pseudo-riparatoria) ed afflittiva. Di questo tipo è il risarcimento dei danni morali (artt. 185 cod. pen. e 2059 cod. civ.).

Sulle sanzioni civili notizie ed esemplificazioni: n. 5. Sul coordinamento nella applicazione di sanzioni penali e civili per lo stesso fatto: n. 25-bis.

4. LA SOGGETTIVAZIONE DELLE NORME GIURIDICHE IN RELAZIONE ALLE SANZIONI: AZIONE PUBBLICA E AZIONE PRIVATA. — I. Le norme giuridiche, abbiám detto e ripetuto, ci si presentano come regole

intellettualmente elaborate ed espresse od obbiettivate in proposizioni. Ma affinché abbiano vigore i loro precetti occorre che si traducano in programmi pratici, concreti e che i singoli soggetti li facciano propri assimilandoli nel loro pensiero o nella loro coscienza, come uno degli elementi determinanti delle loro azioni nella vita sociale. Ciò implica che le norme, per non rimanere sterili, debbano sempre portare in sé o con sé dei criteri integrativi imprescindibili di individuazione-soggettivazione, dai quali si ricavi *quando* (in quali circostanze, per quali fatti) e *per chi* esse entrano concretamente in vigore ed in atto (*principium individuationis*). Sterile sarebbe, per stare ad un esempio già dato, la norma « paga i tuoi debiti », se non risultasse quando, per che cosa e per chi possa sorgere concretamente un debito. Anche norme che sembrano destinate a tutti ed a ciascuno, per essere osservate in qualunque momento (es. *noeminem laedere*), in realtà non hanno effetto attuale e concreto per ciascun singolo individualmente, se non in quanto si trovi in quel momento nella possibilità o nell'occasione, di comportarsi in modo conforme o disforme.

La traduzione logica in programmi concreti individuali, intellettualmente avviene con la intermediazione di altri concetti, fra i quali (per quanto qui ci interessa) fondamentali sono quelli di *dovere* (obbligo, obbligazione) e di *soggezione* (cioè necessità di subire, senza possibilità di legittima resistenza). Nel sorgere del dovere o della soggezione individuale possiamo ravvisare una *soggettivazione passiva* del precetto.

A questa può far riscontro dall'altro lato una *soggettivazione attiva* specifica. Infatti ci sono bensì delle norme a protezione della generalità o di intere categorie generiche di soggetti. Ma nel maggior numero dei casi le norme, imponendosi in certe circostanze a certi soggetti, proteggono con ciò degli interessi di altri, singolarmente individuabili. Allora dovere o soggezione da un lato e protezione di un interesse individuale dall'altro, appaiono come le due facce correlative e indissolubili di un unico fenomeno giuridico; alla soggettivazione passiva da un lato corrisponde una soggettivazione attiva dall'altro. E l'interesse posto così *sub tuitione iuris*, in quanto implica per il suo titolare delle facoltà (possibilità-poteri) di operare entro una certa sfera per soddisfarlo oppure di conseguirne la soddisfazione da altri, prende nome, figura e valore di *diritto soggettivo* (*ius = facultas utendi, agendi, percipiendi, persequendi* etc.).

Così per esempio, quando all'avverarsi di determinate circostanze sorga per qualcuno un debito (obbligazione) *eo ipso* ne sorge per altri, come fenomeno correlativo, il credito (diritto). Così a quell'interesse, *ergo* facoltà (possibilità-potere), di godere e disporre di una cosa che assume il nome di proprietà, corrisponde un complesso di doveri di astensione e di rispetto di tutti gli altri soggetti, che possano individualmente venire a contatto od « a portata » della cosa. Il fenomeno può complicarsi, perchè un diritto può essere condizionato o subordinato all'assunzione di un dovere, ci possono essere dei diritti e dei doveri reciprocamente condizionati, dei diritti verso qualcuno il cui esercizio è un dovere verso altri, ci possono essere dei diritti *cum onere* o *sub onere* ecc., onde le figure di più complessi rapporti o situazioni e una infinita varietà e variabilità di struttura, di schemi, di caratteri e di possibili accidenti. Tutta questa però ad effetti didattici ed interpretativi è materia degli studi di diritto sostanziale, ed è stata infatti più profondamente indagata soprattutto a proposito del diritto civile, il cui sistema tradizionalmente si suole impennare proprio su quelle figure. A noi non è dato qui di addentrarvici, per quanto essenziali e molteplici siano poi i riflessi che ne derivano nel nostro campo e di cui saremo condotti ad occuparci e preoccuparci. Dobbiamo quindi presupporla e presumerla (anzi pretenderla) già nota non meno delle altre premesse in materia di diritto pubblico generale alle quali ci siamo sommariamente richiamati in precedenza. Senza di che rimarrebbe indecifrabile e sterile gran parte della nostra trattazione.

II. Quanto alle *sanzioni*, è insito intanto nella loro stessa nozione che esse implicano una *soggezione* (necessità di subirle) a carico di certi *soggetti passivi*. Per conseguenza è chiaro, che anche le proposizioni sanzionatorie devono esser integrate con i criteri necessari, onde individuare caso per caso quei soggetti.

Per le sanzioni penali ciò presenta minori difficoltà, perchè sono per loro natura personalissime (tanto che di regola *non transeunt in haeredes*). Soggetto passivo risulterà quindi il trasgressore, autore del reato, in quanto responsabile ed imputabile: anche questa è stata oggi innalzata a regola costituzionale (art. 27 al. della costituzione).

Più delicato invece può essere il problema per le sanzioni civili, perchè non si tratta più di affliggere personalmente qualcuno, ma di sapere su quali rapporti o su quali beni occorre ope-

rare per raggiungere lo scopo restitutivo o reintegrativo; e qui possono rimanere esposti a subirne gli effetti anche eredi, aventi causa, terzi possessori ecc. e possono entrare in giuoco delle responsabilità legali oggettive, che prescindono dalla imputabilità del fatto. Le disposizioni in base alle quali bisogna giungere alla individuazione, sono pertanto assai più numerose, diverse e non di rado anche di più difficile interpretazione.

Alla soggettivazione passiva corrisponde poi dall'altro canto, per la massima parte delle sanzioni anche una *soggettivazione attiva*, di importanza certamente non minore. Solo in rari casi infatti, la applicazione deve avvenire *sponte eorum* da parte degli organi giudiziari (giudici). Di regola essa non ha luogo se non a seguito di una iniziativa esercitata presso il giudice (sotto forma di domanda, istanza, richiesta, ricorso ecc.) e che, come vedremo a suo tempo, prende il nome tecnico (sebbene assai fluttuante nei suoi significati) di *azione*. E ne sorge a questo proposito la necessità di altre distinzioni.

III. Quando la norma sia posta ed imposta nell'interesse della generalità (o di intere categorie o ceti di soggetti), l'applicazione delle relative sanzioni (se non avvenga eccezionalmente per iniziativa degli stessi organi giudiziari) può avvenire di regola solo su iniziativa (azione) esercitata presso di loro da altri organi dello Stato, istituiti al loro fianco, e che si chiamano gli organi o gli uffici del *pubblico ministero*. Si dice allora che le sanzioni si applicano su esercizio di *azione pubblica*.

Quando viceversa la norma dia origine ad un diritto soggettivo individuale, e la sua trasgressione od inosservanza si traduca in una lesione od insoddisfazione del diritto stesso, la applicazione delle relative sanzioni può avvenire invece, di regola, solo per iniziativa del suo titolare (o dei successori o aventi causa di lui). Si dice allora che le sanzioni si applicano su *azione privata*, intendendo questa qualifica nel suo senso più lato, in contrapposto a pubblica.

Questa regola trova la sua integrazione (*cum mica salis* e con opportune riserve) in una coppia di altre due regole in qualche modo reciproche e complementari fra loro. Quando nelle disposizioni precettive del diritto sostanziale si può ravvisare la costituzione o il riconoscimento di un *diritto soggettivo*, si può ritenere per ciò stesso (e se non ostino espresse disposizioni in contrario), che in caso di trasgressione riparabile in via giurisdizionale sia

data azione al suo titolare o a chi per lui per conseguire la riparazione — e inversamente (ma con maggiore prudenza) se da qualche disposizione comminatoria (sanzionatoria) si possa ricavare la concessione di una azione privata a scopo di riparazione, si può ricostruire normalmente come sua premessa la figura di un *diritto soggettivo* preesistente.

Tutto questo spiega come le disposizioni legislative di carattere generale sulle sanzioni con fine precipuo di restituzione, reintegrazione o riparazione (*ergo* civili) siano state collocate per l'appunto nel codice civile e più precisamente sotto la rubrica (di un titolo *ad hoc* che, come sappiamo, è il quarto del libro sesto) « *Della tutela giurisdizionale dei diritti* » (cioè: dei diritti soggettivi). E d'ora innanzi in omaggio a questa terminologia e a questo ordinamento adottato nelle fonti ufficiali, considereremo come *grosso modo* terminologicamente equivalenti le espressioni: *provvedimenti di sanzione* civile e *provvedimenti di tutela giurisdizionale* di un diritto (soggettivo).

Le regole così prospettate non sono però, come abbiamo avvertito, assolute, esaurienti, senza eccezioni e senza sfumature o deviazioni marginali. Ne accenneremo fin d'ora qualcuna più importante. Ci sono intanto dei casi, in cui contro il pregiudizio arrecato ad un interesse individuale protetto da precetti giuridici, la legge sembra che non accordi una azione diretta ed immediata onde ottenere una riparazione in via sanzionatoria (tutela giurisdizionale), ma vi giunga soltanto attraverso un *passaggio intermedio*. Dal fatto lesivo dell'interesse protetto (che diremo allora primario) sembra cioè che faccia sorgere un obbligo e rispettivamente un *diritto soggettivo secondario alla riparazione* (che può anche essere spontanea o almeno volontaria). Se questo obbligo-diritto non trovi soddisfazione, allora sorge a favore dell'interessato avente diritto l'azione per conseguirla *manu iudicis* in via sanzionatoria. Tale è per esempio la costruzione espressamente additata dall'art. 2043 cod. civ. per la ipotesi di colpa c.d. *extracontrattuale* od *aquiliana*. Ma forse (ed è problema non sufficientemente approfondito nel diritto sostanziale) bisogna adottare una costruzione analoga anche in molte altre ipotesi. Altri casi vi sono in cui a seguito di certi fatti la legge accorda espressamente una azione a scopo riparatorio (di tutela giurisdizionale) a *chiunque vi abbia interesse*. Questo vuol dire che a fondamento dell'azione qui non sta la violazione diretta ed immediata di un vero e proprio

diritto soggettivo preesistente, configurabile come tale secondo i criteri ordinari, ma un pregiudizio di fatto, del quale la esistenza di un diritto non è tutt'al più che un presupposto indiretto, mediato e remoto. Ricordiamo per esempio i casi degli artt. 117 al., 606, 1421 (nullità assoluta di un matrimonio o di un negozio), 648 cod. civ. ecc. Qualche carattere di questo genere presentano anche la surrogatoria e la revocatoria degli artt. 2900 e 2901 e segg. cod. civ.

Ci sono poi dei casi in cui a seguito di atti illegittimi, perchè compiuti trasgredendo dei precetti posti nell'interesse della generalità oppure nell'interesse dello Stato o di altri enti collettivi, la legge accorda una azione a scopo di eliminazione o rettificazione in via giurisdizionale (*ergo* sanzionatoria) dell'atto illegittimo e dei suoi effetti a chiunque ne abbia subito o ne possa subire un pregiudizio di fatto. Qui non si può vedere la tutela giurisdizionale di un diritto soggettivo, perchè il precetto trasgredito non era posto a protezione di quel determinato interesse. L'azione viene data solo occasionalmente perchè *publice interest* non lasciare priva di sanzione (come altrimenti potrebbe accadere) la obbiettiva illegittimità. Si parla in questi casi di *interessi occasionalmente protetti* (in via giurisdizionale) o *protetti per riflesso* o di *interessi legittimi*. Questa figura ha una capitale importanza ai fini della cosiddetta giustizia amministrativa, ma lo ha pure in materia di società, di associazioni e di altri rapporti organizzativi anche di diritto privato.

In senso inverso si può ricordare *per incidens* che ci sono delle figure di diritti soggettivi o di interessi protetti, per cui non è data azione per ottenerne la tutela giurisdizionale ma solo qualche forma di *protezione minore* (come la *soluti retentio*: caso del giuoco e delle scommesse, dei crediti prescritti, delle obbligazioni naturali in genere) o per cui è data bensì una azione, ma solo a certe condizioni e con risultati sanzionatorii diversi o minori di quelli ordinari (caso di diritti cosiddetti affievoliti, caso della tutela contro atti della pubblica amministrazione compiuti *iure imperii*, regime del pubblico impiego ecc.).

E finalmente dobbiamo aggiungere che quando vi sia un pubblico interesse alla applicazione di sanzioni civili, la legge qualche volta ammette che a questo effetto possa esservi *anche azione pubblica* per la loro applicazione (es. sporadici nell'art. 117 cod. civ., nullità di matrimonio e art. 6 della legge fallimentare). Ma son casi estremamente rari e di scarsa applicazione pratica. E più rari an-

cora i casi in cui il giudice può provvedere d'ufficio (es. artt. 1421 e 2379 cod. civ.; 6 della legge fallimentare già citata).

Se gli stessi fatti (o elementi dello stesso fatto) implicano trasgressione di una norma, il cui rispetto si considera di generale interesse, e lesione di diritti o di interessi legittimi, vi può essere *duplicità o pluralità di sanzioni*, applicabili rispettivamente su azione pubblica e privata.

IV. La distinzione così tracciata fra sanzioni di azione pubblica e di azione privata, e quella posta precedentemente fra sanzioni penali e civili, hanno fra di loro una intuitiva e manifesta correlazione, ma non perfetta coincidenza.

In generale possiamo dire, che la applicazione di sanzioni penali è di azione pubblica (del pubblico ministero), salvo il temperamento della querela richiesta in certi casi per l'esercizio della azione stessa (es. artt. 560, 582 ecc. cod. pen.). Di qui la figura tipica dell'*azione pubblica penale* (art. 1 cod. proc. pen.): « La « azione penale è pubblica e, quando non sia necessaria la querela la richiesta o l'istanza, è iniziata d'ufficio ecc. »).

La applicazione delle sanzioni civili invece è normalmente di azione privata, onde il tipo e le figure tipiche dell'*azione privata civile*. Solo se vi sia interesse pubblico alla applicazione della sanzione civile, potrà esserci anche, ma è caso rarissimo, *azione pubblica civile*. Così proclama in termini generali l'art. 2907 cod. civ.: « alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche « su istanza del pubblico ministero o d'ufficio ». Al quale articolo vedremo poi farne riscontro un altro del codice di procedura civile (art. 99), del quale dovremo ripetutamente occuparci.

Tutto questo trova oggi degli echi sparsi e variamente concentrati anche nella costituzione. L'art. 112 dispone che il pubblico ministero ha « l'obbligo » *iuris publici* (e non solo una facoltà discrezionale) « di esercitare l'azione penale » (quante volte si intende, ritenga o sospetti che qualcuno abbia commesso un reato). D'altro canto, dopo aver proclamato che vi sono dei diritti soggettivi individuali inviolabili dell'uomo (inviolabili anche dallo Stato legislatore: artt. 2 e segg.) sembra collocarvi fra gli altri anche il diritto alla tutela giurisdizionale. Troviamo infatti poco più innanzi un art. 24: « Tutti possono agire in giudizio per « la tutela dei proprii diritti o interessi legittimi. » La difesa

« è diritto inviolabile in ogni stato e grado... ». Più particolarmente nei rapporti con la pubblica amministrazione ribadisce all'art. 113 che anche contro i suoi atti « è sempre ammessa la tutela « giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi... ».

Ad I: sul meccanismo della soggettivazione del diritto (inteso in senso obbiettivo) bisognerà rifarsi dal n. 2 I. *Ad II:* alle azioni civili private e alla loro soggettivazione nonchè al collegamento (nesso) fra diritto soggettivo o interesse primario e azione è poi dedicato tutto il capitolo secondo (nn. 9 a 21). *Ad III:* sulla azione pubblica civile: nn. 21 e 52.

5. CARATTERI E FIGURE DELLE SANZIONI CIVILI IN PARTICOLARE.

— I. Delle sanzioni civili (sulle quali dovremo ormai concentrare l'attenzione) non troviamo alcun catalogo ufficiale, come c'è invece per quelle penali (cod. pen. artt. 17 e segg.). Possiamo tuttavia tracciarne per somme linee il quadro, sulla scorta delle disposizioni del già ricordato titolo quarto del libro sesto del codice civile.

Ci sono dunque delle sanzioni civili che si attuano, fondamentalmente, con una *pronuncia* (*dictum*) del giudice; altre (e sono statisticamente le più), che per la loro completa attuazione, richiedono o possono richiedere invece da parte degli uffici giudiziari delle attività pratiche strumentali più complesse, rivolte a realizzare anche materialmente certi risultati di fatto.

Il contenuto delle pronunce finali può essere innanzi tutto di carattere *dichiarativo* oppure *costitutivo*. Vedremo poi dopo come possano contenere anche delle clausole ingiuntive e di *condanna*.

Dichiarativo qualificheremo quel contenuto, quando il giudice provveda « dichiarando », per l'appunto, che un certo fatto, giuridicamente rilevante, è accaduto o non è accaduto, un certo diritto, un certo rapporto, una certa situazione giuridica sussiste o non sussiste o sussiste in un modo piuttosto che in un altro.

La pronuncia, in quanto contiene così un *accertamento giudiziale* (o, come si dice in pratica, una « declaratoria »), è munita dalla legge di *autorità di cosa giudicata* (*sostanziale*, come la qualificheremo più avanti) e cioè di una particolare efficacia, per cui « fa stato » (art. 2909 cod. civ.). Questo vuol dire che il *quid* accertato varrà ormai come verità (legale), non solo per quel giudice che ha pronunciato, ma anche per tutti gli altri giudici ed uffici pubblici, ogni qual volta lo stesso punto torni ad essere in

giuoco od in questione ad effetti giuridici « tra le [stesse] parti, i loro eredi o aventi causa »: *pro veritate habebitur*.

Potremo chiarire solo più innanzi (parlando delle azioni) il significato di queste ultime espressioni. Ma già da questo sommario accenno ci è dato di intendere, come la declaratoria possa servire quale mezzo di « tutela giurisdizionale » (e quindi di sanzione restitutiva). L'incertezza o (più spesso) l'essersi formata qualche falsa apparenza, può rappresentare infatti, di per sè, uno stato di insoddisfazione di un diritto, allorchè la sua stessa certezza è condizione tecnica indispensabile del suo pieno godimento o della sua attuazione. Per rimediare bisogna eliminare quella causa di perturbazione: la si elimina con l'accertamento. Come esempio, si può ricordare il caso di un soggetto che, essendo figlio legittimo, non risulti e non sia trattato come tale, non goda cioè di questo *status*, al quale si connettono tante conseguenze di ordine morale e civile (artt. 236 e segg. cod. civ.). Potrà in tal caso adire il giudice per chiedergli che accerti e proclami il suo vero stato (art. 249 cod. civ.) e tutte le altre conseguenze discenderanno poi da quella proclamazione, automaticamente e senza bisogno di atti esecutivi ad opera del giudice. In tutt'altri campi, può esaurirsi in un mero accertamento, per esempio, la rivelazione della simulazione di un contratto (artt. 1414 e segg. cod. civ.), la proclamazione di una nullità assoluta di un negozio, della sussistenza o insussistenza o del modo di essere di una servitù prediale e così di seguito.

Diremo invece che una pronuncia contiene dei *provvedimenti costitutivi* quando, dopo aver accertata una certa situazione attuale, provveda introducendovi delle modificazioni, trasformazioni o altre novità di carattere giuridico. Anche questa è una efficacia che la legge attribuisce alla pronuncia, dicendo che « può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici » (art. 2908 cod. civ.).

I casi sono numerosi. E possiamo cominciare con l'additarne qualche esempio che sta, per così dire, al limite fra i meri accertamenti e le pronunce costitutive. Se, per esempio, il giudice dichiara la nullità assoluta di un contratto (art. 1418 cod. civ.), questo non è che un mero accertamento di una realtà preesistente (nullità-inesistenza del contratto apparente): il giudice non innova niente. Ma se il contratto era soltanto annullabile (artt. 1425 e segg. cod. civ.) e il giudice, accertato il vizio, lo annulla, si

passa già nella categoria delle pronunce costitutive. Infatti il contratto annullabile era fino a quel momento legittimamente produttivo di effetti giuridici; questi cessano o cadono soltanto per effetto del provvedimento del giudice; ed è questa evidentemente una novità, sia pure di carattere negativo, che esso produce. Ma ancor più perspicuo sarà il carattere costitutivo di un provvedimento, che risolva un contratto bilaterale (artt. 1453, 1467 e 1458 cod. civ.) o che lo rescinda (artt. 1447 e segg.), perchè qui il giudice opera in base a fatti sopravvenuti o ad una valutazione, fatta successivamente da lui medesimo, delle circostanze in cui fu concluso o del modo in cui fu (o non fu) eseguito il contratto. Capitale importanza hanno poi i provvedimenti costitutivi nel campo che abbiamo chiamato della giustizia amministrativa. Tutti i provvedimenti illegittimi della pubblica amministrazione sono soggetti ad annullamento su ricorso di chi vi abbia interesse (interesse c.d. legittimo). In qualche caso la autorità giurisdizionale competente può anche modificarne o sostituirne il contenuto intrinseco.

Oltre che con effetti costitutivi in un senso, per così dire, di demolizione giuridica, possono esserci anche dei provvedimenti costitutivi *quodammodo* creativi. Anche qui ci sono dei casi che stanno al limite dei meri accertamenti. Tali sono per esempio le pronunce che, constatata la impossibilità di far conseguire *manu iudicis* ad un creditore od altro avente diritto (ad esempio un proprietario spogliato della cosa), ciò che gli spetterebbe in forma specifica, convertono il suo diritto in un credito di danaro (*quantum ea res est; id quod interest*: es. casi dell'art. 948 al. in fine, degli artt. 1218, 1223 cod. civ. e infiniti altri). In massima la legge dà la preferenza e la precedenza alla reintegrazione in forma specifica. Lo si desume anche dalla espressa disposizione dell'articolo 2058. Il risarcimento in danaro non è che un equivalente in via sostitutiva, e il concretare in cifra questa sostituzione porta in sè un *quid novi* rispetto alla situazione precedente. Costitutivi sono anche i provvedimenti che determinano il contenuto implicito ma non precisato (« bianco »), di certi negozi (es. casi degli artt. 137, 2263 pen. cap. cod. civ. e molti altri).

Caratteri ancora più spiccati offrono la costituzione giudiziale di servitù forzose (di passaggio, di acquedotto, di elettrodocto ecc: artt. 1032 e segg. cod. civ. e leggi speciali in materia), l'affrancazione forzata dell'enfiteusi (art. 971 cod. civ. e leggi spe-

ciali) o quella delle rendite (artt. 1867 e segg. cod. civ.), nonché il caso della sentenza che sostituisce un contratto, che si sarebbe dovuto concludere e non fu concluso (art. 2932 inesattamente collocato sotto la rubrica « dell'esecuzione forzata in forma specifica »). Un'altra figura caratteristica può essere rappresentata dai provvedimenti divisorii (sebbene questi qualche volta sconfinino nel campo della esecuzione forzata o anche della giurisdizione volontaria). Il giudice può risolvere infatti, anche contro la volontà di qualche partecipante, lo stato di comunione (su singoli beni o su interi patrimoni, come nel caso di comunione ereditaria), assegnando singolarmente beni e diritti a ciascun dividendo e perfino modificandone a questo effetto l'oggetto materiale (es. frazionando fondi, case, collettività di mobili ecc.; artt. 1116 e 713 e segg. cod. civ.).

II. Nella massima parte dei casi però, una semplice pronuncia del giudice di per sé non basta a realizzare quel risultato restitutivo, al quale tende la sanzione. Così, per esempio, se ad un soggetto sia stato riconosciuto il diritto di conseguire o riconseguire il possesso *corpore* di una determinata cosa che altri detiene, non basterà la magica virtù di un *dictum* del giudice. Ci vorrà una attività materiale positiva, un *factum*, per togliere la cosa a chi la detiene e darla a mani di chi la deve avere, cacciarne chi vi si è insediato od immettervi chi vi ha diritto (*consegna* per le cose mobili e *rilascio* per gli immobili: art. 2930 cod. civ.). Se un debitore non paga, occorrerà far pervenire (possibilmente) al creditore quanto gli spetta, cavandone i mezzi dai beni del debitore (artt. 2740, 2741 cod. civ.). Qui ci vogliono delle attività pratiche assai più complesse che non nei casi precedenti. E a questo fine la legge prescrive vari metodi a seconda dei casi.

Talvolta si provvederà a mettere in liquidazione forzata tutto un patrimonio, per ridurre in danaro gli elementi attivi e ripartire il ricavato fra tutti quanti i creditori (è questo il metodo dell'*esecuzione universale*: r.d.l. sul fallimento 16 marzo '42, n. 267). In altri casi, invece, si tenderà a far conseguire soltanto a singoli creditori insoddisfatti quanto era loro dovuto, distraendo dal patrimonio del debitore singoli determinati beni per farne danaro (*esecuzione particolare per spropriazione*: artt. 2910 e segg. cod. civ.).

Tutte queste attività (in se stesse stromentali o di attuazione) si sogliono qualificare generalmente col nome di *esecuzione* (pro-

cessuale forzata) in quanto (*ut plerumque accidit*) trovano impiego là dove si tratti di tradurre in atto una precedente determinazione (autoritativa o negoziale) sul *quid agendum* (come nella espressione tradizionale *executio sententiae*), ma soprattutto alludendo con ciò al loro carattere sostitutivo di un adempimento o di una esecuzione volontaria del *debitum* da parte di chi vi sarebbe tenuto (così nella intitolazione del libro terzo del codice di procedura). La stessa espressione (esecuzione) si è poi estesa per metonimia ad indicare tutta quella categoria di sanzioni per la cui attuazione (finale) si richiede una attività (stromentale) di quel genere (così per esempio nel codice civile capo secondo del titolo della tutela giurisdizionale dei diritti).

Di solito le attività c. d. esecutive devono essere precedute da una pronuncia (di accertamento o costitutiva) del giudice, che legittimi il loro impiego. Così per la esecuzione universale (di fallimento) si richiede una sentenza cosiddetta *dichiarativa di fallimento* (che però è costitutiva piuttosto che dichiarativa) ed appare come il provvedimento *ad hoc*, col quale si apre (e si organizza) la liquidazione forzata. Per la esecuzione particolare invece può bastare che il creditore che la promuove sia munito di un titolo documentale preconstituito, con certi determinati requisiti formali (*titoli esecutivi* di formazione stragiudiziale: art. 474 nn. 2 e 3 cod. proc. civ.). Ma se non ne sia munito, occorrerà che si procuri preventivamente a questo scopo una pronuncia giudiziale (art. 474 n. 1 cod. proc. civ.). Questa normalmente dovrà contenere l'accertamento giudiziale del credito o del diritto insoddisfatto e la liquidazione del *quantum* con una clausola consequenziale (che è poi quella che apre la via all'esecuzione) che prende nome di *condanna* (*damnas esto dare...*). Qualche volta la legge ammette tuttavia che la pronuncia possa ridursi anche ad un accertamento sommario o ad un ordine in forma breve con efficacia di condanna (*ingiunzione* od *ordine di pagamento*). Una pronuncia con clausola di condanna, o quanto meno una particolare forma di ingiunzione, occorre sempre per la *consegna od il rilascio di cose* (art. 605 cod. proc. civ.) e per la esecuzione in via sostitutiva di *prestazioni di fare o di non fare* (art. 612 cod. proc. civ.).

In tutti questi casi, in cui si ricorre al giudice per la formazione di un titolo esecutivo, la pronuncia è dissociata per così dire dagli atti esecutivi, nel senso che questi possono (e non devono necessariamente) essere iniziati dopo la pronuncia e in ogni modo

separatamente da essa. E con una reminiscenza classica più o meno appropriata si suol parlare di *actio iudicati* o di *actio ex causa iudicati*.

Queste succinte nozioni esemplificative sulle sanzioni civili troveranno la loro necessaria integrazione nella trattazione delle azioni (capitolo secondo nn. 9 e segg.) e in parte anche nel disegno generale dei procedimenti (capitolo terzo nn. 23 e segg.). Segnatamente: (*ad I*) sulla autorità di cosa giudicata degli accertamenti: nn. 15 e 19 III e (*ad II*) sulle sanzioni « esecutive »: n. 26.

6. IL DIVIETO DELLA DIFESA E DELLA VENDETTA PRIVATA. ESCLUSIVITÀ DELLA GIURISDIZIONE CONTENZIOSA DELLO STATO. — I. Avendo comminate delle sanzioni applicabili per opera dello Stato, ed avendo provveduto a che esse possano essere applicate in tutti quei casi in cui si ritiene che alla violazione o trasgressione di precetti giuridici possa o debba seguire una (legittima) reazione, il nostro ordinamento giuridico in linea generale vieta di reagire (difendersi o vendicarsi) con la forza o con la violenza privata. Chi crede di potersi dolere di un torto o di un maleficio altrui, adisca il giudice o solleciti, se del caso, l'azione del pubblico ministero. La « tutela arbitraria delle proprie ragioni » con l'impiego della propria forza (e perfino la figura cavalleresca del duello), se non costituisce più grave reato, è punita come tale (artt. 392 e segg. cod. pen.) fra i « delitti contro la amministrazione della giustizia ». Si vuol evitare con ciò che il disordine segua al disordine, la violenza alla violenza (*ne occasio sit maioris tumultus faciendi*).

La eliminazione dall'ordinamento giuridico della autodifesa e della vendetta con la propria forza (o con la forza di nuclei sociali minori, solidali con l'offeso), in correlazione con la progressiva avocazione allo Stato del compito di « far giustizia », è un risultato della sua millenaria evoluzione: e vediamo per dolorosa esperienza, che quante volte s'indebolisce la autorità o la efficienza degli ordinamenti statuali, riaffiorano quei fenomeni primitivi e barbarici (la vendetta del sangue, la faida e la guerra o la rappresaglia privata familiare o di parte, i tribunali clandestini, la sacra Vehme...).

Al divieto generale c'è qualche inevitabile eccezione: legittima difesa: *vim vi repellere licet*: artt. 52 e segg. cod. pen.; qualche altro minimo residuo, come (*curiositatis causa*), la tosatura

d'alberi del vicino, l'inseguimento degli animali o dello sciame, la difesa del fondo contro animali altrui: artt. 843, 896, 924 e 925 cod. civ., 638 u. cap. cod. pen. e qualche altro esempio del genere.

E resta ben inteso, in ogni modo, che di fronte a chi sia inadempiente ai propri doveri, è lecito comportarsi in modo da auto-protegersi o cautelarsi contro le conseguenze, semprechè non si impieghi la violenza, nè sulle cose nè sulle persone. Come esempi risultanti dalla legge, si possono ricordare la risoluzione di diritto dei contratti e la c. d. *exceptio inadimpleti* (artt. 1454 e 1460 cod. civ.), certi c. d. diritti di ritenzione (artt. 2756 u. cap., 2761 u. cap. ecc.), il recesso unilaterale in tronco da rapporti di lavoro (art. 2119 cod. civ.) e moltissimi altri. Ci sono anche dei casi, in cui è autorizzata la realizzazione col fatto proprio o con formalità stragiudiziali, di quello che potrebbe essere il risultato di una applicazione di sanzioni da parte del giudice, per esempio la realizzazione del pegno e di certi privilegi (artt. 2796, 1789, 2756 già citato ecc. ecc.). Tale realizzazione extra giudiziale non resta sottratta con ciò al sindacato del giudice. Ma invece che esser portato al suo giudizio il fatto originario di vero o creduto inadempimento, potrà esservi portato (dall'altra parte) il fatto che ne rappresenta la reazione altrui, sebbene immune da violenza. E allora per giudicare se sia stata lecita e giusta la reazione, il giudice dovrà altresì giudicare se vi sia o non vi sia stato l'originario inadempimento.

A questa materia della autodifesa andrebbe in qualche modo collegato anche il fenomeno della disponibilità delle azioni ed eccezioni civili e del regolamento convenzionale di « ragioni » controverse. Ma al punto in cui siamo ci mancano ancora le nozioni necessarie per parlarne e dobbiamo rinviare.

II. È un risultato della stessa evoluzione su accennata la esclusione o la interdizione pressochè assoluta di ogni giurisdizione contenziosa locale speciale o particolare nell'ambito della sovranità dello Stato. Siamo lontani cioè dai tempi in cui potevano intrecciarsi, sovrapporsi (e magari entrare in conflitto fra loro) una giustizia dell'imperatore, del papa, delle autorità ecclesiastiche, del signore o dei feudatari minori, dei pari, del popolo, dei comuni, delle corporazioni ecc. Chi può rendere giustizia in via sanzionatoria è soltanto lo Stato (simbolicamente in nome del popolo: art. 101 della costituzione anche in relazione all'1 cap.)

per mezzo dei suoi organi appositi (artt. 102 e 103 integrati dall'art. 25: « Nessuno può esser distolto dal giudice naturale precostituito per legge »). Così anche la regione, la provincia, il comune, che pur sono bensì investiti nella loro sfera di funzioni legislative minori e di funzioni amministrative controllate, non sono investiti invece di funzioni giurisdizionali.

Vere e proprie eccezioni alla regola non ve ne sono. Non sono tali, per esempio, le funzioni *disciplinari*, che pur vediamo talvolta organizzate per legge, come avviene per i dipendenti dello Stato o per i componenti o dipendenti di enti minori (impiegati pubblici, militari, membri di corporazioni e di associazioni o di ordini professionali, dipendenti di aziende private ecc.). Sono queste delle funzioni censorie, che si esercitano da una delle parti per la preminenza che le viene riconosciuta in un particolare rapporto giuridico con l'altra parte (anche se questo dia luogo ad una specie di *status* particolare) e spiegano i loro effetti unicamente nell'ambito del rapporto stesso e per le esigenze di un servizio, di una carica o di un ufficio che ne dipende. Ma soprattutto decisivo è considerare che gli atti compiuti nell'esercizio di quella funzione (disciplinare) sono poi soggetti a loro volta al sindacato della giurisdizione contenziosa ordinaria dello Stato. Anche contro di essi è data infatti la tutela giurisdizionale di diritti e di interessi legittimi (artt. 24, 103, 113 della costituzione), con qualche analogia per questo rispetto a certi casi di difesa privata. Anche le cosiddette *pene di polizia* (per cui è ammessa l'oblazione) e le penalità *fiscali* (per cui è ammesso talvolta anche il condono o il concordato), se applicate in via amministrativa, sono soggette al controllo giurisdizionale. Lo stesso è a dirsi (*mutatis mutandis*) delle pene *canoniche* che non abbiano contenuto e carattere spirituale o disciplinare (nel qual ultimo caso restano sottratte all'impero del diritto e all'ordinamento giuridico dello Stato). Fuori di questi casi che non lo riguardano, lo Stato non riconosce infatti efficacia alle norme canoniche che escluderebbero il suo controllo giurisdizionale contenzioso.

Più delicato è il caso della *giurisdizione ecclesiastica* in materia di rapporti matrimoniali con effetti civili e in altre materie previste dal concordato e dal trattato con la Santa Sede nonché dalle relative leggi integrative e di esecuzione. In questi casi le sentenze ecclesiastiche sono soggette ad un controllo meramente formale dei nostri giudici. Ciò salva (più o meno) il principio, ma

non la sostanza. Per il matrimonio canonicamente celebrato, ciò dipende però dall'aver riconosciuto che l'efficacia canonica resta pur sempre un *prius* degli effetti giuridici civili.

Ricordiamo più specialmente in proposito oltre al « concordato » (11 febbraio '29) le due leggi del 27 maggio '29 n. 810 e 847. Il rispetto dei « patti lateranensi » nel loro complesso è proclamato e consacrato oggi nell'art. 7 della costituzione.

Eccezione alla esclusività della giurisdizione contenziosa dello Stato non è la eventuale esecutorietà di *sentenze straniere*, perchè questa richiede un particolare crisma da parte dei nostri giudici, che viene accordato soltanto a seguito di un controllo più penetrante che non nel caso precedente (c. d. deliberazione: artt. 796 e segg. cod. proc. civ.). Eccezione finalmente infine non è l'istituto dell'*arbitrato* (artt. 806 e segg. cod. proc. civ.), perchè le decisioni degli arbitri derivano la loro efficacia solo da un successivo provvedimento giurisdizionale *ad hoc* (decreto di esecutorietà) e sono soggette ad impugnazione e quindi a controllo in sede giurisdizionale. L'istituto si coordina del resto strettamente ai fenomeni di disponibilità delle azioni e delle eccezioni civili, di cui ci siamo riservati di parlare.

Con questi corollari integrativi possiamo considerare come ormai delineato a grandi tratti il quadro di quelle sanzioni, la cui applicazione costituisce il contenuto e la finalità della funzione giurisdizionale cosiddetta contenziosa.

Ad I: sugli atti di disposizione dell'azione e dell'eccezione: n. 17.
Ad II: sulla « deliberazione » di sentenze e di atti di giudici stranieri n. 261 e sugli arbitrati nn. 263 e segg. (segnatamente nn. 270 e 271). Per le funzioni di polizia disciplinari ecc. dobbiamo rinviare del resto ai trattati di diritto amministrativo; per i « patti lateranensi » dobbiamo rinviare ai trattati di diritto costituzionale ed ecclesiastico e *in parte qua* ai trattati di diritto civile.

7. LA GIURISDIZIONE VOLONTARIA. — I. Le attribuzioni che si soglion chiamare di giurisdizione volontaria, sono demandate ai giudici soltanto in virtù di *disposizioni particolari sparse*, sporadiche e per lo più di *carattere tassativo*. Non ci è dato pertanto di ricollegarle a regole (relativamente) generali, come abbiamo potuto fare per la giurisdizione contenziosa.

Anche la distinzione fra penale e civile in questo campo si appoggia a considerazioni di forma, di occasione o di coordinamento, piuttosto che a caratteri finali e di sostanza. Così, per esem-

pio è, secondo noi, di *giurisdizione volontaria penale* l'ordine che può dare il giudice di internare in manicomio un imputato assolto per infermità di mente (art. 222 cod. pen.). Questa non è più una sanzione afflittiva, ma una misura preventiva per non lasciar circolare liberamente il pazzo criminale ed irresponsabile pericoloso per sé e per gli altri. Provvedimenti dello stesso genere (cioè a scopi che non sono più afflittivi) può dare il Tribunale dei minorenni per la rieducazione di giovani traviati o deficienti (d.l. 20-VII-'34, n. 1404). Di *giurisdizione volontaria* sono secondo noi (sebbene ciò sia discutibile e discusso) altre « misure di sicurezza » in genere (artt. 199 e ss. cod. pen.). Ma poichè tutti questi provvedimenti vengono dati in relazione o in esito ad un processo istituito per l'eventuale applicazione di sanzioni penali e nelle forme previste per i processi di questo tipo, riteniamo che anche alla *giurisdizione volontaria* così esercitata si estenda o si espanda la qualificazione di penale.

Qualificheremo invece di *giurisdizione volontaria civile* tutti i casi in cui non vi sia nessuna connessione di questo genere col « magistero » penale. E questa sembra essere anche il pensiero delle fonti quando troviamo inserite le relative disposizioni nel codice civile in quello di procedura civile o in leggi complementari di questi codici.

II. Ciò premesso e affinché il nome possa evocare fin d'ora alla mente dei casi della vita e non solo delle vaghe parole, altro non ci resta che fornire in proposito una certa esemplificazione *per specimina*, riservando ad altra parte (parte sesta) della nostra trattazione l'esame più approfondito di quei provvedimenti di cui si occupa *ex professo* il codice di procedura.

Non sarà difficile del resto ravvisare in questi esempi, e senza che volta per volta ci ripetiamo, la caratteristica di un *controllo originario di legittimità* (contro eventuali deviazioni, aberrazioni, evasioni o frodi alla legge) o di un *concorso od ausilio d'autorità* per il buon funzionamento di istituti giuridici, là dove la volontà dei singoli (privati) abbandonata a sé stessa sarebbe impotente, inetta, inadeguata, potrebbe farsi strumento di prepotenza o di frode del più forte ai danni dei deboli o degli inermi o potrebbe condurre comunque a risultati incongrui o perturbatori rispetto ai fini dell'ordinamento giuridico. Il che in altre parole vuol dire che c'è in questo senso un interesse di carattere o di ordine pubblico.

Senza dubbio l'affidare questi interventi ad uffici giudiziari e il prescrivere l'impiego di forme mimetiche, bene spesso imitate da quelle dell'esercizio della *giurisdizione contenziosa* sembra involgere in molti casi un accoppiamento di caratteri discordanti. Per il fine e per il contenuto tali interventi appaiono infatti sostanzialmente omogenei ad attività amministrative; formalmente invece, cioè per la competenza e per il *modus procedendi*, più o meno omogenei ad attività giurisdizionali propriamente dette (contenziose). Il *quia* come abbiamo accennato altre volte può ravvisarsi in ciò: che la preservazione del diritto vi assume una importanza primaria e preponderante (e non già soltanto secondaria e modale, come in tante altre attività amministrative). Per ciò (e per lunga esperienza storica) sembrano più convenienti o propizie alle attività medesime, le attitudini e la preparazione specifica di cui debbono esser dotati gli organi ed i funzionari giudiziari, nonchè certe caratteristiche dei loro abituali *modus procedendi*.

Si può partire da esempi che riguardano la costituzione delle persone giuridiche. Questa è soggetta a controlli normalmente affidati all'autorità amministrativa (riconoscimento), ma per certi enti, il controllo, che è essenzialmente di legalità (come per es. per le società per azioni: art. 2330 cod. civ.), è affidato invece all'autorità giudiziaria.

Per le persone fisiche il nostro ordinamento si preoccupa di costituire una pubblica documentazione sugli eventi principali che riguardano la loro esistenza e lo *status* in ciascuna: nascita, morte, matrimonio, cittadinanza; e vi provvede a mezzo di organi amministrativi ed attraverso lo speciale apparato dello stato civile. Ma l'autorità giudiziaria è chiamata ad intervenire e provvedere in certi casi di equivoci, perplessità o irregolarità della documentazione, e così per esempio per procedere alle cosiddette « rettificazioni » (artt. 454 cod. civ., 165 e segg. della legge sullo stato civile). Spetta inoltre alla stessa autorità giudiziaria constatare l'assenza (art. 49 cod. civ., 722 cod. proc. civ.), dichiarare la morte presunta (artt. 56 e 60 cod. civ., 726 cod. proc. civ.).

Di *giurisdizione volontaria* sono i procedimenti e provvedimenti circa la incapacità o la limitata capacità dei soggetti di diritto, in relazione agli istituti dell'emancipazione (art. 391 cod. civ.), della inabilitazione e dell'interdizione (artt. 414 cod. civ., 712 e segg. cod. proc. civ.): l'essere infermo di mente non è una violazione di norme giuridiche, ma è un fatto che può turbare il

normale funzionamento di tanti meccanismi dei rapporti giuridici, onde conviene prevenire questo turbamento). Un'altra sfera di casi collegati ai precedenti si può riscontrare nella organizzazione e nel funzionamento (nomine, vigilanza, controlli) della rappresentanza od assistenza degli incapaci o imperfettamente capaci e quindi in materia di patria potestà, tutela e curatela. Dello stesso ordine sono i provvedimenti a protezione degli interessi di nascituri concepiti o non concepiti (caso del *curator ventri datus*).

Sempre in materia di diritti delle persone, si possono ricordare gli interventi dell'autorità giudiziaria nell'adozione (art. 311 cod. civ.), nell'affiliazione (art. 406 cod. civ.), nella omologazione della separazione consensuale dei coniugi (artt. 158 cod. civ., 711 cod. proc. civ., mentre la pronuncia della separazione per colpa è manifestamente di giurisdizione contenziosa); la legittimazione per decreto è viceversa provvedimento amministrativo.

Altri esempi si possono largamente attingere anche nel campo dei rapporti patrimoniali: come i controlli dei pubblici registri immobiliari (trascrizioni, annotazioni, iscrizioni ipotecarie: art. 2680 cod. civ.), del quale ordine saranno anche i controlli per la tenuta dei registri delle imprese quando si istituiranno (art. 2188 cod. civ.). Importantissime ad effetti pratici le attribuzioni dell'autorità giudiziaria in materia di successione a causa di morte. Così in tema di apposizione e rimozione dei sigilli (artt. 752 a 768 cod. proc. civ.), di accettazione con beneficio di inventario (artt. 484 e segg. cod. civ.), della formazione dell'inventario (artt. 484 e segg. cod. civ., 769 a 777 cod. proc. civ.), di liquidazione dell'eredità conseguente alla accettazione con beneficio di inventario (articoli 498 e segg. cod. civ., 778 a 780 cod. proc. civ.), di separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede (artt. 512 a 518 cod. civ.), di nomina del curatore e di organizzazione dell'amministrazione della eredità giacente (artt. 528 a 532 cod. civ., 781 a 783 cod. proc. civ.). Si possono aggiungere le disposizioni relative alla autorizzazione alla vendita di beni ereditari (art. 747 cod. proc. civ.), e quelle sulle cauzioni e sugli esecutori testamentari (art. 750 cod. proc. civ.).

Alla giurisdizione volontaria e non alla contenziosa va ascritta la separazione giudiziale dei beni fra coniugi (art. 226 cod. civ.), la purgazione (liberazione) degli immobili dalle ipoteche (artt. 2889 e segg. cod. civ.). Può oscillare fra contenziosa e volontaria la divisione con tutte le operazioni che vi si connettono,

a seconda che dia o non dia luogo a contestazioni (artt. 713 a 736 cod. civ., 784 a 791 cod. proc. civ.).

Vi sono poi anche dei negozi giuridici, patrimoniali, per la cui formazione e validità è necessario il concorso (controllo, omologazione) dell'autorità giudiziaria: tali sono i concordati preventivi e fallimentari con i quali, come si dirà, rispettivamente si può prevenire o chiudere una procedura di fallimento.

Come un caso *sui generis* va considerato quello della attività di mediazione e di persuasione, che il giudice è tenuto ad esercitare nel procedimento di cognizione civile ordinario, « quando la natura della causa lo consente », per promuovere la conciliazione fra le parti (art. 185 cod. proc. civ.). Ne riparleremo a suo tempo, ma è chiaro che qui il giudice non decide, non provvede, ma anzi tende ad eliminare attraverso un accordo, la necessità di provvedere in via di giurisdizione contenziosa.

Alla giurisdizione volontaria vanno ascritti infine certi procedimenti « provocatorii », come quelli di ammortamento dei titoli di credito, che tali rimangono fino in fondo, se nessuno si presenti a vantare il legittimo possesso del titolo e possono dar luogo solo in secondo tempo ad un caso di giurisdizione contenziosa, se qualcuno si presenti e ne sorga una contesa di titolarità (artt. 2016 a 2020, 2027 cod. civ.).

Con questi accenni esemplificativi possiamo considerare completato, sempre a grandi tratti, il quadro della giurisdizione in senso lato (amministrazione della giustizia) per quanto riguarda il contenuto e le finalità.

Sulla nozione e sui caratteri generali della giurisdizione volontaria (sommariamente): n. 2 II. Ai procedimenti e provvedimenti preveduti nel cod. proc. civ. è dedicata la parte sesta ed ultima del trattato, nn. 248 e seguenti. Per le leggi sul tribunale dei minorenni v. l'appendice prima al volume.

8. LA DIFFERENZIAZIONE DI ORGANI, DI METODI, DI TECNICA E DI FORME DELL'AMMINISTRARE GIUSTIZIA. — I. Risulta da quanto precede, che la *funzione* giurisdizionale richiede per il suo esercizio l'impiego di *poteri sovrani*. Che più? I giudici arrivano per quel titolo ad avere in definitiva nelle loro mani le sorti della vita e della libertà delle persone (*ius vitae et necis*), del loro *status*, della loro capacità, dei loro beni e in genere del loro patrimonio. Ciò avviene soprattutto all'effetto dell'esercizio della giurisdizione in senso proprio (sanzionatoria, contenziosa); in misura di gran

lunga minore, ma non trascurabile (e basta pensare ai provvedimenti in materia di capacità), anche nell'esercizio della giurisdizione volontaria.

Però a cominciare dalle sanzioni (alle quali soprattutto bisogna aver riguardo), in tanto esse sono applicabili *iure in quanto* (così, come e perchè) sono comminate dal diritto medesimo. Solo in questi limiti dunque è legittimo e « giusto » l'impiego di quei formidabili *poteri finali*, e non è chi non veda o non senta la gravità del pericolo di eventuali aberrazioni od abusi *sub pretextu iurisdictionis*. Di qui è derivata storicamente la differenziazione degli *organismi*, ai quali affidare, con la funzione, anche quei poteri, ed ai quali si dà il nome personificato di *giudici*, nonchè tutto il particolare regime dei loro *modi* di procedere.

II. Già dal punto di vista intellettuale discende intanto dalle premesse, che il *metodo* di applicazione delle sanzioni deve assumere delle caratteristiche sue proprie. Queste si possono considerare schematicamente rappresentate nel cosiddetto *sillogismo giuridiale*. Non si vuol dire con ciò, che il sillogismo costituisca necessariamente l'*iter* con cui il giudice nella sua mente o nella sua coscienza arriva alla « scoperta » del provvedimento da emanare, ma è quanto meno il paradigma logico al quale egli stesso deve ridurre il suo ragionamento (o l'espressione del suo ragionamento), affinchè esso rechi in sè e ponga in luce la giustificazione giuridica del provvedimento medesimo. In ciò si può vedere anche la ragione e la essenza di quell'articolo 111 della costituzione in cui si dispone che tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere « motivati ».

A questo effetto, bisogna che la premessa maggiore sia data da una norma giuridica, ricostruita in astratto per via di interpretazione, la premessa minore dal fatto accaduto, accertato e considerato dal giudice, mentre la conclusione risulta dalla sussunzione della premessa minore sotto la premessa maggiore. Prendiamo, per fare un esempio, il caso dell'omicidio. Il giudice che condanna qualcuno a questo titolo deve dire o poter dire così: « la nostra legge vieta di uccidere; e per chi « cagiona la morte di un uomo » (dolosamente, ben s'intende) commina l'ergastolo o quanto meno la reclusione (artt. 575 e segg. cod. pen.) ». Questa è la premessa maggiore. « Ma Tizio », premessa minore, « ha cagionato (dolosamente) la morte della tal persona ». Conclusione:

« dunque Tizio dev'essere punito con l'ergastolo o (almeno) con la reclusione; perciò io, giudice, lo condanno ecc. ecc. ». In questo modo il giudice enuncia e rende controllabile da tutti, che egli non dà un provvedimento arbitrario (non dice: « *tel est nôtre bon plaisir* », secondo l'abborrita formula dei sovrani assoluti), ma traduce in concreto il pensiero (*vis ac mens*) di una norma giuridica, secondo quello che abbiamo chiamato più addietro il suo *principium individuationis*. Egli giudice in questo modo non è più che la voce della legge che si fa viva (*la bouche qui prononce la parole de la loi*): il suo *dictum* in concreto risulta potenzialmente ed in astratto già insito nella norma (art. 113 cod. proc. civ.). Che se alla posizione della premessa maggiore e alla deduzione delle conseguenze, egli possa arrivare solo per una catena o combinazione di sillogismi non importa; il metodo non cambia. Il sillogizzare può considerarsi pur sempre come il modulo tipico, anzi quasi come l'*emblemata* del mestiere, dal punto di vista logico.

Questo vuol dire, in fra l'altro, che nell'esercizio della sua funzione, il giudice, chiamato a giudicare secondo il diritto, non può farsi giudice « del » diritto, neppure sotto specie di adeguarlo ad ideali soggettivi di giustizia secondo i suoi convincimenti o di promuovere a suo modo il bene o l'interesse di tutti (*salus publica*). E' vero che in certi casi le parti possono fare al giudice « concorde richiesta » di decidere (in via di pronuncia) « secondo equità » (artt. 114 cod. proc. civ., 112 e 118 disp. att.), autorizzandolo con ciò a discostarsi dalle norme del diritto. Ma questa « concorde richiesta » viene a costituire in tal caso un atto di disposizione del diritto (e, come diremo più tardi, dell'azione), con cui le parti sottraggono le sue sorti e quelle delle relative sanzioni al loro regime giuridico ordinario, per farle dipendere da opinamenti o convinzioni paragiuridiche del giudice, come quando, compromettendo in arbitri le loro controversie e quindi sottraendole, come vedremo, alla decisione del giudice, autorizzano gli arbitri stessi a pronunciare come « amichevoli compositori » (art. 822 cod. proc. civ.). In tutti questi casi siamo di fronte a deviazioni dal paradigma metodico che costituisce la regola. Ed infatti la legge le ammette solo per quei diritti di cui le parti hanno la libera disposizione. Potremmo dire anzi che (secondo la concezione dell'art. 113) *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*.

III. Dalle caratteristiche del procedimento intellettuale tipico del giudice (ragionamento *per syllogismata*) non sembra esatto

per altro voler desumere che nei suoi provvedimenti si esprima unicamente come altri ha detto « la volontà della legge » e che sia questa che, per il loro tramite, opera e comanda. Quando si parla della legge (al singolare), come quando si parla del diritto (in senso oggettivo) (o magari della morale o della religione), se ne crea semplicemente una immagine sintetica di comodo a scopo discorsivo. Ma questo non può far pensare che *madame la loi* sia un soggetto pensante od operante, al quale si possa attribuire una volontà pratica, nemmeno in quel senso in cui si attribuisce una volontà alle persone giuridiche. La legge immaginata in sintesi, non è che la espressione di un pensiero normativo teorico, di cui le leggi (al plurale, come dettati degli organi legislativi) non costituiscono a loro volta come s'è detto se non una delle fonti.

Il sillogizzare non è se non un procedimento logico interno con cui il giudice arriva a determinare o giustificare i propri atti o i propri comandi in concreto. Ma atti o comandi valgono per i soggetti ai quali si impongono o si rivolgono « *perchè* » ed « *in quanto* » *promanano da lui, giudice*. Quei soggetti debbono solo per ciò piegare il capo — ottemperare o subire — e non possono più resistervi o contrastarli nemmeno risalendo al pensiero teorico o teoretico della « legge » ed allegando che questo (potenzialmente) era diverso. Si sovvertirebbe altrimenti dalle sue basi questo istituto della giustizia secolare, essenziale per la vita dello Stato. In ciò sta per noi giuristi il valore profondo ed il *pathos* del discorso di Socrate a Critone.

Se si potesse parlare di una volontà che si esprime in concreto ed in atto nei provvedimenti giurisdizionali si dovrebbe dire dunque, se mai, che essa è la *volontà del giudice* o, se si vuole, dello Stato che per mezzo di quei suoi organi giudica e manda. Meglio che di volontà però qui si dovrebbe parlare di *esercizio di poteri irrefragabili*, di cui il giudice è investito ed al cui uso si deve determinare come *purus minister* della sua pubblica funzione e non come uomo privato. E sotto questo aspetto può avere un senso la disposizione della costituzione (art. 101 al.) per cui i giudici operano e provvedono « in nome del popolo » (e non in nome proprio).

Torna in luce così per altra via quella distinzione analitica fra poteri (di comandare o di imporsi) e funzioni cioè scopi o compiti da perseguire, alla quale abbiamo già accennato più sopra (*sub I*) e di cui vedremo poi a suo tempo delle conseguenze pra-

tiche non trascurabili. Di questa distinzione possiamo vedere, del resto, i simboli nella figurazione iconografica tradizionale della giustizia come una vergine, si diceva, pensosa in atto *libram aeneam tenens et ense*. La spada (e qualche volta la verga che termina con una mano) simboleggia i poteri senza dei quali la giustizia sarebbe impotente e la bilancia simboleggia la funzione, fuor della quale l'uso dei poteri non sarebbe che arbitrario.

IV. Nè, tornando dopo di ciò, alla regola che incatena il giudice al metodo sillogistico, si può pensare che sminuisca la sua missione. Adeguare il diritto a finalità teleologiche è compito dello Stato (e, per esso, di altri suoi organi) nella funzione di « legislatore ». Ma una volta che il diritto è positivamente costituito *per fontes*, una sua utilità sociale immediata sta nella certezza che esso introduce nelle relazioni sociali, cosicchè ognuno sappia come contenersi e su che cosa poter contare o far fidanza. Di questa certezza il giudice è custode e « vindice » e gli si richiede, a questo scopo, d'essere non meno acuto e fedele interprete delle fonti che un buono storico dei fatti. Non è poco dire. Occorrerà infatti per questo una speciale *preparazione tecnica*. Ma non basta. Occorrerà in lui anche un *abito psicologico e morale* di serenità, di imparzialità, di indipendenza (...*oportet iudicem esse gravem*, dissero enfaticamente gli antichi, *sanctum, severum, incorruptum, inadulabilem*) e che non lo turbi il clamore della piazza, nè la minaccia dei potenti (orazianamente: *non civium ardor prava iubentium nec vultus instantis tyranni*). Ond'è che se il mestiere del giudice ha un suo emblema logico, ha anche una sua *insegna morale*, che è quella della purità dello spirito.

In ciò soprattutto devono vedersi le ragioni della *differenziazione* dei giudici da tutti gli altri organi dello Stato: assicurare cioè che essi siano forniti delle necessarie *attitudini* specifiche, e garantire loro nell'esercizio del loro ministero una posizione di *autonomia* e di indipendenza che li metta al coperto da ogni altra influenza perturbatrice. Così in qualche figurazione dei secoli scorsi vediamo talvolta l'immagine della giustizia bendata, non per assimilarla maliziosamente alla fortuna, ma per significare che deve essere insensibile non pure al fascino dell'oro ma a qualunque suggestione estranea.

V. Le stesse ragioni, le stesse esigenze hanno correlativamente condotto anche all'adozione di discipline particolari e carat-

teristiche in ordine ai *modi* ed alle *forme* dell'attività dei giudici.

Per l'accertamento della verità storica e per le operazioni materiali necessarie alla elaborazione od alla attuazione pratica dei loro provvedimenti finali, i giudici ed i loro uffici ausiliari devono essere e sono necessariamente investiti infatti anche di *poteri stromentali*, di non lieve portata, che possono giungere fino alla privazione temporanea della libertà delle persone (ad esempio nel caso di mandato di cattura e arresto preventivo a scopi di istruttorie penali), alla privazione del possesso e della disponibilità dei beni (ad esempio nel caso di sequestri penali e civili a scopo istruttorio, conservativo, esecutivo ecc.), alla ispezione forzata di cose e di persone e così di seguito. Bisogna che questi poteri siano ben definiti e che il loro impiego sia proporzionato allo scopo, moderato e controllato, onde non degeneri a sua volta nell'arbitrario.

Anche indipendentemente da questa necessità, occorre che a garanzia della attendibilità o della intrinseca « giustizia » dei risultati, sia prestabilito da chi e come e quando possa esser legittimamente stimolata non solo inizialmente, ma in tutto il suo *iter*, la attività dei giudici, da chi e come essi possano legittimamente attingere materiali ed elementi di convinzione e di informazione, chi come e quando possa o debba apportarvi dei propri contributi. Supponendo che serva a questo scopo un contraddittorio fra parti interessate, come effettivamente di solito avviene, bisogna che ne sia assicurata la lealtà e la effettività, coordinando a tutti questi effetti la sequela e l'intreccio degli atti. Bisogna prevenire con opportune cautele la possibilità di inquinamenti e l'infiltrarsi di possibili cause di errore, predisponendo, ove occorra, anche dei metodi di revisione e di correzione, contemperare la maturità e la ponderazione con la sollecitudine, rendere controllabile a questi vari effetti tutto lo svolgimento del fenomeno, onde poi la documentazione ufficiale degli atti, il regime di pubblicità e così di seguito. E forme relativamente solenni e nello stesso tempo... persuasive in ragione della loro stessa gravità, e della particolare certezza che richiedono, bisogna dare da ultimo ai provvedimenti finali del giudice.

Di qui quelle discipline regolamentari di *procedura*, per cui l'attività giudiziaria si distingue anche sotto questo aspetto da tutte le altre.

Questo vale soprattutto per l'applicazione delle sanzioni (funzione e attività giurisdizionale in senso proprio o contenziosa). Ma

basta ripensare a quello che abbiain già detto intorno alla giurisdizione volontaria ed agli esempi che ne abbiamo forniti, per intendere come e perchè possano convenirle gli stessi ordinamenti, sia organici che procedurali. Tanto le possono convenire, che essa molto spesso non ha nemmeno dei modi di esercizio spiccatamente suoi propri, ma, come abbiain detto, adotta od imita i modi della giurisdizione in senso proprio.

Ad I e II: sulla distinzione e coordinamento di poteri-funzioni: nn. 31 e segg. con richiami e rinvii. *Ad II:* sugli elementi di fatto e di diritto nel sillogizzare del giudice: n. 71. *Ad III:* sulla c.d. « volontà » (esercizio di pubbliche attribuzioni) del giudice: n. 56. *Ad IV:* sulla differenziazione dei giudici da tutti gli altri organi dello Stato: nn. 8-bis e 31 e seguenti. *Ad V:* sullo studio delle forme, dei poteri stromentali ecc., nn. 53 e segg. e tutte le successive parti speciali del trattato.

8-bis. CONTINUAZIONE: LA INDIPENDENZA DEI GIUDICI E LE GARANZIE DI GIUSTIZIA. — I. La indipendenza dei giudici è garantita *quam maxime* anche *dal punto di vista politico*. L'origine prossima degli ordinamenti vigenti in materia si suol ricondurre a quel vasto movimento di idee che preparò e precorse la rivoluzione francese ed ispirò in fra l'altro la dottrina della cosiddetta divisione dei poteri, intesa (allora) come divisione di gruppi o di sistemi di organi indipendenti e contrapposti per l'esercizio delle tre funzioni dello Stato che si venivano teoricamente identificando: legislativa, esecutiva (amministrativa) e giudiziaria. Parve questa la soluzione più brillante del problema di scomporre organicamente i poteri del sovrano *legibus solutus* che poteva in fra l'altro falsare le bilance ed usare a suo libito della spada e delle verghe. Antica esigenza, antica aspirazione, se pure esasperatasi in quel clima prerivoluzionario; ne recano impronte più o meno profonde anche gli ordinamenti più antichi e se ne odono gli echi nella letteratura di origine colta come d'origine popolare. Senza andare tanto lontano le parole famose di Montesquieu si ripescano un secolo prima in Shaeckspeare e non certo d'origine baconiana ma novellistica. Certo è che le disposizioni costituzionali vigenti discendono per vari tramiti dal primo modello francese e persistono anche oggi, tramontato il regime assoluto, contro il pericolo di ingerenze o di influenze di altri organi od uffici o di altri personaggi nella amministrazione della giustizia. Rimangono infatti inevitabilmente organi ed attribuzioni ancipiti per l'eser-

cizio della funzione legislativa e per l'esercizio di quella di governo amministrativo, ma gli organi ed uffici giudiziari invece sono nettamente distinti da tutti gli altri ed immuni od immunizzati per quanto possibile, da ogni contaminazione. In questo senso sta scritto nell'art. 101 cap. della costituzione che « i giudici sono *soggetti soltanto alla legge* », intendendo di escludere così ogni subordinazione organica nell'esercizio delle loro funzioni. L'articolo 104 al. (che logicamente dovrebbe precedere gli artt. 102 e 103) dispone: « La magistratura » (cioè l'ordine di funzionari destinati alla formazione degli organi ed uffici giudiziari) « *costituisce un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere* ». L'art. 106 stabilisce in via di massima il modo di nomina dei « magistrati », l'art. 104 nei commi secondo e successivi istituisce un « *consiglio superiore della magistratura* » al quale secondo l'articolo 105 spettano « le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti, « le promozioni e i provvedimenti disciplinari ». Tutta questa materia organizzativa viene così ad essere sottratta agli organi ordinari di governo. Secondo l'art. 108 la materia stessa dovrà poi essere più minutamente regolata sempre nel quadro della costituzione da *leggi organiche apposite* (« Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite per legge »).

II. È questa stessa indipendenza organica la quale rende praticamente possibile che *anche gli atti della pubblica amministrazione* divengano oggetto di *sindacato giurisdizionale* e possano dar luogo a provvedimenti sanzionatori (art. 113 della costituzione). E così possiam vedere (e vedremo) lo Stato che impersonato in diversi uffici diventa sulla scena del giudizio giudicante e giudicabile.

La costituzione non esclude che in determinati casi (che si comprendono nella espressione di « *giustizia amministrativa* ») possano esser investiti della funzione giurisdizionale anche degli organi speciali (giurisdizioni speciali), composti di funzionari provenienti dalle carriere amministrative o adibiti ordinariamente a funzioni consultive e di controllo. Dispone l'art. 103 della costituzione che « Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia « amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti « della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in « particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti sog- « gettivi. || La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di

« contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge. || I tri- « bunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione sta- « bilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto « per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze Ar- « mate ». Però l'art. 108 cap. si affretta a soggiungere: « La legge « assicura l'indipendenza delle giurisdizioni speciali, del pubblico « ministero presso di esse ecc. ».

III. Nell'interno del sistema degli organi giurisdizionali, necessariamente assai numerosi, di diverso tipo e di diversa sede, *l'esercizio della funzione è ripartito o distribuito* secondo certe norme legali *ad hoc* ad alcune delle quali (che scavano per così dire un fosso più profondo) daremo poi il nome di giurisdizione-competenza e ad altre il nome di semplice competenza. E siccome è di essenza dell'ordinamento costituzionale che contro i provvedimenti giudiziari *non* sia dato reclamo o ricorso *ad autorità estranee* (neanche al Presidente della Repubblica, capo dello Stato), si è sentita la necessità di dare nei più dei casi reclamo o ricorso di impugnazione da uno ad altro organo del sistema. Di qui, come vedremo a suo tempo i cosiddetti *gradi di giurisdizione*. Però anche quando sia dato reclamo o impugnazione resta sempre esclusa fra organi ed organi la subordinazione gerarchica: l'organo di grado superiore potrà annullare, riformare o sostituire *ex post* i provvedimenti impugnati, ma non per questo può dare preventivamente ordini, istruzioni, direttive o suggerimenti preventivi all'organo di grado inferiore sul modo di provvedere. In questo senso si è ritenuta garanzia di giustizia l'autonomia e la indipendenza di ciascun singolo organo nel deliberare e pronunciare i propri provvedimenti. Al sommo o al di sopra dei gradi, isolato in un certo senso da tutti gli altri per la singolarità delle sue attribuzioni, sta un *organo unico e « supremo »* che è la *Corte di cassazione*, fino alla quale si possono portare le istanze di regolamento di competenza fra organi inferiori e in ultima istanza i ricorsi per annullamento di provvedimenti finali illegittimi. Per questa via arrivano alla Corte suprema (che giudicherà allora con una composizione speciale che si indica col nome di « *Sezioni unite* ») anche i ricorsi con cui si denunci che rispetto ad un determinato caso tutto il sistema degli organi giudiziari difettava di giurisdizione (o inversamente aveva giurisdizione mentre per bocca dell'uno o dell'altro di essi ha negato di averla) oppure che rispetto ad un determinato caso non sono state rispettate le norme

di discriminazione della giurisdizione-competenza. Si spiega così (salvo chiarir meglio a suo tempo) il disposto dell'art. 111 terzo comma (quello del secondo comma che riguarda i provvedimenti di carattere penale restrittivi della libertà personale, non interessa ulteriormente la nostra materia). Spetterà alla Corte di cassazione (Sezioni unite) decidere in ultima istanza anche dei casi in cui si denunci (sotto il profilo di una questione di giurisdizione) che un provvedimento giudiziario è andato ad interferire nel campo esclusivamente riservato alla attività della pubblica amministrazione o inversamente. Non è ancor chiaro (in attesa di una legge integrativa non ancora emanata) se e quando il caso possa poi esser portato fino alla istituenda Corte costituzionale di cui all'art. 134 della costituzione (conflitto di attribuzione fra i poteri dello Stato?).

IV. Discende dagli stessi ordinamenti fin qui prospettati che ai giudici davanti ai quali si invochi come fonte di diritto una legge spetti di esaminare e di decidere preliminarmente (quando ne sorga il dubbio, e all'effetto di applicarla o meno) se essa (legge) sia stata validamente e legittimamente emanata e sia in vigore. Normalmente essi non potranno risalire a *sindacare il processo formativo della legge* da parte degli organi legislativi dello Stato al di sopra e al di là della promulgazione che ne sia stata fatta dal Presidente della Repubblica a norma dell'art. 73 della costituzione. Ma potranno sindacare, per esempio, i giudici, se un decreto legislativo di cui all'art. 77 secondo comma sia stato tempestivamente presentato per la conversione e convertito in legge nei modi prescritti. Potranno sindacare se sia legittimo il procedimento formativo di una legge minore (regolamento locale o speciale) di una regione, di una provincia o di un comune.

Diverso è il problema se e come spetti al giudice di *sindacare la costituzionalità delle leggi*. Nemmeno le leggi dello Stato possono infatti derogare alla costituzione se non siano formate, promulgate ecc. nelle forme particolari *ad hoc* (artt. 138 e segg. della costituzione); quelle delle regioni non possono derogare a loro volta ai « principi fondamentali delle leggi dello Stato » (art. 117); quelle regolamentari delle Province e dei Comuni neppure alle leggi ordinarie.

Quando sorga davanti ad un giudice la questione della legittimità-efficacia di una di queste ultime disposizioni regolamentari,

nessun dubbio che sia nei suoi poteri di risolvere la questione rispetto al caso concreto e quindi applicarla o non applicarla. Più delicato è il caso in cui la questione sorga rispetto ad una legge ordinaria dello Stato o di una regione, perchè l'art. 134 della costituzione sembra riservare il giudizio alla istituenda Corte costituzionale. Una legge costituzionale del 9 febbraio '48 n. 1 ha chiarito che il giudice ordinario, davanti al quale venga sollevata la questione nel caso concreto, se la ritenga manifestamente infondata può rigettarla e proceder oltre applicando la legge controversa, altrimenti deve *rimetterla per decisione alla Corte costituzionale*. Se la Corte dichiara la incostituzionalità, la legge *de qua* cessa di aver vigore dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. In attesa di questa, il giudizio in cui è sorta la questione sarà sospeso e quindi, siccome la decisione della Corte sopravverrà prima di quella del giudice ordinario, quest'ultimo non applicherà la legge censurata ed annullata. Altre disposizioni della costituzione (art. 127) e stessa legge del '48 (art. 2) prevedono la impugnazione diretta da parte del Governo dello Stato e rispettivamente della Giunta regionale di leggi e regolamenti statali e regionali quando vengano a trovarsi in conflitto fra di loro (cfr. anche l'art. 134 cap. della costituzione).

La Corte costituzionale da un certo punto di vista si potrebbe considerare come organo investito di attribuzioni giurisdizionali speciali o specialissime rispetto ad atti di organi legislativi e a certe categorie di atti di governo e amministrativi. Ma tutta questa materia deve ritenersi riservata agli studi di diritto costituzionale.

Ad I: sulla distinzione delle funzioni: nn. 1 e 8 I; sul sillogizzare del giudice nell'applicazione delle norme: nn. 8 III e 70. *Ad II:* sul sindacato giurisdizionale degli atti della pubblica amministrazione: nn. 41 e segg. *Ad III:* sulla ripartizione delle attribuzioni e sui gradi di giurisdizione: nn. 28, 31 e 32 e segg. con i relativi richiami; sulla competenza: n. 35 con i relativi richiami. *Ad IV:* sul controllo delle leggi e di altre fonti di diritto da parte del giudice: nn. 70 e 77. Sullo stato attuale (transitorio) delle fonti: appendice prima al presente volume.

CAPITOLO SECONDO

LE AZIONI

SOMMARIO: 9. *Concezione dell'azione privata civile come diritto soggettivo.* — 10. *Il tipo e le figure dell'azione privata civile.* — 11. *L'azione privata civile allo stato di pretesa (in concreto).* — 12. *Le eccezioni di merito.* — 13. *Nesso tra l'azione e le eccezioni e i diritti soggettivi sottostanti.* — 14. *L'esercizio delle azioni e delle eccezioni. La deduzione in giudizio e il cosiddetto interesse ad agire ed eccepire.* — 15. *Effetti del giudizio sull'azione. Il giudicato e i suoi limiti. Le preclusioni pro iudicato.* — 16. *La protezione dei terzi contro gli effetti riflessi di eventuali provvedimenti inter alios.* — 17. *Vita e vicende delle azioni: atti dispositivi dell'azione e delle eccezioni fra le parti. Regolamento stragiudiziale di situazioni litigiose.* — 18. *Vita e vicende delle azioni: la stromentazione preventiva delle azioni e delle eccezioni. Garanzie reali e provvedimenti cautelari.* — 19. *Vita e vicende delle azioni: successioni e trasferimenti.* — 20. *Vita e vicende delle azioni: estinzione delle azioni.* — 21. *L'azione pubblica civile e l'intervento del pubblico ministero nelle cause civili.* — 22. *La iniziativa (istanza, ricorso o richiesta) nelle pratiche di giurisdizione volontaria.*

9. CONCEZIONE DELLA AZIONE PRIVATA CIVILE COME DIRITTO SOGGETTIVO. — I. Già parlando della soggettivazione delle norme giuridiche abbiamo accennato alla distinzione fra sanzioni di azione pubblica e di azione privata. Riprendiamo ora *ex professo* il tema, soprattutto per quanto concerne l'azione privata civile senza di che non è possibile intendere a pieno neppure le discipline del processo.

L'azione pubblica penale si risolve in fondo in una attività che il pubblico ministero ha l'obbligo, come s'è detto, di esercitare presso il giudice tutte le volte che abbia la convinzione o lo punge il sospetto che da qualcuno sia stato commesso un reato. Il che dovrebbe portare al risultato che dove reato effettivamente ci sia, il giudice applichi o renda applicabile in concreto la relativa sanzione penale (o altrimenti assolva).

Assai più complesso invece è il fenomeno a cui si allude parlando di *azione civile*. Al quale proposito dobbiamo avvertire innanzitutto che nel nostro linguaggio il nome (azione) può servire, per alludere appunto al fenomeno nel suo complesso, ma può essere usato anche ad esprimere in modo specifico ed analitico dei

singoli momenti giuridicamente ben distinti e inconfondibili. Questa *molteplicità di significati*, che ha dietro di sé una lunga storia di vicende semantiche, collegate al variare nel tempo degli ordinamenti giuridici, è non di rado cagione od occasione di equivoci e di dissensi e bisogna pertanto aver cura di distinguere e di precisare cose e parole; e non confondere le cose solo perchè si confondono le parole.

Rifacendoci dunque da capo: affinchè il giudice entri concretamente in funzione per la (eventuale) applicazione di sanzioni civili è pur necessaria una attività esercitata o spiegata da qualcun altro presso di lui. Ma normalmente non dal pubblico ministero bensì da un soggetto interessato. Cominciamo allora col dire che anche questa *attività de facto* spiegata nelle forme di legge e che fondamentalmente consiste nel proporgli e nello svolgere presso di lui una domanda, istanza, richiesta per vederla possibilmente accolta si esprime col verbo *agire* e quindi (meno frequentemente per dir vero) col sostantivo azione. E questo anzi il significato primitivo dell'espressione e soprattutto del verbo che traduce o riproduce il latino *agere*.

Però per arrivare alla emanazione od applicazione effettiva di un provvedimento di sanzione civile non basta che la iniziativa e la attività provenga da un personaggio qualsiasi. Sappiamo già da quanto abbiamo detto a proposito della soggettivazione e dagli esempi che abbiamo dati di sanzioni civili, che la legge con regole generali e con disposizioni particolari determina *chi* in ciascun caso possa efficacemente proporre al giudice la domanda, la istanza o la richiesta (cioè *agere de facto* con successo). Diremo ora che il soggetto o i soggetti che possono farlo (con successo) *secundum legem* sono *attivamente legittimati* (essi ed essi soli). Costoro sono « padroni » di spiegare o non spiegare quelle iniziative-attività o di spiegarle prima o poi (salvo che sopravvenga nel frattempo una causa successiva di privazione o di interdizione di quella facoltà) e possono determinarsi in un senso o nell'altro, secondo la valutazione che essi facciano del loro proprio personale interesse. In funzione di tale interesse, sono essi che vengono dunque ad avere la facoltà (possibilità, potere) di far cadere o non far cadere sulle spalle dei soggetti passivi i provvedimenti di sanzione, e di rendere o non rendere effettuale la soggezione di costoro a subirli. E vero, che quest'ultimo risultato non possono ottenerlo se non per mezzo del giudice, però è anche vero che il giudice, una volta che

ne sia legittimamente richiesto, non è libero dal canto suo di provvedere o non provvedere, a sua discrezione. Discende dall'ordinamento stesso dell'amministrazione della giustizia, di cui abbiamo parlato nel capitolo precedente che, ricorrendone gli estremi, è matematico che egli (giudice) nell'esercizio delle sue funzioni provvederà. L'esserci di mezzo questo meccanismo di attuazione (teoricamente infallibile) non toglie dunque, che il provvedere dipenda da quei soggetti legittimati ad agire.

II. Si capisce pertanto come quella facoltà giuridicamente concessa (e di cui è garantito l'esito) a carico o nei confronti di altri, possa esser concepita come un *diritto* di quei tali soggetti (legittimati). Nella storia degli ordinamenti romani c'è dato di seguire passo per passo la formazione di quelle regole e correlativamente anche di quella concezione (che ha il suo momento cruciale nella cristallizzazione dell'albo perpetuo avvenuta ai tempi di Adriano imperatore). A questo sviluppo storico si accompagna il trapasso del valore semantico del nome *actio* dal significato originario di attività (*agere*) al significato di diritto di esercitare (con successo) quella attività, significato che vediamo accolto quasi scolpito nelle fonti giustinianee (Istituzioni e Digesto) con la recezione e la generalizzazione a scopo definitorio (come oggi lo leggeremmo e lo intenderemmo noi) di un testo di Celso: *nihil aliud est actio quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*. Questa stessa concezione vediamo accolta oggi, in relazione a regole legali del tutto simili a quelle del diritto giustiniano, nel nostro ordinamento giuridico vigente. E la ragione di riconoscere carattere di diritto soggettivo anche allo *ius persequendi* trova conferma e conforto (e nello stesso tempo rivela il suo valor pratico) quando si constati, come vedremo fra breve, che gli si estendono o gli si applicano molte altre regole relative ai diritti soggettivi in generale (in tema di successione, di atti di disposizione, di cause di estinzione ecc.).

Naturalmente questo *ius* è un *diritto soggettivo tipico sui generis*, che trova il suo posto nel campo e nel quadro delle sanzioni e non dei precetti delle norme giuridiche. E da questo punto di vista anzi l'oggetto del *iudicio persequi* indicato nella definizione romana con l'espressione « *quod sibi debetur* », evidentemente va inteso non nel senso di conseguire un adempimento specifico diretto, ma di conseguire quella protezione soddisfattiva, sostitutiva o ripa-

ratoria *manu iudicis*, in cui si sostanzia la « tutela giurisdizionale » (sanzionatoria). Al qual proposito sarà bene ricordare che nel nostro ordinamento vi sono anche altri esempi di diritti soggettivi, il cui esercizio si risolve nel chiedere e nell'ottenere un provvedimento di autorità (per esempio diritto di conseguire una espropriazione o una concessione in via amministrativa). Piuttosto può sorgere il dubbio se l'azione intesa in quel senso, piuttosto che un diritto autonomo non sia una facoltà già insita in un diritto soggettivo preesistente, dalla cui violazione trae origine l'azione. Ma è questo un problema che ci proporremo più innanzi.

Sulla soggettivazione delle norme giuridiche anche in relazione alle sanzioni bisogna rifarsi dal n. 4. Sull'*agere* in senso processuale: n. 23 e su un preteso diritto pubblico *ad agendum*: n. 30 I. Sulla azione-pretesa (in concreto): n. 11 e sull'esercizio dell'azione nel processo: nn. 14, 30 I, 64 e segg. con richiami. Sul nesso diritto soggettivo primario-azione: n. 13 con richiami.

10. IL TIPO E LE FIGURE DELL'AZIONE PRIVATA CIVILE. — I. La azione ha naturalmente un suo *schema* formale (modulo) tipico. Questo schema-tipo scheletrico si presta a ricevere in sé un contenuto materiale (sostanziale), assai diverso secondo i casi. Ne nascono così altrettante *figure* legali particolari, che costituiscono nel loro insieme la *categoria* di quel tipo (come ci sono del resto delle categorie di figure del tipo: diritto reale, del tipo: diritto di credito o di altri tipi di diritti soggettivi). In conseguenza di ciò, si suol trasferire abitualmente il nome dal tipo generale alle singole figure della categoria, onde si parla per esempio (anche nelle fonti) di *azioni* (figure) al plurale, anziché di azione (tipo) al singolare.

Gli elementi costruttivi costanti dello schema tipico formale (*formula*) si possono ricapitolare così:

identificazione del soggetto o dei soggetti attivi;

item della causa da cui l'azione sorge (*causa petendi*, normalmente costituita da un diritto soggettivo primario, preesistente o sottostante o da un interesse legittimo trasgredito o insoddisfatto);

item dell'oggetto cioè del provvedimento del giudice che si può chiedere ed ottenere (*quid petitionis* che diverrà poi il *petitum*);

item del soggetto o dei soggetti passivi che verranno a tro-

varsi in uno stato di soggezione o di sottomissione diretta al provvedimento del giudice.

Diciamo che sono questi gli elementi costruttivi perchè quante volte la legge conceda una azione (*scilicet* una figura di azione), bisogna che (con le sue regole generali o con disposizioni particolari) determini o dia modo di determinare tutti questi elementi (senza di che non si saprebbe da chi l'azione può essere esercitata, contro chi, per quale ragione o a quale scopo e diverrebbe pertanto impossibile esercitarla con successo). E può essere interessante a questo proposito riprendere il confronto col diritto penale. Nelle disposizioni relative alle sanzioni penali la legge configura come s'è detto, la ipotesi di reati punibili, stabilisce le pene e provvede ad identificare i responsabili. Di più non ha bisogno di dire. Nel campo delle sanzioni civili la legge, per determinare le ipotesi della loro applicazione, bisogna che si serva dello schema delle azioni per designare, come è indispensabile, anche i soggetti volta per volta legittimati e le possibili *causae petendi*.

Tra quei soggetti non figura invece il giudice. E si capisce. L'azione come diritto, secondo la legge nasce senza che esso vi intervenga e, come vedremo, può anche vivere e morire restandogli perfettamente ignota. Potrà bensì venire il giorno in cui essa sia sottoposta al suo giudizio e in cui, per attuarla, egli sia invocato a provvedere, nell'esercizio della sua pubblica funzione di giustizia. Ma all'azione come diritto intanto egli è assolutamente estraneo perchè non vi ha nè potrebbe mai avervi alcun interesse; non ne profitta e non ne soffre; non può esercitarla e non può disporne. Anzi se atti di disposizione dell'azione siano possibili, questi avverranno (e anche questo lo vedremo) tra i soggetti attivi e passivi di essa all'infuori di lui, ciò che è incompatibile con l'idea che ne sia anch'egli (attualmente o virtualmente) un terzo soggetto. I soggetti sono quegli altri, e rispetto a loro il giudice non può essere, se mai, che un meccanismo vivente di cui si potranno servire, ma non mai un soggetto.

II. Ciò premesso, basta pensare alla infinita varietà dei diritti soggettivi primari e dei fatti che ne possono costituire una trasgressione od insoddisfazione, nonchè alla varietà dei rimedi che si possono adottare in via di sanzione (« tutela giurisdizionale »), per intendere quante e quali figure se ne possono comporre. Ciò anche senza contare quei casi particolari, in cui lo *ius persequendi* può sorgere dalla lesione di un semplice interesse.

Esempi se ne possono prendere finchè si vuole da quanto abbiamo detto nel capitolo precedente, ma non sarà male tenerne sotto gli occhi qualcuno in piena luce, così e come ci risulta direttamente dalle fonti legislative. Codice civile, artt. 244 e segg.: nella rubrica troviamo ufficialmente nominate le azioni « di disconoscimento » nonchè « di contestazione e di reclamo della legittimità » e negli articoli che seguono vediamo schierati e composti in bell'ordine, sullo schema generale-formale dell'azione, tutti i dati materiali o sostanziali, da cui queste figure prendono la propria fisionomia particolare ed il nome. Ancora: artt. 948 e segg. dello stesso codice: « azioni a difesa della proprietà ». Qui vediamo chiaramente come da uno stesso diritto (primario, sottostante) possano sorgere diverse figure di azioni a seconda della violazione e del rimedio; e di ciascuna possiamo vedere anche qui esposti e composti tutti gli elementi materiali o sostanziali: così per l'« azione di rivendicazione » (art. 948: « Il proprietario può rivendicare la cosa da chiunque la possiede o detiene... »); così per l'« azione negatoria » (art. 949), per l'« azione di regolamento di confini » (art. 950) e di « apposizione di termini » (art. 951). Con un modestissimo sforzo di interpretazione, potremo ricavare poi *altrove*, che anche altre figure di azione possono servire talvolta indirettamente a difesa della proprietà; così ad esempio l'azione di risarcimento dei danni dell'art. 2043, che per una reminiscenza storica di diritto romano si suol chiamare « aquiliana ». Continuando a sfogliare un po' a caso il codice, troveremo più avanti caratterizzate in termini di tutta evidenza le « azioni a difesa delle servitù » (art. 1079), le « azioni a difesa del possesso » (artt. 1168 e segg.); senza eccessivo sforzo potremo costruire sulla base degli artt. 2740, 2741, 2910 (anche in relazione agli artt. 1218 e segg. e ad una folla di altre disposizioni per i singoli rapporti più particolarmente regolati dalla legge) le azioni creditorie (or nominate or non nominate) per i casi di inadempimento di obbligazioni; ritroveremo nettamente descritte nei loro elementi e nominate l'« azione di annullamento » dei contratti (artt. 1441 e segg.), « di rescissione » (artt. 1447 e segg.), « di risoluzione per inadempimento » (artt. 1453 e segg.). Ancora: azioni di risarcimento, di arricchimento, di responsabilità, di regresso, azione surrogatoria, azione revocatoria e via seguitando. Ci sarebbe già di che rifare con ricchezza di rami e di fronde sui dati testuali delle fonti vigenti, quell'*arbor actionum*, a cui tante cure avevano de-

dicate i nostri vecchi fin dal tempo dei glossatori sulle fonti romane, ma che il codice civile francese e quelli che ne erano più o meno pedissequamente derivati fino al nostro del '65, avevano relegato un po' in ombra. Altre figure, altre formule oltre quelle tipiche, legalmente disegnate e « nominate » in modo espresso, si possono e si debbono poi costruire come abbiamo già avvertito più addietro, in via di interpretazione e molte di queste si possono infatti riconoscere già ben note e in uso anche nella pratica.

Le varie figure di azione (sotto il nome di azioni, al plurale) possono poi essere *classificate e sub-classificate secondo* vari criteri. In fondo, è già una classificazione quando leggiamo nei codici « azioni a difesa » di questo o quel diritto, ma è facile immaginare come se ne possano fare delle altre più estese, per esempio: azioni di stato delle persone, reali, personali, possessorie ecc.; mobiliari, immobiliari; di semplice accertamento, costitutive, di condanna, esecutive. Più avanti troveremo anche degli altri possibili criteri di classificazione; per esempio prescrivibili, imprescrivibili; trasmissibili, intrasmissibili; disponibili, non disponibili, e via distinguendo e suddividendo.

Abbiamo appurato così un secondo significato del nome (azione). E questo si può ritenere il suo *significato normale* quando lo vediamo usato per esempio nel codice civile. Non più il fatto di spiegare una attività (*agere*) presso il giudice, ma il *diritto di esercitarla* e di conseguire con ciò un determinato risultato a carico altrui (*ius persequendi, ius agendi*). Se volessimo misurare il codice civile col metro degli articoli vedremmo che in questo secondo significato l'azione appare (o... traspare) in più che duecento, quasi trecento articoli dei quasi tremila di quel codice.

Ma con questo il nostro esame analitico del fenomeno e dei valori del nome non è ancora esaurito.

Sulla natura e sulle figure delle sanzioni civili: n. 5. Sui riflessi della struttura (formale) dell'azione-diritto, sulla proponibilità di azioni-pretese (in concreto nn. 11, 14, 64, 67 e 68 e (sulle azioni esecutive) 203, 206 e segg. con richiami. Sul rapporto azione-giurisdizione e viceversa: n. 31 con richiami.

II. L'AZIONE PRIVATA CIVILE ALLO STATO DI PRETESA (IN CONCRETO). — I. Arriviamo a toccare uno dei passi critici (*vulgo*: ponte dell'asino) per l'intelligenza degli ordinamenti processuali. La legge costruisce le sue varie figure schematiche di azione privata

(civile) prevedendo delle determinate ipotesi di fatto e poi dispone in forma categorica che dal loro eventuale avverarsi nasce o nascerà uno *ius perseguendi* di cui stabilisce più o meno esplicitamente la *formula* in tutti i suoi elementi. Per esempio, quando dice (art. 948): « Il proprietario può rivendicare la cosa da chi la possiede o detiene... », la legge configura una ipotesi: che qualcuno sia proprietario di una cosa e che questa sia posseduta o detenuta (senza giusta causa o titolo) da altri. Ma è poi categorico che, se questa ipotesi si avveri (*si contingat...*), il proprietario può rivendicare, cioè sorge per lui il diritto di recuperare la cosa sua: azione di revindica. *A contrario sensu* è altrettanto categorico (per la legge): che avverandosi l'ipotesi, soltanto il proprietario e nessun altro ha diritto di rivendicare la cosa e che, se non si avveri l'ipotesi, il diritto di rivendicare non sorge per nessuno. *Ergo*, secondo la legge, l'azione o sorge o non sorge; ma se sorge (per un certo soggetto), è un diritto: *tertium non datur*.

Senonchè all'atto pratico, nella vita vissuta, come si fa poi a sapere *an verum sit* che l'ipotesi si sia avverata, dal che dipenderà in concreto che l'azione-diritto (*ius perseguendi*) sia sorta o non sia sorta? Le opinioni degli interessati e anche dei non interessati possono essere diverse ed opposte. *Quid est veritas?* Il solo che può decidere in proposito ad effetti legali è il giudice.

Conseguenza ineluttabile: la legge per ciò solo che qualcuno vanta o accampa di avere una azione in concreto, bisogna che lo ammetta per intanto (come infatti lo ammette) a chiedere al giudice che provveda. Il giudice gli darà poi ragione o gli darà torto; accoglierà (provvedendo) o respingerà (dichiarando non esser il caso di provvedere). Ma fino a che non si sia pronunciato (cioè *ante rem iudicatam*), la situazione rimarrà questa: che da un lato c'è una *pretesa azione* (di qualcuno contro altrui), cioè (invertendo i termini del binomio) una *azione-pretesa* di fronte alla quale altri recalcitra, revoca in dubbio o quanto meno persiste di fatto in una resistenza passiva, come se l'azione non esistesse.

Si arriva così a questo apparente paradosso: che quella azione che nella legge ci apparisce concepita *in astratto* (in ischema) come un diritto, all'atto pratico e cioè *in concreto* la si vede e la si ritrova soltanto allo stato di *pretesa*, più o meno apertamente contestata. Non vive se non come *pretesa*. Infatti *ante rem iudicatam* non si sa ancora se quel diritto (*ius perseguendi*) in concreto ci sia. Quando poi si arriva alla pronuncia, i casi (schemati-

camente) sono due: o il giudice respinge e allora ne viene a risultare, che in realtà l'azione come diritto non esisteva (non era sorta od era già estinta) oppure il giudice accoglie (e quindi provvede in conseguenza) e allora la azione di solito ottiene con ciò il risultato al quale tendeva, e quindi da questo momento stesso (*post rem iudicatam*) non ha più ragion d'essere e si estingue per soddisfazione: il giudice accerta bensì in questo caso che esisteva come diritto; ma in fondo questo è ormai un giudizio storico.

Si noti però, che nella vita pratica neppure i diritti soggettivi sostanziali primarii (come la proprietà o altri diritti sulla cosa, i diritti di credito ecc.), sono assistiti da una certezza legale. Di solito anzi sono trattati come se siano esistenti in concreto dei diritti affermati e presentati come tali dagli interessati, e più o meno confortati da semplici elementi di credibilità (*instrumenta*, iscrizioni in pubblici registri, pacifico possesso ecc.), salvo regolare poi le conseguenze a tergo, quando si scopra che il diritto affermato in realtà non esisteva. Così, per fare un esempio, la certezza che un credito sussiste, stragiudizialmente si avrà solo... quando il debitore paghi (e allora il credito si estingue). La (relativa) certezza della appartenenza di un diritto di proprietà non si raggiunge che per approssimazioni indiziarie, favorite da istituti ausiliari come il possesso e l'usucapione, le regole che il possesso delle cose mobili val titolo per i terzi acquirenti di buona fede, le trascrizioni dei titoli di acquisto e così di seguito. Tutte le discipline sull'evizione nel trasferimento dei diritti (artt. 1483 e segg. cod. civ. e disposizioni parallele), hanno per presupposto che si possa dedurre in contratto come sussistente un diritto, che in realtà (come si scopre di poi) non sussisteva (e ne vedremo a suo tempo anche delle conseguenze processuali).

Nel caso dell'azione questo fenomeno tocca il suo acme, perchè chi vanta od accampa una azione, di solito deve profilare un fatto antiggiuridico, dal quale dice esser nata l'azione stessa, e deve affermare di poter provocare per conseguenza dei provvedimenti a carico altrui. E' ben difficile che trovi consenzienti coloro che egli addita come soggetti passivi, onde si può dire che è caratteristico delle azioni, più che di qualunque altro diritto, di esser controverse o litigiose, il che equivale precisamente al trovarsi (*ante rem iudicatam*) allo stato di *pretese*. Guardando alla vita pratica si può osservare però, che il più delle volte, allorchè qualcuno accampa una azione-pretesa contestata da altri, ciò che

in realtà si contesta è il diritto primario sottostante. Nello stato di incertezza dell'azione pretesa e contestata in concreto, non si ha pertanto che un riflesso di quella incertezza del diritto sostanziale primario sottostante, della quale parlavamo prima.

II. Dal punto di vista terminologico di qui discende che, all'atto pratico (ed è praticamente inevitabile), il nome di azione si usi anche per indicare la azione-pretesa in concreto, prima che si sappia se effettivamente è fondata o non è fondata. Così, riprendendo il solito esempio, secondo la legge si chiama azione di revindica il diritto concesso al proprietario di rivendicare. Ma se io affermo che una certa tal cosa è mia, che altri la possiede e che io ho diritto di ricuperarla *auctoritate iudicis*, si dice che questa che io affermo, vanto, accampo, propongo in concreto è una azione di revindica, anche se possa succedere che il giudice poi mi dica non esser vero che la cosa era mia oppure non esser vero che quell'altro la possieda.

E siccome qualche volta in pratica si usano le espressioni agire, azione anche per esprimere in sè e per sè l'*attività processuale* spiegata davanti al giudice per chiedergli che provveda, terminologicamente si può comporre questa specie di bisticcio: che con l'azione (attività processuale) si propone al giudice l'azione (pretesa), ed egli dirà se l'azione (diritto) sussiste.

Fortunatamente per noi, pur essendovi delle cosiffatte anfibologie, il contesto basta di solito a chiarire caso per caso il significato in cui è usato il nome. E se qualche volta il significato rimanga ancipite o pregnante, può giovare, più che non nuocere, a certi fini evocativi del fenomeno in sintesi.

Sulla deduzione dell'azione-pretesa nel procedimento di cognizione (« esercizio dell'azione »): nn. 14, 64 e segg. e 67; nei procedimenti esecutivi nn. 203 e 205.

12. LE ECCEZIONI DI MERITO. — I. All'idea di azione-pretesa si collega, come nozione complementare, quella di *eccezione*. Anche qui però ad evitare facili equivoci bisogna avere presenti alcune avvertenze terminologiche.

Nel significato più vago e più generico della parola, si può chiamare eccezione qualunque motivazione o ragione, che possa essere addotta davanti al giudice (o comunque essere presa in considerazione da lui) per non emanare i provvedimenti che gli siano stati chiesti.

Possono prendere così questo nome anche dei motivi desunti unicamente dal modo o dalle modalità adottate nel chiedergli di provvedere (e cioè dalle modalità della azione-attività processuale in se stessa considerata), con effetti contingenti limitati a questo episodio. Si parla allora di eccezioni *processuali* o *di rito*. Queste toccano soltanto le attività processuali; non toccano e non concernono l'azione-pretesa-diritto soggettivo. Per ora, esse non interessano il nostro discorso, salvo riparlare a proposito del processo. Ma genericamente prendono lo stesso nome di eccezioni anche tutti i motivi che possono portare a dichiarare infondate nel suo intrinseco la pretesa. E allora si parla di eccezioni *sostanziali* o *di merito* (in contrapposto a quelle di rito), alludendo con quest'ultima espressione tradizionale (dal latino: *merita causae*) precisamente all'intrinseco cioè al fondamento (*le fond*, come dicono i francesi) del *petitum*.

Qui conviene però distinguere ulteriormente. La pura e semplice *negazione* (contestazione) dell'asserto e quindi della pretesa accampata da altri (« non è vero che... »), non si può chiamare eccezione (di merito), se non in un senso lato ed *improprio*, perchè il giorno in cui la pretesa venga portata davanti al giudice, questo resta già automaticamente investito dell'indagine se l'asserto abbia o non abbia fondamento. La semplice negazione non porta in campo dei nuovi elementi (materia) di giudizio; se io dico sì e l'altro dice no, il punto di questione è sempre uno e non sono due. Meglio pertanto si riserva il nome di eccezione *in senso proprio* ai motivi di rigetto fondati su *altre circostanze*, elementi o dati, sottaciuti od obliterati da chi vanta od accampa l'azione pretesa. E poco importa poi che col motivo proposto in via di eccezione, si tenda ad inficiare la sussistenza o la titolarità del diritto soggettivo primario sottostante o il fatto in cui consisterebbe attualmente la pretesa trasgressione od insoddisfazione o qualunque altro elemento della *causa petendi*.

Per esempio: di fronte al (sedicente) proprietario che revindica, sarà eccezione addurre dei nuovi dati, che tendano ad inficiare il titolo d'acquisto da lui addotto oppure a dimostrare che il possesso o la detenzione della cosa da parte dell'*excipiens* ha una giustificazione giuridica opponibile all'*actor*; di fronte a chi agisce come sedicente creditore insoddisfatto, sarà eccezione addurre dei dati che tendano ad invalidare il titolo, dal quale sarebbe sorto il credito, oppure a sostenere che esso è ancora soggetto a con-

dizioni non avverate oppure che è stato soddisfatto o comunque si è estinto. In questi casi l'eccezione si accampa contro l'azione (pretesa) come una *anti-pretesa* o *contro-pretesa*, della quale occorre far giudizio sebbene in senso opposto. E quando l'azione-pretesa sia portata davanti al giudice, sorge per l'*excipiens* la necessità (o almeno la convenienza) di fatto di spiegare a sua volta delle attività processuali per far conoscere l'esistenza e le conseguenze di questi elementi nuovi (*causa excipiendi* in contrapposto alla *causa petendi*). Anche le eccezioni sono bene spesso tipicamente configurate (e « nominate ») dalla legge *defendendorum eorum gratia cum quibus agitur*. Altre senza dubbio se ne possono costruire (come avviene per le azioni) in via di interpretazione.

C'è nel codice civile una disposizione di carattere generale che dovremo studiare a suo tempo, in cui questa situazione rispettiva è rappresentata al vivo. E' l'art. 2697: « Chi vuol far valere un « diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. || Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce « che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui « l'eccezione si fonda ».

Qualche volta poi una attività dell'*excipiens* per far valere certi motivi di rigetto, diventa necessaria anche di diritto e non solo di fatto, perchè la legge stessa prescrive che il giudice non possa prenderli in considerazione, neanche se già gli risultino *aliunde*, fino a che non vi sia una esplicita istanza dell'*excipiens* in proposito. Esempio tipico: quello dell'eccezione di prescrizione a sensi dell'art. 2938 cod. civ. Si parla allora in questi casi di eccezioni in senso non solo proprio, ma *ristretto* o *ristrettissimo*. E ve ne è esplicita menzione anche nel codice di procedura all'articolo 112.

Talvolta può anche avvenire, che uno stesso fatto possa esser addotto fra le stesse parti a fondamento di un'azione oppure a fondamento di una eccezione, a seconda che l'una o l'altra delle parti prenda per prima l'iniziativa di adire il giudice. Tipici fra questi i casi dell'azione-eccezione di annullamento, di rescissione e di risoluzione dei contratti, quali risultano dagli artt. 1441 e 1442 u. cap. cod. civ., 1449 u. cap. e 1460 stesso codice. In questi ed in altri casi, che vedremo ad altro proposito, si può ottenere dal giudice in via di eccezione un provvedimento di valore e di effetti analoghi a quello che si sarebbe potuto ottenere in via di azione. La pratica parla allora (e non male) di *eccezioni riconvenzionali*.

Su di altre classificazioni possibili (e del resto facilmente immaginabili) delle eccezioni (perentorie, dilatorie, temporali, perpetue, *in rem* od *in personam* ecc.), crediamo sia prematuro o scarsamente concludente indugiare.

II. Naturalmente all'atto pratico ed *in concreto* anche le eccezioni, al momento in cui vengono prospettate al giudice, sono allo stato di una affermazione o asseverazione dell'interessato, cioè allo stato di pretese eccezioni o *eccezioni pretese*. Soltanto dal *dictum* del giudice si verrà a conoscere se l'eccezione-pretesa che gli sia stata proposta sia fondata od infondata. E naturalmente se sia fondata la eccezione si dovrà dire che ne risulta infondata l'azione.

Per completezza terminologica: l'azione-pretesa in quanto proposta al giudice da chi gli si presenti come attivamente legittimato contro altri che (attivamente o anche per mero ostruzionismo passivo) resista, prende l'aspetto e il nome di *controversia, lite* o *causa*. Quest'ultimo (nome) in questa particolare accezione abbraccia così il complesso azione-eccezioni, (*causa petendi* e *causae excipiendi*) e viene a rappresentare la materia (sostanziale) del contendere e quindi la materia-tema del decidere o del provvedere (*thema decidendi*) per il giudice.

Ad I: sulla deduzione delle eccezioni nei procedimenti di cognizione e distinzioni relative: nn. 67, 68, 73, 74 e seguenti. Sulle eccezioni a fondamento di opposizioni nei procedimenti esecutivi: nn. 205, 243 e seguenti. Sull'azione riconvenzionale e sulla affinità e differenza con le eccezioni riconvenzionali: n. 86.

13. NESSO TRA L'AZIONE E LE ECCEZIONI E I DIRITTI SOGGETTIVI PRIMARI SOTTOSTANTI. — I. Quando l'azione nasce (o si dice che nasca) da un diritto soggettivo preesistente (*ut plerumque accidit*), necessariamente ne reca l'impronta, perchè in esso ha radice la *causa petendi* e perchè ad esso deve coordinarsi il *quid petitionis* (come rimedio alla sua violazione od insoddisfazione).

L'oggetto però è diverso ed inconfondibile, perchè l'azione (*ius persequendi*) tende, come suo contenuto finale, al provvedimento sanzionatorio del giudice, ciò che non costituisce certamente l'oggetto del diritto primario. Così, altro è il contenuto della proprietà, altro quello della revindica; altro il diritto del creditore di ricevere e far propria la prestazione (o meglio il *quid* della prestazione) del debitore che paga, e altro il diritto di far espropriare

i di lui beni onde conseguire *manu iudicis* (se sia possibile) quel *quid* o almeno un *quid* equivalente. Vero è soltanto che se il provvedimento (*quid petitionis, petitum*) deve servire di riparazione, restituzione o risarcimento, bisogna che per questo lato tragga la sua natura e la sua misura dal diritto originario (ed è così che nella definizione romana dell'azione abbiamo visto comparire il *quod sibi debetur*).

Dalle stesse origini discende che normalmente (come vuole la logica) soggetti attivi e passivi dell'azione sono i soggetti del diritto primario sottostante. È intuitivo, per esempio, che titolare delle azioni creditorie (cioè a tutela del credito) non possa essere se non il creditore contro il debitore, titolare delle azioni a tutela della proprietà non possa essere se non il proprietario e così di seguito. Ciò non toglie però che qualche deviazione legale vi sia. Qualche volta troviamo, per esempio, che la legge limita la sfera dei soggetti passivi dell'azione, rispetto a quella che sarebbe la sfera dei soggetti passivi del diritto primario. Così nel caso della revindica, passivamente legittimato è soltanto il possessore o detentore e ne potrà derivare per conseguenza un accertamento della proprietà (che di per sé sarebbe un diritto *erga omnes*) con effetti limitati soltanto a costui. Nell'accertamento o contestazione di uno *status* (che è pure un rapporto-diritto *erga omnes*) l'azione è legalmente limitata a certi dati soggetti, però questa volta con effetti (che chiameremo più tardi riflessi) per tutti gli altri. Altri casi di non coincidenza (disarticolazione o slogatura) fra titolarità del diritto primario e legittimazione li vedremo a suo tempo.

Per queste considerazioni riteniamo meno persuasiva la costruzione adottata da altri e secondo la quale l'azione-diritto, come sopra prospettata, non sarebbe in realtà che un elemento (originariamente potenziale) del contenuto del diritto soggettivo primario, che diviene attuale a seguito della violazione o della insoddisfazione o sarebbe addirittura lo stesso diritto soggettivo primario, che si trasforma quando è in istato di insoddisfazione o di trasgressione. Sarebbe come dire, per esempio e in altri termini, che la proprietà è il diritto di godere e di disporre, ma anche di rivendicare, di agire in *negatoria* ecc. o (peggio) che l'azione di rivendica non è che lo stesso diritto di proprietà in istato di sofferenza. Si cancella o si annebbia in questo modo la distinzione fra ciò che discende dai precetti e ciò che discende dalle comminatorie (sanzioni) delle norme giuridiche, e si rende più difficile

dare una giustificazione logica di quelle differenze di struttura che presenta, come abbiām visto, l'azione rispetto al diritto primario e delle diverse sorti che talvolta possono avere, quella e questo. Ancor meno si arriva a dare una spiegazione ed una costruzione attendibile a quei casi in cui l'azione (sia pure in via straordinaria) sorge là dove non preesisteva un diritto soggettivo propriamente detto. E ci si discosta così anche dal pensiero e dalla terminologia delle fonti e segnatamente dal codice civile, che è poi la fonte capitale in materia, nonchè dalla tradizione millenaria alla quale il codice ha attinto. Il che non è senza inconvenienti per l'interpretazione. In ogni modo non sembra di dover dare gran peso a questi divarii dottrinali che forse sono piuttosto di rappresentazione che di concezione del fenomeno, anche perchè la riduzione dell'azione al diritto sottostante, se non si vuole che conduca a risultati aberranti, richiede poi tanti adattamenti e tante rettifiche da rendere quei divarii più nominali che sostanziali.

Vero è invece (e su questo dobbiamo ora richiamare l'attenzione) che allorquando l'azione-diritto *ius persequendi* nasce come diritto derivato e secondario da un diritto soggettivo primario sottostante, questa sua origine ha delle conseguenze che più o meno si perpetuano anche sulla sua vita e sulle sue vicende.

II. Il nesso genetico tra diritto primario ed azione, essendo anche un nesso di scopo finale (tutela del diritto), permane come tale e manifesta, più o meno, i suoi effetti anche nel seguito e cioè nelle possibili vicende dell'azione. Le sorti e il valor pratico dell'uno o dell'altra sono naturalmente interdipendenti fra loro. Lo vedremo anche meglio in tanti casi pratici proseguendo nel nostro discorso. Ma dovrebbe riuscire intuitivo fin d'ora come, per esempio, l'azione non possa sopravvivere nè in potenza nè in atto (*ad quid?*) se non persista il diritto. Se si spegne il diritto, si spegne l'azione. E inversamente se per un qualunque accidente venga meno l'azione, il diritto ne rimane disarmato. Tutt'al più potrà ridursi (almeno in certe direzioni) allo stato di una causa giustificativa di certi eventuali e più problematici effetti. Tale sarà, per esempio, la *soluti retentio*, se un credito non più « azionabile » venga purtuttavia spontaneamente pagato o soddisfatto. Così nel caso di prescrizione di cui all'art. 2940 cod. civ. (con analogia a quanto avviene nei casi di doveri morali e sociali o del costume non « azionabili », di cui agli artt. 627, 1933, 2034 ecc. cod. civ.).

III. Qualche cosa di simile può ripetersi per le eccezioni. Anche le eccezioni sono date in molti casi a protezione di un diritto sottostante. Ma sorgono solo in quanto questo sia attaccato o messo in pericolo da una pretesa altrui in antitesi con esso. Tale antitesi può aver radice talvolta in diritti dello stesso ordine o della stessa natura (come per esempio nel caso di un contrasto di titolarità: ciò che è mio non può esser tuo e viceversa), oppure in un interesse opposto. Tale è generalmente il caso in cui ad un obbligo o ad una soggezione che altri accampi a carico nostro, si contrappone la libertà o la immunità o integrità della nostra posizione giuridica, che può a sua volta prospettarsi in quella relazione come un interesse-diritto di non essere costretto od esposto a subire alcunchè *iniuria*.

Anche fra eccezione e diritto sottostante (attaccato o messo in pericolo dalla pretesa altrui), c'è pertanto una relazione genetica ed una interdipendenza delle loro sorti, del tutto simile a quella che corre, come s'è visto, tra diritto sottostante ed azione-pretesa. Ciò che pure vedremo all'atto pratico parlando adesso della vita e delle vicende delle azioni.

Ad I: sui riflessi della sfera dell'azione sul giudicato: n. 15. Sulle coincidenze o non coincidenze della titolarità del diritto e dell'azione e della veste a stare in giudizio: nn. 33, 45 e 46. *Ad II e III:* sul nesso diritto-azione-eccezione in altre possibili vicende dell'azione: nn. 17, 19 e 20.

14. L'ESERCIZIO DELLE AZIONI E DELLE ECCEZIONI. LA DEDUZIONE IN GIUDIZIO E IL COSIDDETTO INTERESSE AD AGIRE ED ECCEPIRE. — I. Chiunque vanta od accampa una azione, deve necessariamente additare, secondo il suo schema, il fatto o la situazione di fatto da cui ha tratto origine. E ne risulterà additato con ciò (salvo il controllo e il giudizio del giudice) il *dies natae actionis*. Da quel giorno l'azione stessa può esser oggetto di varie vicende (casi della sua vita), finchè giungerà anche per essa, come per tutte le cose di questo mondo, il *dies obitus*, in cui scompare.

Fra le tante vicende possibili, la prima alla quale viene fatto di pensare è che essa venga proposta e sottoposta al giudice perchè provveda. Questo rappresenta in fondo il suo naturale destino. Non a torto infatti vi si ravvisa il suo modo tipico di *esercizio* (rubrica del titolo quarto del libro primo del codice), estendendo anche all'azione la terminologia in uso per gli altri diritti (onde si parla correntemente per esempio di esercizio della proprietà,

esercizio delle servitù, esercizio dei diritti di credito ecc.). Con questa espressione corrente si vuol rappresentare il comportamento o l'atteggiamento con cui il titolare di un diritto ne realizza all'atto pratico il contenuto a suo favore: è la ipotesi, supponiamo, del proprietario che possiede, gode o sfrutta la cosa sua o del creditore che riscuote dal debitore il suo « avere ». Si tratta però di comportamenti o di atteggiamenti che possono essere posti in essere *de facto* anche in relazione ad un diritto semplicemente preteso, creduto o supposto, come per esempio da chi possegga *animo rem sibi habendi* e proprietario non sia o da chi riscuota un indebito. S'intende che se il preteso diritto non sussisteva, chi abbia posto in essere il fatto, ne subirà poi le conseguenze (dovrà restituire, reintegrare, risarcire e così di seguito). Similmente chi abbia o pretenda di avere una azione contro altri, per esercitare questo vero o preteso diritto (*ius persequendi iudicio*) bisognerà che ponga in essere le attività necessarie al perseguire in giudizio. E se la sua pretesa risulterà infondata, non solo se la vedrà respinta dal giudice, ma dovrà, come vedremo, pagare le spese ed eventualmente i danni.

II. L'esercizio dell'azione si inizierà con la proposizione della *domanda giudiziale* (artt. 2907 cod. civ. e 99 cod. proc. civ.). Essa dovrà contenere, come è logico, la richiesta o *istanza*, concretamente rivolta ad un determinato giudice (organo od ufficio), perchè provveda, e la *identificazione dell'azione*, sulla quale provvedere. Quella darà vita al *processo* e questa ne determinerà l'*oggetto*. Bisognerà che il giudice prescelto e « adito » sia competente; bisognerà che siano state osservate le formalità prescritte e che non ostino altri impedimenti processuali. Altrimenti il giudice adito dovrà declinare di decidere e di provvedere. Ma se tutti quanti quegli estremi (requisiti o presupposti rituali o processuali) effettivamente ricorrono, allora il giudice dovrà scendere all'esame della *proponibilità* e del *fondamento* intrinseco dell'azione così come proposta (e per ciò anche delle eventuali eccezioni altrui), accoglierla in tutto o in parte e provvedere in conformità, oppure respingerla.

Parliamo di proponibilità in quanto il giudice, come vedremo poi a suo tempo, dovrà appurare innanzitutto che l'azione-pretesa in concreto si modelli sopra una formula schematica di azione preveduta ed ammessa dalla legge ed appurare altresì che l'azione

stessa sia proposta da chi si presenti come attivamente legittimato secondo la formula medesima e sia diretta contro chi appa-
risca passivamente legittimato. Un esame preliminare dello stesso
genere dovrà fare il giudice per le eventuali eccezioni proposte.
Quando abbia superate queste eventuali questioni pregiudiziali,
scenderà ad esaminare se ricorrano o non ricorrano nel caso con-
creto gli elementi della pretesa *causa petendi* e della *causa exci-
piendi* e andrà costruendo in proposito i suoi sillogismi.

Il proporre al giudice una azione (pretesa) o una eccezione
(pretesa) affinché ne faccia giudizio e provveda in proposito, si suol
esprimere con la locuzione desunta dal linguaggio delle fonti ro-
mane: dedurre in giudizio (*res in iudicium deducta*).

III. L'art. 100 del codice sembrerebbe richiedere, oltre a
quelli che abbiamo prospettati, un altro elemento necessario per
la proponibilità della domanda o della eccezione o almeno per il
loro successo. Dispone infatti: « Per proporre una domanda in
« giudizio o per contraddire alla stessa è necessario avervi in-
« teresse ». E poichè con questo non può certo alludere ad una
necessità puramente meccanica o di forma, si dovrebbe evidente-
mente supporre, che intenda farne un estremo od un requisito
(*condicio iuris*) dell'accoglimento o del rigetto.

Ma stando a quello che siam venuti dicendo finora, questo
ulteriore elemento-requisito non ha una ragion d'essere distinta ed
autonoma. L'*interesse* in realtà è fin dall'origine *elemento inte-
grante* essenziale anzi primordiale, non solo del diritto soggettivo
primario sottostante, ma anche dell'azione (*ius persequendi*). In-
fatti anche quando l'azione, come di regola, derivi da un diritto
soggettivo primario, nasce precisamente allorchè, per effetto di
una trasgressione o di uno stato di insoddisfazione, sorge la ra-
gione e quindi anche l'interesse di chiederne la tutela giurisdizio-
nale. E lo stesso (invertendo i termini) si può ripetere in fondo
per la eccezione, che sorge, per sua natura, come antitesi ad una
azione-pretesa altrui; l'interesse a proporla deriva cioè *eo ipso*
dal fatto stesso che venga proposta la domanda e con la domanda
l'azione-pretesa. Che se all'azione od all'eccezione non preesista e
non sottostia secondo le loro formule un diritto soggettivo pro-
priamente detto ma un semplice interesse protetto, è evidente che
questo sarà elemento base della *causa*.

Verissimo dunque che se non c'è interesse non ci può essere

azione nè eccezione attualmente e realmente sussistente e fondata
(sorta e ancor viva). Verissimo che in difetto di questo estremo
la domanda e rispettivamente l'eccezione *hinc vel inde* proposte
vanno respinte come pretese infondate. Ma questo non è un ele-
mento di più, distinto e diverso, che sopravvenga e si aggiunga
alla azione ed alla eccezione già nata, per renderla accoglibile
(ciò che costituirebbe... la quinta ruota del carro), bensì, come
dicevamo, è già un loro elemento intrinseco.

E lo si vede subito anche esaminando gli esempi pratici che
si soglion dare, di difetto di interesse. Si sentirà dire, per esem-
pio, che non c'è interesse a chiedere la condanna di chi sponta-
neamente offra l'adempimento o la riparazione a cui sia tenuto
(latinetto dei pratici: *frustra petis quod intus habes*). Si capisce.
Manca l'interesse a chiedere una tutela giurisdizionale di cui non
si ha bisogno; l'azione in queste condizioni non nasce o si estin-
gue *eo ipso*. Si sentirà dire che non c'è interesse a chiedere la
condanna altrui per conseguire ciò che si dovrebbe ad altro titolo
restituire (*frustra petis quod mox restitutus es*). Si capisce. Là
dove sorge *eo ipso* l'obbligo di restituire ricevendo, l'azione non
sorge o si estingue. Si dirà ancora che non si possono proporre
azioni od eccezioni *de iure tertii*. Si capisce. L'azione o l'ecce-
zione sorgono soltanto per i soggetti legittimati dalla legge a pro-
porle. Nessuno può proporre per sè un'azione od una eccezione
che spetti soltanto ad un altro. E così seguitando.

Se ne deve concludere dunque, che l'articolo, quando sia esat-
tamente inteso e ridotto al suo vero e solo valore possibile, si
limita a far presente un criterio di ordine pratico, da adottare
nella ricerca se l'azione e l'eccezione proposta siano veramente
sorte a favore di chi le propone. Ciò proprio e precisamente per-
chè l'interesse ne è un elemento originario ed essenziale, e non un
elemento estrinseco in più.

Ed infatti risalendo alle origini storiche dell'articolo, si tro-
va che è stato introdotto per l'appunto a questo scopo. È avvenuto,
cioè, in altri tempi che ci si preoccupasse di questo problema: se
dal solo fatto che altri si vanti a chiacchiere titolare di un di-
ritto che riteniamo esser nostro o vanti verso di noi dei crediti
che secondo noi non ha, sorga azione per far dichiarare infondata
la sua vanteria (azione che allora si sarebbe chiamata « di iat-
tanza »). Col dettato dell'attuale art. 100 (che è tralatizio e de-
riva dal codice precedente) in massima si è voluto o creduto di

escluderlo sotto il profilo del difetto di (reale) interesse alla tutela giurisdizionale. Questa è l'origine del testo. Ma con ciò (torniamo sempre allo stesso punto), in realtà si è voluto semplicemente negare (ed in massima è esatto) che sorga l'azione. Il che naturalmente non toglie che, se dal vanto altrui sia nato un tale stato di incertezza, che impedisca anche di fatto il normale esercizio o godimento del nostro diritto, allora l'interesse alla tutela giurisdizionale può sorgere e cioè sorge l'azione, perchè quello diventa un fatto od uno stato di fatto praticamente lesivo o pregiudizievole. E il rimedio giurisdizionale (tutela-sanzione), che si potrà chiedere, consisterà in una pronuncia di accertamento positivo del diritto (e non negativo del vanto altrui).

Vero è ancora che qualche volta l'entità pratica-economica di una lesione o trasgressione altrui determina la entità del provvedimento che si può chiedere. Così per esempio se si chieda un risarcimento, l'entità-misura del risarcimento che il giudice potrà accordare è data dall'entità-misura del pregiudizio sofferto (articoli 1223 e 2056 cod. civ. e disposizioni connesse). Questa si può tradurre in termini di interesse economico (sulla remota traccia delle formule romane: *id quod interest*). Ma si tratta sempre di un elemento intrinseco e non estrinseco dell'azione cioè della rispondenza proporzionale fra *petitum* e *causa petendi*.

IV. Una diversa ed effettiva importanza può avere poi il profilo dell'interesse per quanto concerne lo sviluppo delle ragioni delle parti e soprattutto l'uso dei poteri stromentali del giudice nel corso del processo per la raccolta degli elementi o dei materiali necessari od utili a formare una decisione. Si capisce che tutto quanto non risulti pertinente, rilevante o concludente a questo scopo non può avere ingresso oppure deve esser per ciò stesso eliminato da quella raccolta. Ora quella pertinenza conclusiva o rilevanza può esprimersi in termini di *interesse processuale* delle parti ad offrire quei materiali al giudice o del giudice ad acquisirli o non acquisirli ed a prestare o non prestare a questo effetto il suo concorso. Questo profilo però riguarda la meccanica o la dialettica e la proposizione di una azione-pretesa attraverso la domanda o la proponibilità e la proposizione di eccezioni in contrario e quindi non può ritenersi contemplato nell'art. 100. Ce ne occuperemo pertanto al momento opportuno e ne vedremo allora qualche applicazione pratica.

V. Dissipate le ombre che possono sorgere intorno a questo tema dell'interesse, e tornando al nostro primo proposto, è manifesto come la proposizione dell'azione-pretesa in giudizio (cioè il suo esercizio) possa rappresentare una vicenda (caso della sua vita) di capitale importanza, perchè qui su questo terreno essa si scontrerà con le eventuali eccezioni e qui si dovrà decidere delle sorti rispettive, a seconda del modo in cui saranno sostenute e fatte valere le rispettive ragioni nel processo (esponendo più o meno felicemente gli argomenti, esibendo o deducendo prove ecc. ecc.). Di più: fin dal momento stesso, in cui la domanda sia proposta, vi potranno essere anche *ante rem iudicatam* delle ripercussioni reciproche del processo sull'azione e viceversa, onde l'essere *in iudicium deducta* rappresenta già per l'azione uno stato giuridicamente rilevante. Per esempio ne resterà sospesa ed interrotta la prescrizione estintiva ed impedita altre cause di estinzione.

Ad I e II: sulla deduzione dell'azione nei procedimenti di cognizione: nn. 25, 64 e segg.; nei procedimenti di esecuzione: nn. 26 e 205. *Ad IV:* sull'interesse nelle attività processuali: nn. 69, 71 e segg. *Ad V:* sulle conseguenze sostanziali della deduzione in giudizio nel procedimento di cognizione: n. 105; nei procedimenti di esecuzione per spropriazione: n. 214 con richiami; sulle proiezioni del processo nel mondo esterno: n. 30. Sull'accertamento come provvedimento di tutela (sanzione) civile: n. 5 con i relativi richiami.

15. EFFETTI DEL GIUDIZIO SULL'AZIONE. IL GIUDICATO E I SUOI LIMITI. LE PRECLUSIONI PRO IUDICATO. — I. L'evento capitale che può sopravvenire a seguito della deduzione delle azioni in giudizio, è rappresentato dai provvedimenti di merito del giudice (se ci si arrivi) e segnatamente dalla eventuale formazione di una pronuncia, munita di autorità di cosa giudicata. Converrà pertanto integrare, in base alle nozioni acquisite nel frattempo, ciò che sommariamente ne abbiamo già detto nel capitolo precedente, parlando delle sanzioni civili.

Risulta dall'art. 2909 cod. civ. già richiamato fino da allora che può avere quella *autorità di cosa giudicata* soltanto un *accertamento* e soltanto se contenuto in una pronuncia (*dictum*) del giudice, emanata a sua volta nelle forme solenni di una sentenza. L'accertamento può esaurire il contenuto della pronuncia o servire soltanto di premessa ad altri provvedimenti (costitutivi, di condanna ecc.). In ogni caso però, per acquistare quella autorità, deve

costituire già in sè e per sè un *provvedimento* cioè la deliberata espressione della volontà (funzione-potestà) normativa del giudice per il caso concreto. Tale non è per esempio una qualunque affermazione di carattere narrativo o una argomentazione che il giudice, il quale come sappiamo ha l'obbligo di motivare, inserisca *per incidens* o *per occasionem* nella sua motivazione.

Lo stesso art. 2909 specifica poi che l'accertamento può assumere quella autorità in modo pieno e definitivo soltanto quando la sentenza che lo contiene sia « *passata in giudicato* ». Ci imbattiamo qui (per la prima volta finora) in una terminologia delle fonti piuttosto disgraziata, perchè si presta all'equivoco. Quella espressione « *passata* » (processualmente o formalmente) in giudicato » usata per una sentenza vuol significare che essa, è ormai divenuta *irrevocabile*, cioè non più soggetta a mezzi (ordinarii) di impugnazione che possano determinarne la riforma o l'annullamento: art. 324 del cod. proc. civile. In questo senso può « *passare* » (processualmente o formalmente) in giudicato » *qualunque* sentenza, anche se non contenga un accertamento, anche se non contenga nessun altro provvedimento di merito sull'azione o sull'eccezione e così, per esempio, può passare formalmente in giudicato anche una sentenza con cui il giudice declini di decidere il merito (per difetti di forma del processo, per incompetenza ecc.). Bisogna dunque non confondere questo fenomeno *meramente processuale-formale* con l'autorità che può assumere un accertamento (di merito), autorità che chiameremo tanto per distinguerla e per intenderci *sostanziale o materiale*. L'art. 2909 col suo inciso sta dunque a significare semplicemente questo: che la pronuncia di accertamento del giudice non può stabilire definitivamente quella certezza legale in cui si traduce la sua autorità sostanziale o materiale, fino a che la sentenza che lo contiene non sia divenuta essa stessa definitiva-irrevocabile e fuori del pericolo di essere modificata o travolta da un provvedimento successivo. E questo evidentemente il codice ha voluto dirlo per contrapposto, *scilicet* perchè *altri* provvedimenti contenuti in una sentenza possono avere invece una efficacia attuale ed immediata (per esempio di titolo esecutivo) mentre la sentenza è ancora impugnabile *ergo* non ancora definitiva-irrevocabile.

II. Sappiamo ancora che la autorità di cosa giudicata materiale o sostanziale dell'accertamento come provvedimento di tu-

tela giurisdizionale (sanzione), trova la sua ragion d'essere là dove intorno ad un diritto od un interesse protetto siano sorte delle incertezze o delle false apparenze, che ne impediscano l'esercizio o ne pregiudichino il valor pratico. Il che del resto avviene (sia detto per chiarezza) anche quando di fronte a chi ha o pretende di avere un diritto, l'altro o gli altri a cui carico stanno o starebbero gli obblighi o le soggezioni corrispondenti, neghino o contestino di esservi giuridicamente tenuti. Sorge in tutti questi casi l'azione del vero o preteso titolare del diritto per ottenere l'accertamento (o puro e semplice o per lo più accoppiato ad altri provvedimenti). L'accertamento costituirà pertanto il *petitum* (o uno dei temi del *petitum*) oggetto dell'azione-*ius persequendi*, ma oggetto-materia dell'accertamento diventerà poi la *sussistenza o persistenza del diritto soggettivo primario*, del rapporto o della situazione sottostante, incerta, perturbata o controversa.

Non è detto naturalmente che l'accertamento riesca positivo (favorevole cioè all'attore). Può essere che il giudice *causa cognita* debba concludere che il diritto, il rapporto, la situazione asserita dall'attore non sussiste o sussiste in modo diverso (ai quali effetti decidendo dell'azione il giudice dovrà conoscere e decidere anche delle eccezioni). Questo eventuale risultato non si risolve però in un « *nulla di fatto* », bensì in un *accertamento negativo*, munito anch'esso dell'autorità di cosa giudicata in senso sostanziale. Il che vuol dire che la deduzione in giudizio di una azione di accertamento (o che implichi una domanda di accertamento) provoca e determina un giudizio a duplice effetto: positivo o negativo, favorevole o sfavorevole. In un caso e nell'altro risolve la incertezza o la contestazione una volta per sempre. Infatti, dal momento in cui si sia formato in questo senso il giudicato, non si potrà più tentare di infirmarlo, nemmeno adducendo di aver scoperte delle nuove ragioni, dei nuovi dati di fatto, delle nuove eccezioni o delle nuove repliche. *Ne bis in idem*: la legge non consente di rinnovare l'esperimento giudiziale. Per ciò si suol dire che il giudicato assorbe e copre il *dedotto* e il *deducibile* ed è tale la « *virtù* » che glie ne deriva per il seguito, che i nostri vecchi spingevano gli effetti della regola che *pro veritate habebitur* fino alle estreme iperboli *facit de albo nigrum, aequat quadrata rotundis* e altre dello stesso gusto.

Da questa premessa discende che tendenzialmente (e salvo espresse disposizioni in contrario) i cosiddetti *limiti oggettivi* del-

l'accertamento e quindi del giudicato dovrebbero identificarsi con quelli del diritto o del rapporto sottostante accertato, quali che siano poi le conseguenze che ne possano derivare nel seguito, anche se non esplicitamente considerate o previste al momento in cui l'accertamento si forma. Si avverta però fin d'ora che, quando esso sia stato chiesto ed ottenuto pregiudizialmente agli effetti di un provvedimento ulteriore, la legge qualche volta consente e qualche volta anzi dispone, che possa avvenire con effetti *relativi* e cioè soltanto dentro i limiti di quel tal provvedimento ulteriore o più esattamente dentro i limiti della azione od eccezione intesa e diretta a quel provvedimento ulteriore (lasciando quindi impregiudicate le sorti di *altre* eventuali e possibili azioni). Ve ne è traccia a contrario nell'art. 34 del codice di procedura. In questo caso evidentemente la legge *restringe* la sfera oggettiva tendenziale dell'accertamento. A parte questo, anche i limiti cosiddetti soggettivi di cui ora parleremo, inevitabilmente finiscono per risolversi in una eventuale limitazione oggettiva (come due facce inseparabili della stessa limitazione).

Ricordiamo infatti che la sfera soggettiva dell'azione (sfera dei soggetti attivamente e passivamente legittimati) di solito coincide con la sfera soggettiva del diritto (rapporto) primario che diventa oggetto dell'accertamento. In questo caso (normale) anche i *limiti soggettivi dell'accertamento* e della sua autorità di giudicato sono quegli stessi *del diritto*. Così se un vero o preteso creditore agisce contro il suo vero o preteso debitore l'accertamento (positivo o negativo) circa la sussistenza del credito avrà i suoi effetti fra loro due (soggetti del diritto e dell'azione). E non ci sarà poi nessun altro che abbia azione per chiedere un diverso accertamento in proposito. Ma se come talora avviene la sfera soggettiva dell'azione sia *più ristretta* di quella del diritto primario, l'accertamento si formerà con effetti relativi limitati ai soggetti dell'azione. Per esempio, se io pretendendomi proprietario di una cosa agisco in rivendica contro Tizio l'accertamento circa la proprietà, che pure è un diritto assoluto *erga omnes*, si formerà unicamente fra me e Tizio soggetti dell'azione. E per conseguenza, se il giudice accerti fra me e lui che il proprietario sono io, questo non impedirà mai ad un qualunque altro Caio o Sempronio di agire contro di me per far accertare che il proprietario è lui. Questo si vuole e si suol esprimere con la regoletta latina *res inter alios iudicata tertio neque nocet neque prodest*. Ed è chiaro come

in ultima analisi questa limitazione soggettiva sia nello stesso tempo anche oggettiva (nell'esempio ora fatto: accertamento della proprietà in una direzione, ma non nelle altre).

Si spiega con questi brevi cenni il valore della disposizione dell'art. 2909, per cui l'accertamento « fa stato ad ogni effetto tra le parti... ». Ma la disposizione prosegue: ... « *i loro eredi e aventi causa* ». Chi sono costoro? Si suol parlare a questo proposito di una successione « nel giudicato », ma è una espressione che di per sé non spiega niente, pone soltanto un problema e lo pone male, perchè non esistono delle regole di successione, che riguardino direttamente e unicamente il giudicato.

La successione può avvenire (e lo chiariremo fra un momento) soltanto nella posizione giuridica di (vero o preteso) soggetto (attivo o passivo) di un (vero o preteso) rapporto giuridico (diritto soggettivo primario) e nella legittimazione attiva e passiva delle relative azioni. Ora quando l'accertamento (positivo o negativo) si sia formato rispetto ad un determinato rapporto, nella sfera soggettiva di una certa data azione che lo riguarda, l'autorità della cosa giudicata si spiega anche per tutti coloro che a titolo universale o particolare sono *succeduti nella titolarità-legittimazione attiva e passiva* di quella data azione. Tutto si risolve dunque nel problema della successione nell'azione-pretesa, problema che dovremo affrontare di proposito in tutta la sua ampiezza, e non soltanto da questo solo (e secondario) angolo visuale del giudicato. Un esempio intanto per chiarire queste parole: Tizio ha proposta una sua azione contro Caio per far accertare che è suo debitore per certi determinati titoli. Il giudice ha accertato: « è debitore ». Questo *dictum* del giudice *pro veritate habebitur a favore* di tutti i successori (eredi e aventi causa) di Tizio legittimati ad agire per quel credito, contro tutti i successori (eredi e aventi causa) di Caio, che subentrino nella legittimazione passiva rispetto a quella azione. Questo vuol dire l'art. 2909. E quali siano poi questi successori, lo vedremo.

III. Dissipiamo intanto un altro possibile equivoco sul valore della regoletta *res inter alios iudicata* con quel che segue.

I terzi a cui qui si allude sono tutti coloro che abbiano una propria azione da esercitare od una propria eccezione da proporre *de eadem re*, ma che siano fuori della sfera soggettiva della azione già esercitata. Basta ripensare all'esempio dell'azione di rivendica

felicemente esercitata contro Tizio che però non esclude la revindica di Caio o di Sempronio.

Però intendiamoci bene: il fatto che fra determinate parti si sia formato, e che spieghi i suoi effetti tipici fra di loro, un accertamento con autorità di cosa giudicata, è un fatto che si è ormai storicamente avverato e nessuno può più negare che si sia avverato (fra di loro). Questa non è una regola puramente legale ma è per così dire *in rerum natura*. Così se due persone concludano un contratto, il contratto avrà effetto fra di loro (art. 1372 cod. civ.), ma nessuno potrà negare il fatto che quell'accordo contrattuale sia stato concluso e valga fra di loro; così del resto se uno rompa la testa all'altro la testa rotta è questa, ma nessuno al mondo può negare che sia rotta. Il che resta vero anche se dal fatto accaduto derivino poi delle *conseguenze riflesse e indirette* per quei terzi, che non abbiano azione per chiedere un diverso accertamento a proprio favore. Se io ho revindicato con successo una cosa da Tizio e il giudice ha accertato nei confronti di Tizio che la cosa è mia, Caio o Sempronio (abbiam detto) non saranno impediti dall'esercitare a loro volta una loro azione di revindica. Ma i semplici creditori di Tizio non potranno più considerare la cosa come elemento del patrimonio di lui per agire esecutivamente su di essa e potranno invece agire esecutivamente i miei creditori. Questa è una conseguenza riflessa dal fatto storico che nell'azione di revindica io ho vinto, ottenendo l'accertamento e il recupero della cosa a mio favore.

La legge non ignora e non trascura questo fenomeno (degli effetti riflessi) per i terzi tanto che accorda loro una certa protezione, che vedremo prossimamente, per ovviare a questi effetti se risultino ingiustamente pregiudizievoli ai loro interessi.

IV. Queste regole ordinarie sono soggette a qualche (vera od apparente) *deviazione legale* in casi particolari e danno luogo talvolta a dubbi e discussioni anche sulla distinzione tra effetti diretti e riflessi. Per esempio è secondo noi una disposizione di carattere eccezionale quella dell'art. 1306 cod. civ. sulla eventuale efficacia (*secundum eventum litis*) del giudicato per i *condetentori o concreditori solidali* (disposizione estesa poi alle obbligazioni *indivisibili* dall'art. 1317). Altre deviazioni troviamo in certi casi di legittimazione anomala di cui ci mancano ancora gli elementi necessari per rendercene conto.

Un ordine di casi intorno a cui si è discusso se l'efficacia dell'accertamento sia disciplinata dalle regole generali o da altre non bene identificate regole eccezionali, è quello che riguarda lo *stato delle persone* (per es. stato di figlio legittimo o naturale, stato di coniuge ecc.). Secondo noi la interpretazione da adottarsi è questa: che sebbene lo *status* in sé e per sé sia un rapporto *erga omnes*, la legge considera tuttavia (almeno di solito) certi determinati soggetti come i titolari principali (e contrapposti) di quel rapporto (per esempio circa lo stato di figlio considera soggetti principali il figlio e i genitori, circa lo stato matrimoniale la moglie ed il marito ecc.). E allora quando per effetto della struttura di una determinata azione e della relativa legittimazione l'accertamento dello *status* si sia formato tra quei soggetti-titolari principali (o in loro confronto), tutti gli altri vengono ad esser considerati e trattati come semplici interessati di riflesso e restano esposti a subire le conseguenze del fatto che quell'accertamento si sia formato. Così per esempio se l'accertamento positivo o negativo circa la filiazione si sia formato tra il vero o supposto figlio ed i veri o supposti genitori o quello dello stato di coniuge si sia formato fra moglie e marito, il fatto che si sia formato fra di loro spiega ormai i proprii effetti riflessi *erga omnes*.

Sono questi per altro dei casi (o dei problemi) particolari la cui soluzione va ricercata nel diritto sostanziale, onde qui dobbiamo limitarci ad accennarvi in via meramente esemplificativa.

V. Tutto ciò che abbiamo detto finora vale per i provvedimenti di accertamento. Resta a vedere quale autorità abbiano quanto alla certezza e alla contestabilità o incontestabilità dei risultati, altri provvedimenti di tutela giurisdizionale (sanzione civile) che *non implichino o non richiedano un accertamento*. Sappiamo, per esempio, che si può procedere ad esecuzione forzata processuale anche in virtù di titoli esecutivi stragiudiziali, senza che si accerti giudizialmente se il credito in realtà sussiste. Sol tanto se i soggetti passivi insorgano, opponendosi alla esecuzione prima che sia compiuta, potrà sorgere un giudizio di cognizione e sboccare in un accertamento. Ma se opposizione non vi sia e l'esecuzione giunga indisturbata fino al suo termine, questo rappresenterà egualmente qualche cosa di irrevocabile e di irreparabile. Da questo momento nessuno potrà più insorgere contro il fatto compiuto per distruggerlo od infirmarlo. E in questi limiti si avrà

un risultato pratico, simile a quello che si avrebbe, se fosse coperto dal giudicato. Si può parlare pertanto in questi casi di *preclusioni pro iudicato*. E il fatto compiuto avrà le consuete conseguenze riflesse anche per i terzi.

La differenza rispetto ai provvedimenti di accertamento è questa: che il diritto non accertato potrà esser rimesso in questione anche fra le parti, quante volte ciò possa avvenire senza intaccare il risultato pratico ottenuto coi provvedimenti anteriori. Per esempio si supponga che un (vero o preteso) creditore sia munito di un (vero od apparente) titolo esecutivo stragiudiziale (per esempio un atto pubblico) per conseguire delle prestazioni periodiche o parziali in tempi successivi. Costui procede, supponiamo, ad esecuzione forzata per una prima rata senza opposizione. Ciò che abbia percepito non può più essergli giudizialmente ritolto. Ma se poi agisca per conseguire un'altra rata, potrà ancora essergli opposto, con effetto per questa altra rata e per quelle a venire, che il credito non sussiste. L'eccezione è opponibile precisamente perchè sulla sussistenza del credito non si è formato un accertamento munito di autorità di cosa giudicata. Questa stessa soluzione deve valere, secondo noi, per certi provvedimenti che quanto agli effetti tengono luogo di una condanna, ma sono preceduti soltanto da una cognizione sommaria del giudice senza un vero e proprio accertamento (decreto di ingiunzione, licenza per finita locazione), del che sarebbe ora prematuro di occuparci.

Ad I e II: sull'accertamento occorre rifarsi dai nn. 5 e 13, con richiami. Sulla proiezione del processo nel mondo esterno: n. 30. Sui successori e aventi causa: n. 48. *Ad III:* sulla protezione dei terzi: n. 16, con richiami. *Ad V:* sulle preclusioni *pro iudicato* a seguito di esecuzione forzata, n. 244, a seguito di decreto di ingiunzione n. 187 e licenza convalidata senza opposizione, n. 191.

16. LA PROTEZIONE DEI TERZI CONTRO GLI EFFETTI RIFLESSI DI EVENTUALI PROVVEDIMENTI INTER ALIOS. — Contro le conseguenze riflesse pregiudizievoli per i « terzi », la legge accorda loro, come abbiamo annunciato una certa protezione.

Questa si manifesta soprattutto nella possibilità e quindi nella facoltà di intervenire nel processo per sostenere le ragioni dell'una o dell'altra parte principale, a seconda che sia di loro interesse (per le conseguenze), che il giudice decida e provveda in un senso o nell'altro. E dobbiamo vedere in ciò una specie di *legit-*

timazione minore data a certi soggetti, soltanto al limitato effetto di coadiuvare altri, là dove non potrebbero invece agire *capite proprio* in modo autonomo.

Riprendendo il solito esempio della revindica, supponiamo che una delle due parti abbia locata ad altri la cosa controversa. Il conduttore non è parte principale dell'azione nè del giudizio, ma è chiaro che se il suo locatore resti soccombente, egli (conduttore) non potrà avere da lui il possesso e godimento della cosa locata. In difesa di questo suo interesse in pericolo, egli potrà intervenire in giudizio per sostenere le ragioni del suo locatore. Altrettanto dicasi per il subconduttore che sarebbe pregiudicato dalla pronuncia di nullità o di risoluzione del contratto di locazione (art. 1595 cod. civ.). E' discutibile invece, se possa intervenire un creditore qualsiasi di una delle due parti, allegando di avere interesse a che una certa cosa controversa non esca dal patrimonio del suo debitore (o vi rientri anche di fatto), in quanto il patrimonio di costui costituisce la garanzia del pagamento dei debiti a sensi dell'art. 2740 cod. civ. In qualche caso la legge ammette espressamente l'intervento dei creditori. Così, per esempio, nei giudizi divisionali (arg. dall'art. 1113 cod. civ.). Ma dove la legge non disponga, è prevalente l'opinione negativa, a meno che, ben si intende, non ricorrano gli estremi della surrogatoria di cui all'art. 2900 cod. civ., e cioè non avvenga che la parte principale trascuri completamente di far valere le sue ragioni (diritti, azioni ed eccezioni).

Il fenomeno dell'intervento *ad adiuvandum* trova la sua base testuale nella disposizione dell'art. 105 cap. del codice di procedura: (un terzo) « può altresì intervenire per sostenere le ragioni » ni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio interesse ». In tal caso i provvedimenti del giudice faranno stato (secondo la espressione dell'art. 2909 cod. civ.) anche per il « terzo » intervenuto (e processualmente quindi non più terzo), invece di avere per lui degli effetti meramente riflessi. Se poi un terzo, realmente interessato, non intervenga, e si trovi pregiudicato di fatto dalla pronuncia, la legge si spinge talvolta fino a dargli un rimedio contro la sentenza, che si chiama *opposizione di terzo* (art. 404 cod. proc. civ.) e di cui parleremo a suo tempo. In apparenza, qui si tratta soltanto di episodii del processo, ma essi hanno radice nei fenomeni di diritto sostanziale dove trovano, del

resto, dei significativi riscontri in tema di protezione dei terzi anche contro le conseguenze riflesse di negozi giuridici altrui.

Un caso limite, che merita di esser particolarmente segnalato fin d'ora in questo senso, è il seguente. Di regola, se qualcuno alieni negozialmente i proprii beni, questa è *res inter alios acta* giuridicamente indifferente per i terzi estranei all'atto (art. 1372 cod. civ.). Ma se un debitore alieni simulatamente oppure alieni in frode dei suoi creditori (per privarli delle garanzie patrimoniali dei loro crediti), la legge concede a questi ultimi una azione per far accertare (svelare) la simulazione (art. 1415 cap. cod. civ.) o per far revocare nel proprio interesse l'alienazione fatta in frode (artt. 2901 e segg. cod. civ.). Supponiamo adesso che il debitore, invece di alienare, colluda con un compiacente compare, per farsi fittiziamente rivendicare da costui dei beni, cosicchè questi beni passino nelle mani di costui (rivendicante) per effetto di un provvedimento del giudice sofisticato da quel dolo delle parti. Contro la sentenza del giudice la legge accorda ai terzi creditori pregiudicati l'opposizione di terzo; (lo si ricava dalla disposizione particolare dell'art. 404 capov.). Di qui e da altre disposizioni del codice si può poi argomentare che costoro possano anche intervenire in precedenza nel processo per impedire la pronuncia falsata ai loro danni (arg. per es. dall'art. 344 cod. proc. civ.). Dal che è ben chiaro come l'intervento serva in realtà a fini di tutela giurisdizionale degli interessi del terzo, e non a favorire a suo profitto l'una o l'altra delle parti principali.

Al punto in cui siamo è questo che ci premeva di porre in luce in relazione al regime delle azioni del quale ci stiamo occupando. Di tutto il resto ripareremo nella trattazione dei procedimenti.

Sull'intervento nel processo di cognizione: nn. 123 e seguenti. Sulle opposizioni nel procedimento di esecuzione: n. 245. Sulle opposizioni di terzo contro le sentenze: n. 180. Sull'intervento del pubblico ministero e sulla impugnazione da parte sua: n. 21.

17. VITA E VICENDE DELLE AZIONI: ATTI DISPOSITIVI DELL'AZIONE E DELLE ECCEZIONI FRA LE PARTI. REGOLAMENTO STRAGIUDIZIALE DI SITUAZIONI LITIGIOSE. — Dal concepire l'azione come diritto si deriva che le siano applicabili (almeno tendenzialmente) molte altre regole relative ai diritti soggettivi in generale. Poniamo al primo posto fra queste la disponibilità e negoziabilità *inter*

partes, che si estende necessariamente, e per identità di ragione, anche al regime delle eccezioni.

Ci possono essere degli atti di *disposizione* che vanno ad incidere (in modo mediato od immediato) sulla *esistenza* stessa o sulla *proponibilità* di azioni e di eccezioni, e allora il loro regime (ammissibilità, efficacia, effetti) è precipuamente influenzato dalla considerazione di quel nesso col (vero o preteso) diritto soggettivo primario sottostante che abbiamo già precedentemente posto in luce. Altri atti possono avere invece per oggetto soltanto le *modalità dell'esercizio* e allora ha influenza sul loro regime non più soltanto la considerazione del diritto sottostante, ma anche (e soprattutto) la indagine se le modalità delle quali si tratta, siano introdotte dalla legge nell'interesse delle parti o nell'interesse superiore della giustizia. Qui dovremo limitarci *more solito* ad additarne gli esempi tipici più significativi e più importanti per noi.

Le *rinunce abdicative* al diritto primario sottostante (laddove siano ammesse dalla legge) determinano automaticamente la estinzione delle relative azioni ed eccezioni, anche se la volontà del rinunciante non le abbia particolarmente tenute in considerazione. Viene meno infatti con ciò uno degli elementi essenziali della *causa petendi*. Ma la rinuncia può anche avere per oggetto, secondo la volontà del rinunciante, l'azione in sè stessa considerata, anzichè il diritto sottostante. In questo caso si estingue l'azione, ma non anche necessariamente il diritto; e perciò può essere talvolta rinunciabile una azione, anche là dove non sia rinunciabile il diritto stesso. Evidentemente però questo sopravvive in tal caso privato o mutilato di uno strumento di protezione. Così sono rinunciabili, per esempio, le singole azioni nascenti da un diritto di proprietà, sebbene non sia rinunciabile di regola (in via abdicativa) la proprietà stessa. Si può rinunciare alle azioni a tutela d'un credito, senza però rinunciare al credito stesso (che pure sarebbe anch'esso rinunciabile). E se questo rimanga completamente sprovvisto di azione, si ridurrà allo stato di una obbligazione naturale col solo effetto delle *soluti retentio* (analogia al caso dell'art. 2940 cod. civ.).

Altro esempio di atto di disposizione (che può essere unilaterale o bilaterale) concernente l'azione, senza ferire in radice il diritto (e solo limitandone la protezione), può essere la *scelta in*

via negoziale fra più azioni, ammesse dalla legge in via alternativa (ad esempio nel caso dell'art. 1453 cod. civ.).

Un contratto bilaterale, nel quale vengono necessariamente in considerazione il rapporto giuridico e quindi il diritto primario sottostante, ma nello stesso tempo anche le relative azioni ed eccezioni è il contratto di *transazione* (artt. 1965 e segg. cod. civ.) espressamente preveduto e regolato dalla legge, in materia ben s'intende di diritti « disponibili ». La causa tipica del contratto è precisamente quella di por termine « ad una lite già incominciata » o « prevenire una lite che può sorgere ». Lo spediente consiste bensì nell'introdurre (« con concessioni reciproche ») delle modificazioni nei rapporti sostanziali sottostanti, ma con ciò anche le azioni ed eccezioni originarie vengono a cessare ed estinguersi per il venir meno della loro *causa petendi vel excipiendi* o quanto meno verrà ad esserne ridotto il contenuto e l'oggetto dentro i termini del nuovo titolo sul quale ormai si appoggiano.

La possibilità di rinunciare e di transigere costituisce il presupposto della *conciliazione* delle vertenze, anche in sede giudiziale (art. 185 cod. proc. civ.). A sua tempo vedremo che costituisce il presupposto di quei fenomeni che i pratici chiamano, di *arbitrato libero* od *irrituale*.

Dal nostro punto di vista, possono considerarsi come negozi che investono nello stesso tempo i diritti e le azioni, i *concordati* (amichevoli, fallimentari e prefallimentari: artt. 124 e segg., 160 e segg. legge fall.), ma sono di gran lunga più complessi dei semplici negozi individuali, in quanto involgono tutto un « ceto » di creditori collettivamente deliberante.

Tutti questi atti e negozi (per non parlare di altri) non impediscono materialmente la riproposizione della azione o dell'eccezione originaria. Ma se vengano riproposte si urteranno in una *eccezione* (o *replica*) di *rinuncia*, di *transazione* (*rei per transactionem finitae*), di *novazione* ecc., per cui il giudice dovrà declinare di riprenderle in esame nel merito e dovrà rigettarle senz'altro. E qui si vede, come quegli atti spieghino i loro effetti, pur avendo per oggetto le azioni o le eccezioni, mentre queste sono ancora allo stato di pretese (*ante rem iudicatam*). Essi forniscono infatti una ragione di rigetto (in merito) pregiudiziale a tutte le altre, e che si può ridurre a questo schema: « la azione o la eccezione in sè e per sè poteva esser fondata oppur no; ma ormai questo non ha più importanza, perchè, anche se fondata, dovrebbe in ogni

caso e in ogni modo esser respinta in virtù dell'atto di disposizione compiuto dalle parti; altro non resta che respingere *illico*, per questo motivo, senza far luogo ad altre indagini ».

A risultati analoghi, ma transitorii, possono portare dei patti coi quali per esempio venga consensualmente differito l'esercizio dell'azione allo scadere di un certo termine o al verificarsi di una certa condizione (*pactum de non petendo nisi...*).

Atti di disposizione relativi alle modalità di esercizio dell'azione e anche di certi elementi della sua struttura (ma consentiti dalla legge), possono essere, per esempio, il *compromesso in arbitri* nonchè la *clausola compromissoria* (artt. 806 e 808 cod. proc. civ.) ed anche la *clausola di deroga convenzionale alla competenza ordinaria* (artt. 28 e 29 cod. proc. civ.). Tocca più profondamente la struttura dell'azione e non più soltanto le modalità di esercizio, il conferimento consensuale agli arbitri od anche al giudice di poteri di *decisione secondo equità* (artt. 822 e 114 cod. proc. civ.). Altri casi minori ne vedremo trattando dei procedimenti ai quali più strettamente si intrecciano.

Sugli effetti estintivi di atti di disposizione: n. 20. Sul compromesso e sulle clausole compromissorie nonchè sugli arbitrati liberi: nn. 263 e segg. e 272. Sulle deroghe convenzionali alla competenza: n. 99. Sulla decisione del giudice secondo equità: nn. 72 e 112. Sulla conciliazione: nn. 7 e 112.

18. VITA E VICENDE DELLE AZIONI: LA STROMENTAZIONE PREVENTIVA DELLE AZIONI E DELLE ECCEZIONI. GARANZIE REALI E PROVVEDIMENTI CAUTELARI. — La legge prevede o preordina la possibilità di dotare, per così dire, i diritti soggettivi (per loro natura controvertibili) di mezzi o di stromenti atti a creare intorno a loro una relativa certezza o attendibilità. Questi naturalmente spieghino i loro effetti utili quasi come un loro armamento a difesa, anche (e soprattutto) nei momenti di crisi, quando cioè occorra chiedere protezione o riparazione (tutela giurisdizionale) per il diritto attaccato, minacciato o leso, sia che ciò avvenga in via di azione che di eccezione. Anzi si può dire non di rado, che quegli stromenti vengono creati proprio in vista di questi eventuali momenti di crisi, e allora, piuttosto che come amminicoli del diritto, si presentano come *amminicoli dell'azione o della eccezione*.

Tali si può dire che siano tipicamente i *titoli esecutivi* di formazione stragiudiziale, che consentono cioè di chiedere ed otte-

nere l'esecuzione forzata senza far precedere un accertamento in via di cognizione. Tali sono anche le *prove precostituite*, alle quali la legge stessa attribuisce una particolare e prestabilita efficacia in giudizio. La creazione di questi sussidi o amminicoli delle azioni o delle eccezioni, si può considerare pertanto come un episodio che attiene alla loro vita ed alle loro vicende, tanto più che una volta creati, essi rimangono in qualche modo inerenti all'azione o all'eccezione, e possono infatti essere usati od utilizzati da tutti coloro e contro tutti coloro, che vengono ad avere la posizione di soggetti attivi o passivi dell'azione (e per conseguenza anche dai successori ed aventi causa di cui parleremo; arg. anche dall'art. 1262 cod. civ.).

Agli amminicoli dell'azione appartengono secondo noi anche i *diritti di prelazione* (privilegi, ipoteche, pegni). In tutti questi casi viene impressa su certi dati beni del debitore (o quando si tratti di ipoteche o di pegni, eventualmente anche di terzi), una specie di destinazione specifica a servire per la soddisfazione preferenziale di certi crediti in sede di esecuzione forzata per appropriazione. Il che si tradurrà praticamente in un diritto a collocazione preferenziale di quei crediti nel reparto del ricavato. Che se poi il diritto di prelazione « ha sequela » (casi delle ipoteche, dei pegni e di certi privilegi) la destinazione rimane impressa sui beni, sebbene al momento dell'esecuzione non si trovino più nel patrimonio del debitore (o dell'originario concedente) e siano passati in proprietà di terzi. Infatti quando studieremo i procedimenti esecutivi, vedremo introdotta per queste ipotesi anche la spropriazione a carico del terzo proprietario. In ciò si suol vedere da molti un diritto reale di garanzia dei crediti. Certo si è in ogni modo che quella destinazione spiega i suoi effetti fondamentali solo nell'esercizio dell'azione esecutiva e quindi è direttamente ed indiscindibilmente collegata con questa, anche se per riflesso avvantaggi la posizione sostanziale del creditore. Per ciò diciamo che appartiene agli amminicoli dell'azione (e solo indirettamente del diritto primario di credito).

In certo senso tutto particolare, agli amminicoli dell'azione si possono ascrivere altresì certi provvedimenti che si possono chiedere ed ottenere allo scopo di assicurare *de futuro* il pratico successo di una azione (principale), ancora da esperire, o ancora in via di esperimento. Invano infatti il creditore o l'avente diritto otterrebbe per esempio una sentenza di condanna, se dopo

averla ottenuta non trovasse più su che eseguirla. Questi provvedimenti servono a prevenire una delusione di questo genere, e si possono ottenere dal giudice con certi procedimenti speciali appositi che chiameremo *cautelari* (tipo il sequestro, sia conservativo che giudiziale). E sono in fondo dello stesso tipo, sebbene con uno scopo stromentale diverso, anche altri provvedimenti e procedimenti intesi alla formazione o conservazione preventiva di prove giudiziali (prove testimoniali e accertamenti peritali « *a futura memoria* »). Anche queste prove così raccolte, ineriscono all'azione o talvolta all'eccezione principale, e i risultati sono utilizzabili infatti da tutti e contro tutti i soggetti dell'azione (compresi i successori ed aventi causa). Anche di questi pertanto bisogna tener conto, sia pure come di episodi collaterali nel quadro della vita o delle vicende delle azioni.

Sulla formazione di titoli esecutivi stragiudiziali: n. 207. Sulle prove precostituite: nn. 78 e segg. Sui diritti di prelazione: nn. 218 e 219. Sui provvedimenti cautelari: n. 27 con richiami.

19. VITA E VICENDE DELLE AZIONI: SUCCESSIONI E TRASFERIMENTI. — I. È consono alla natura delle azioni che se la legge non disponga diversamente siano suscettibili come abbiām detto di successione, come gli altri diritti soggettivi.

L'idea di *successione* sembra in se stessa di facile intendimento, fino a che la si riferisca ad un diritto effettivamente sussistente (o che si pensa come sussistente) in concreto. Ma le azioni civili vivono, abbiām detto, allo stato di pretesa, che un bel giorno può risultare infondata. E allora in questa ipotesi, come può esservi una successione? E in che cosa si succede, se in realtà l'azione-diritto non c'è? Eppure la legge bisogna che istituisca un regime che consenta a qualcuno di far valere *ex capite* del precedente (vero o supposto) titolare *a quo l'azione-pretesa*, altrimenti ne rimarrebbero praticamente sacrificate ed estinte, al momento del trapasso, anche le azioni effettivamente fondate, ma di cui *ante rem iudicatam* non si sa ancora se lo siano.

Il caso più semplice è quello della successione *a titolo universale*, perchè nell'*universum ius* è agevole intendere come rientri anche la successione in determinate *posizioni o situazioni* giuridiche del defunto, non necessariamente collegate ad un diritto soggettivo effettivamente esistente. Si dice per esempio che l'erede succede nei crediti del defunto; e questo è vero se il credito effet-

tivamente sussiste. Ma se il credito sia contestato, in che cosa succede l'eredità, se non nella situazione di farlo (o di poterlo far) valere, con successo o meno?

Per quanto concerne le azioni, il caso pratico davanti al giudice si presenterà e si svolgerà così: qualcuno accamperà di avere una azione, non in quanto, a suo dire, essa sia nata originariamente per lui, a favor suo, ma in quanto, a suo dire, sia nata *quondam* a favore di un altro (defunto), del quale egli afferma di essere successore *in universum ius*. Il giudice, al quale venga proposta in questi termini l'azione, dovrà porsi allora pregiudizialmente questo quesito: supponendo per ipotesi che l'azione accampata sussistesse *quondam* per il defunto, avrebbe avuto luogo la successione? Se il giudice debba risponder di no sul quesito pregiudiziale, dovrà rigettare senz'altro la domanda, perchè l'azione (pretesa) non gli risulta attualmente proposta da chi possa proporla. Se viceversa egli debba risponder di sì, dovrà conoscerne e deciderne, come di pretesa proposta da chi poteva proporla. E allora i casi sono ancora due: o deciderà che l'azione sussiste (o almeno sussisteva al momento della successione) e vorrà dire che successione effettivamente c'è stata, oppure deciderà in senso opposto, e vorrà dire che non c'è stata successione (perchè evidentemente non si può succedere in un diritto che non c'è), ma che della sussistenza dell'azione si è discusso e deciso in confronto di chi poteva accampare a quell'effetto la pretesa. Per conseguenza, si potrà formare il giudicato sul merito, tanto in senso positivo che in senso negativo.

Ciò che diciamo così della successione *dal lato attivo*, si può trasportare alla successione *dal lato passivo* (cioè alla successione nella posizione di passivamente legittimato secondo lo schema della azione-pretesa vantata contro di lui). Il successore sarà esposto all'esercizio della azione pretesa, subentrerà nel diritto di difendersi contro la pretesa, subentrerà nella proponibilità delle relative eccezioni e così di seguito. E la ragione di farlo subentrare in quella posizione giuridica *ante rem iudicatam* (e cioè prima che si sappia se l'azione sia effettivamente sussistente e fondata) è sempre la stessa, e cioè che altrimenti ne rimarrebbero praticamente estinte al momento del trapasso anche le azioni effettivamente fondate.

Naturalmente però, chi si presenta come erede e successore nell'azione dovrà prendere *eo ipso* la posizione che rispetto ad es-

sa aveva il defunto (*de cuius*). Per conseguenza, se l'azione era già dedotta in giudizio, egli, per farla valere, dovrà subentrare anche nel processo pendente *in statu et terminis*; e sono invocabili da lui od opponibili a lui gli atti di disposizione, come gli atti processuali, compiuti dal defunto o nei confronti del defunto, sia che riguardino l'esistenza che le modalità dell'azione; *item* sarà proponibile da lui e contro di lui l'*alligatio*, la *exceptio* e la *replicatio rei iudicatae* e varranno per lui e contro di lui gli amminicoli dell'azione di cui abbiamo parlato.

Chiarito questo punto, resterebbe a vedere a chi si devolva l'azione per successione a titolo universale, e quindi chi possa accampare (in relazione al quesito pregiudiziale) di essere successore del defunto. Qui, come sempre, è rilevante anzi decisivo il nesso con il (vero o preteso) diritto soggettivo sottostante. Per regola infatti possiamo dire (ed è intuitivo che debba essere così), che nell'azione succede chi succede nel diritto, a protezione del quale è data l'azione medesima. La legge di successione nell'azione è data dalla legge di successione nel diritto. Ci sono bensì alcuni casi anomali di successione nell'azione: ad es. negli artt. 246, 249, 271, 272 ecc. cod. civ. Ma sono sempre singolari e non suscettibili di analogia. Fuor di questi, bisogna ritornare alle regole generali.

Quanto ai casi in cui l'azione nasce a protezione di un semplice interesse protetto, non ci sono, come per i diritti (o per le pretese di diritti) e per le relative azioni, delle leggi di successione nè un regime di trasferibilità di carattere generale. Bisognerà vedere caso per caso se scomparendo il soggetto originario, tutto finisca con lui oppure se ne sorgano per riproduzione o per ripercussione degli interessi tutelabili di altri soggetti o se il trapasso per successione o il trasferimento di determinati diritti tragga seco anche quello di interessi che vi si connettono. Ma sono tutti problemi da risolversi uno per uno, secondo le disposizioni che regolano queste figure singolari di azioni indipendenti da un diritto soggettivo o preesistente.

Se più siano gli eredi, e il diritto sottostante si divida fra di loro, l'azione potrà essere proposta o proseguita (sempre *in statu et terminis*) da ciascun di loro per conto proprio, anche indipendentemente dagli altri, ma con effetti utili *limitati alla sua quota*. Similmente se si dividano fra più eredi le obbligazioni o le soggezioni corrispondenti ad un diritto altrui, l'azione potrà esser

proposta contro ciascun di loro con effetti a suo carico *limitati alla quota*. E si applicheranno altrimenti le regole del diritto sostanziale sulla *indivisibilità* con tutte le sue conseguenze (arg. dagli artt. 1314 e segg. cod. civ., salvi i casi in cui la indivisibilità conduca a quell'altro fenomeno che chiameremo a suo tempo del *litisconsorzio* necessario).

II. Le azioni suscettibili di successione sono di regola *trasferibili anche a titolo particolare*, sia a causa di morte (per via di legato diretto) che per atti tra vivi, sempre però in connessione col diritto sottostante, perchè l'azione o l'eccezione, separandosi dal diritto, verrebbero a trovarsi sradicate dalla *causa petendi vel excipiendi* e quindi senza scopo, per chi non abbia per sè il diritto da difendere. Qualche volta ci può essere, in occasione del trasferimento, una scissione apparente, come, per esempio, allorchè qualcuno alieni una cosa (diritto di proprietà), ma si riservi l'esercizio di una azione per risarcimento di danni precedentemente arrecati alla cosa. In realtà però, qui siamo di fronte alla scissione dal diritto primario (proprietà) di un diritto soggettivo secondario derivato (credito), e non soltanto di una mera azione come tale.

In conclusione, possiamo dire che il trasferimento del diritto trae seco *de iure* il trasferimento delle relative azioni, anche se ciò non appaia dal tenore del negozio. Però le parti possono anche assumere come oggetto del negozio, l'azione invece del diritto: ve ne è traccia anche nella legge (es. art. 1261 cap. cod. civ.). Allora è questa che trae seco il trasferimento del diritto (... se c'è), e il nesso opera in senso inverso, ma opera. Così, se venga ceduta una azione di revindica, e il cessionario l'esercita e vince, la proprietà della cosa revindicata deve essere attribuita a lui ed accertata a favor suo, come cessionario (per implicito) anche del diritto.

Le conseguenze del fatto, che al momento del trasferimento l'azione sia ancora *allo stato di pretesa*, sono o dovrebbero essere del tutto analoghe e parallele a quelle già accennate per il caso di successione a titolo universale: se la pretesa risulta infondata il trasferimento avrà determinato soltanto una successione a titolo particolare nella legittimazione e *nella posizione* del dante causa. E questa avverrà in linea di massima senza alcun mutamento oggettivo di quella posizione (*in statu et terminis*). Soltanto

ci imbattiamo qui in una singolare disgiunzione del processo dall'azione, nel caso che il processo sia già pendente. Lo vedremo più innanzi nel capitolo dedicato alle parti (v. per intanto l'art. 111 cod. proc. civ.).

Trasferimenti a titolo particolare possono avvenire talvolta *anche per il lato passivo* dell'azione, e quindi con effetti per le eventuali eccezioni (mentre di regola la legge non ammette trasferimento dei debiti), e ciò sempre perchè la legittimazione passiva e quindi la legittimazione ad eccepire è connessa a sua volta ad un diritto sottostante. Così, per esempio, il trasferimento della proprietà di un fondo fa passare nell'acquirente la legittimazione passiva rispetto ad azioni confessorie o negatorie dei vicini. Si possono applicare allora anche a questo altro lato del fenomeno le cose già dette.

III. Arriviamo finalmente ad integrare con ciò i chiarimenti già dati sulla posizione degli eredi ed aventi causa *rispetto al giudicato* (autorità di cosa giudicata in senso sostanziale o materiale). Se l'accertamento (positivo o negativo, che sia) « fa stato » per i soggetti attivi e passivi dell'azione-pretesa sulla quale è stato provocato, *consequens est* (secondo quanto abbiamo detto or ora) che « faccia stato » per tutti coloro che succedano nella posizione attiva o passiva delle parti originarie di quell'azione.

In fondo questo non è che un caso od un aspetto particolare del succedere *in statu et terminis* ed è sempre lo stesso fenomeno che si verifica anche per gli atti di disposizione dell'azione, per la precostituzione di prove legali o di altri amminicoli, per cause di estinzione e in generale per ogni altra vicenda che incida sull'azione o sul suo regime di esercizio.

Sulla successione nel processo: n. 48. Sulla c.d. successione negli effetti del giudicato, si può risalire al n. 15 I e II.

20. VITA E VICENDE DELLE AZIONI: ESTINZIONE DELLE AZIONI. — Le azioni all'atto pratico ed in concreto nascono e vivono, come abbiamo visto, allo stato di pretese, dopodichè prima o poi finiscono per morire (estinguersi).

Moriranno, per così dire, gloriosamente allorchè essendo state esercitate in giudizio, ottengano *accoglimento* e soddisfazione, o ingloriosamente, in quanto risulti che in realtà non avevano fondamento. Potranno estinguersi altresì per *soddisfazione volonta-*

ria, allorchè venga accordata stragiudizialmente ai loro titolari quella reintegrazione, soddisfazione, riparazione, risarcimento che tendevano ad ottenere e non sia indispensabile a questo scopo l'autorità del giudice.

Per altra via e sotto altro aspetto, potranno estinguersi le azioni, ancora allo stato di pretesa, come pure abbiamo già detto altre volte, per effetto di atti di *disposizione negoziali*, come la rinuncia o la traduzione di un diverso regolamento convenzionale dei diritti o dei rapporti sottostanti, transazione, concordato ecc.).

In rarissimi casi, quando cioè la legge le dichiara non suscettibili di successione o dichiara non suscettibile di successione il diritto sottostante, la estinzione seguirà alla *morte dei soggetti* attivi o passivi. Così ad es. nel caso dell'art. 2582 cod. civ. mentre in altre ipotesi la azione, considerata intrasmissibile, si salva dall'estinzione, ove sia già in corso di esercizio (es. art. 127 cod. civ.). In altre ipotesi ancora la trasmissibilità è limitata e se questa non possa aver luogo, l'azione si estingue (es. artt. 269, 271 cod. civ.).

Ma quando non si sia precedentemente avverata altra causa, la estinzione avverrà di regola *per decadenza o per prescrizione*. Le disposizioni del codice civile sembrano piuttosto oscillanti ed incerte nel determinare, se (e quando), l'estinzione colpisca in prima linea il diritto soggettivo sottostante e per conseguenza poi anche l'azione o viceversa.

La disposizione più generale del codice civile (art. 2934) parla, per dir vero, di diritti (« ogni diritto si estingue per prescrizione »). Però anche le azioni sono diritti. E che questa causa di estinzione colpisca piuttosto le azioni che i diritti primarii sottostanti, risulta dalla disposizione, per cui ne residua di regola una obbligazione naturale con l'effetto della *soluti retentio* (articolo 2940 cod. civ.). In altri casi la legge stessa parla *propriis verbis* di una estinzione dell'azione per prescrizione o per decadenza (es. artt. 606 cap., 761, 763, 1442, 1449, 1497, ecc.).

I termini di prescrizione decorrono *a die natae actionis* cioè dal fatto che ne integra la *causa petendi*, se l'esercizio non ne sia sospeso per altra causa (es. artt. 2941-42 cod. civ.). Il termine può essere interrotto (per es. anche dalla proposizione della domanda giudiziale art. 2943). Dallo stesso momento *natae actionis* decorrono naturalmente anche i termini di decadenza, se ve ne siano,

ma questi non sono soggetti di regola a sospensione ed interruzione (artt. 2964 e segg. cod. civ.). I termini sono assai varii (dai dieci anni della prescrizione ordinaria dell'art. 2946 fino ai pochi mesi per es. dell'art. 123 o ai sessanta giorni e qualche volta trenta della decadenza dei ricorsi in sede di giustizia amministrativa), anche a prescindere dalle prescrizioni brevi meramente presuntive (e che possono esser combattute col giuramento decisorio dell'art. 2960).

Abbiamo qualche caso di azioni dichiarate espressamente imprescrittibili (per es. in materia di stato, casi degli artt. 234, 238 e 249, 263, 272 cod. civ.), ma soggette tuttavia ad estinguersi anch'esse o perchè intrasmissibili o perchè col tempo vien meno di di fatto l'interesse che serviva loro di base. Imprescrittibile è di chiarata dalla legge anche l'azione di revindica (art. 948 cod. civ.), ma effetti analoghi alla prescrizione estintiva può avere l'usucapione (acquisitivo) della cosa da parte altrui. Imprescrittibile è l'azione di petizione di eredità (art. 533 cod. civ.), e quella di nullità del contratto (art. 1422 cod. civ.), salvi anche per quest'ultima gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione.

Di regola non c'è prescrizione *delle eccezioni*, nel senso che fino a quando riman viva l'azione, vive rimangono, per ciò stesso, anche le relative eccezioni. In quei casi, in cui uno stesso fatto può generare un'azione od un'eccezione, la prescrizione o la decadenza dell'azione non sempre ferisce l'eccezione (*temporalis ad agendum perpetua ad excipiendum*: es. nell'art. 1442 u. cap. cod. civ.; in senso opposto l'art. 1449 cap.).

Le cause di estinzione naturalmente non possono impedire la proposizione dell'azione in giudizio ma generano (come s'è detto a proposito del giudicato e dei negozi estintivi) una eccezione, che è di carattere *pregiudiziale ed assorbente*. Essa è tale infatti da portare in ogni caso al rigetto, senza che il giudice abbia più ragione di scendere all'indagine se la pretesa fosse o non fosse fondata.

Questo vuol dire che anche queste cause di estinzione normalmente operano mentre l'azione si trova e si presenta allo stato di pretesa. Se la eccezione di estinzione sia proposta ed accolta, resterà insoluto il problema se la pretesa fosse o non fosse fondata e quindi se l'azione in realtà sussistesse o meno. La dichiarazione

di estinzione avrà quindi questo valore: l'azione se pur c'era non c'è più ed è inutile ormai andar ricercando se *quondam* ci fosse.

Un caso di estinzione di una azione già accertata è preveduto per altro nell'art. 2953. L'articolo suppone che sia intervenuta una sentenza di condanna passata formalmente in giudicato, che conterrà per l'appunto come sua necessaria premessa anche l'accertamento che l'azione sussiste. Il titolare potrebbe promuovere il procedimento di esecuzione forzata. Ma se non lo promuove nei dieci anni dal giorno del passaggio formale in giudicato (arg. anche dall'art. 2945 cap.), l'azione (che sarebbe ormai *actio iudicati* meramente esecutiva) si estingue. L'articolo per dir vero parla anche qui di prescrizione del diritto, ma qui è più che mai evidente che si tratta di prescrizione dell'azione. Il termine è di dieci anni anche se *ante rem iudicatam* il termine di prescrizione fosse più breve.

Per quanto riguarda la prescrizione o la decadenza, la legge avverte espressamente che si tratta di eccezione *in senso ristretto* o ristrettissimo, e non può esser presa in considerazione dal giudice se non vi sia istanza di parte (artt. 2938 e 2969 cod. civ.). Non crediamo però che la regola si possa estendere ad altre cause di estinzione.

Non c'è poi bisogno di dire che la estinzione ha effetto *anche per i successori ed aventi causa*, sempre come si è detto per gli effetti degli atti di disposizione e per il giudicato.

Sul nesso diritto soggettivo sottostante-azione: n. 13. Sugli atti dispositivi-estintivi: n. 17.

21. L'AZIONE PUBBLICA CIVILE E L'INTERVENTO DEL PUBBLICO MINISTERO NELLE CAUSE CIVILI. — L'azione pubblica civile in fondo è un ibrido, che appare già scarsamente impiegato dalla legge e mai o quasi mai nella pratica. Perciò saremo brevi.

L'esercizio dell'azione pubblica è demandato come sappiamo al *pubblico ministero* e non ha come base un diritto soggettivo nel senso ordinario della parola, bensì un *pubblico dovere-potere*. Questo però gli è prescritto e concesso soltanto nei casi espressamente preveduti (art. 69 cod. proc. civ.). Per conseguenza anche l'azione pubblica civile deve modellarsi, caso per caso, su certi schemi legalmente prestabiliti, i quali comprendono l'identificazione della *causa petendi*, dei provvedimenti che possono esser ri-

chiesti al giudice (*quid petitionis*) e dei soggetti passivi (arg. anche dall'art. 72 al. cod. proc. civ.). Gli esempi principali si hanno in materia di annullamento di deliberazioni assembleari di associazioni (art. 23 cod. civ.), di impugnative del matrimonio (artt. 117 e 119 con la limitazione dell'art. 125 cod. civ.), di gravi irregolarità nell'attività di amministratori e sindaci di società per azioni (art. 2409 cod. civ.), di revoca per giusta causa di liquidatori di società (art. 2450 cod. civ.), di annullamento di contratti di lavoro nel caso dell'art. 2098 cod. civ.; di nullità o decadenza di brevetti (artt. 78, 79 della relativa legge speciale 29 giugno '39, n. 1127); *item* di marchi (art. 59 della legge 21 giugno '42, n. 929).

Si vede dalle relative disposizioni, che per questi stessi casi l'azione è data di solito anche ad *altri* determinati soggetti (eccezionalmente *solo* al pubblico ministero per l'azione di annullamento dell'art. 848 cod. civ., nonchè per la revoca dell'adozione per ragioni di buon costume: art. 308 cod. civ.). La struttura ordinaria per cotesti altri soggetti è quella di una azione privata, però per il suo esercizio è sempre richiesto l'*intervento obbligatorio* del pubblico ministero, il quale si deve ritenere che assuma in tal caso la posizione di una parte principale ed autonoma (art. 70 n. 1 cod. proc. civ.). Potrà quindi proporre domande ed eccezioni non proposte dalle parti (oltrechè produrre documenti e dedurre prove), impugnare le sentenze e quant'altro (art. 72 al. cod. proc. civ. in contrapposto al capoverso).

L'azione non è suscettibile di negoziazioni nè (ben si intende) da parte del pubblico ministero, nè degli altri soggetti. Deve considerarsi cioè come indisponibile.

Anche se esercitata dal pubblico ministero, l'azione *ante rem iudicatam* si presenta come una affermazione ed una *richiesta* di cui non si sa ancora se sia fondata e che il giudice può accogliere o rigettare. Il provvedimento, sia positivo sia negativo, acquisterà *autorità di cosa giudicata* per gli accertamenti che contenga. E siccome in luogo dei possibili soggetti privati che non siano in giudizio ci sta *pro populo* o *pro coeto*, come attore o come interveniente, il pubblico ministero, il giudicato verrà ad avere praticamente efficacia *erga omnes*.

Quanto alle cause di *estinzione* dell'azione sono esclusi gli atti dispositivi e bisogna vedere caso per caso quali altre possano trovare applicazione secondo la legge.

Oltre ai casi dei quali si è già detto, il pubblico ministero

deve intervenire poi in tutte le cause matrimoniali o riguardanti lo stato delle persone (art. 70 nn. 2 e 3 cod. proc. civ.), anche se non abbia una azione autonoma da esercitare e così nelle cause di lavoro in grado di appello. In tutti questi ultimi casi però a norma dell'art. 72 cod. proc. civ., può produrre documenti, dedurre prove e prendere conclusioni solo nei limiti delle domande proposte dalle parti private. Non può proporre impugnazioni, se non la istanza speciale di revocazione di cui all'art. 397 cod. proc. civ. e il ricorso per cassazione (ad effetti teorici) nel caso dell'articolo 363 del codice o (con effetti pratici) nei casi dell'art. 72 - legge 30 luglio '50, n. 534 (cause matrimoniali escluse quelle di separazione). Il pubblico ministero *deve intervenire* finalmente in tutte le cause indistintamente nella fase di cassazione (art. 70 cit. pen. cap.). In questa fase si limita però ad esprimere un parere in forma di conclusioni (richieste) nell'interesse pubblico (dell'osservanza della legge), sui singoli punti di questione specificamente sottoposti all'esame della corte.

Può intervenire spontaneamente anche in quelle cause e fasi in cui l'intervento non sia prescritto, per apportare al giudice elementi di convinzione in pro' delle tesi dell'una o dell'altra parte in causa, non per amor loro ben si intende, ma nell'interesse della giustizia (art. 72 cap.).

L'intervento del pubblico ministero può esser provocato anche dal giudice (art. 71).

La *ratio legis* di tutte queste disposizioni è intuitiva: interesse pubblico alla puntuale applicazione delle norme relative a determinati provvedimenti di sanzione (tutela giurisdizionale civile) e quindi interesse di impedire o di evitare che per negligenza, ignoranza, inettitudine o mal volere (dolo o collusione) delle parti private, la sanzione non si applichi o il giudice, nel provvedere in proposito, sia tratto fuor di strada. Quando non sia necessario l'intervento valuterà (insindacabilmente) lo stesso pubblico ministero se possa esservi quel pubblico interesse e tema o sospetti che esso sia messo in pericolo dal comportamento delle parti. All'esercizio dell'azione pubblica o del dovere o della facoltà di intervento la legge stessa estende delle discipline processuali di forma più o meno analoghe a quelle dettate per le parti.

Per le funzioni del pubblico ministero bisogna rifarsi ai nn. 4 e 52.

22. LA INIZIATIVA (ISTANZA, RICORSO O RICHIESTA) NELLE PRATICHE DI GIURISDIZIONE VOLONTARIA. — *Proceduralmente* anche le pratiche di giurisdizione volontaria di solito hanno inizio a seguito di *istanza*, *ricorso*, *richiesta* o quanto meno di un esposto di fatti al giudice, perchè provveda. Solo in rarissimi casi, si procede *ex officio*, specie ad opera del giudice tutelare, come ad es. nelle ipotesi degli artt. 336 u. cap., 361, 384 del codice civile.

Fuori di questi casi, l'iniziativa può provenire *da soggetti privati interessati* e, non di rado, anche *dal pubblico ministero* da solo o in concorso con i privati interessati (così ad esempio, in materia di domande di interdizione e inabilitazione e di revoca delle stesse: artt. 417, 418 e 429 cod. civ.; di dichiarazione di morte presunta e di accertamento di morte, e di dichiarazione di esistenza delle persone di cui sia stata dichiarata o accertata la morte: artt. 58, 62 e 67 cod. civ.; di opposizione al matrimonio: art. 102 cod. civ.; di alcuni provvedimenti sull'esercizio della patria potestà e sulla rimozione e riammissione nell'esercizio dell'amministrazione del patrimonio di minori: art. 336 cod. civ.; di provvedimenti urgenti nella tutela: art. 361 cod. civ.).

Volendo saggiare la applicabilità a questi fenomeni dei concetti che siamo venuti appurando, diremo che quelle iniziative private e pubbliche presso il giudice affinché provveda, si potranno qualificare, se si vuole, come un *agere* (cioè azione-attività) *in senso prettamente processuale*. Quanto ai privati interessati potremo anche aggiungere che se e quando la legge indichi chi di loro possa *agere* in quel senso presso il giudice (ad esclusione di altri), ciò determina una specie di legittimazione processuale. Però abbiamo già escluso a suo tempo che si possa configurare in questi casi un diritto alla tutela giurisdizionale (sanzionatoria): *ius persequendi iudicio quod sibi debetur*. Comincia col mancare a questo effetto il dato di base e cioè che ci sia un *quid debitum*. Si tratta sempre e soltanto di provocare, come pur dicevamo, degli interventi preventivi e non sanzionatorii nel pubblico generale interesse, se pur possano riguardare per riflesso in modo particolare quei determinati soggetti. Di qui una serie di conseguenze ulteriori in ordine a tutto ciò che ha formato oggetto dei nostri discorsi precedenti: non vale quel che abbiām detto sull'autorità del giudicato *inter partes* in senso materiale o sostanziale come previsto nell'art. 2909 (e solo con molte limitazioni, restrizioni e riserve si potrà parlare di preclusioni *pro iudicato*), non vale

quello che abbiām detto sulla negoziabilità (disponibilità) della azione *inter partes* nè sulla successibilità o sulla trasferibilità ad altri nè sulla estinzione per prescrizione o per decadenza. Si approfondisce così il solco della distinzione fra giurisdizione contenziosa civile e giurisdizione volontaria.

Possiamo confermare invece fin d'ora che ravvisandosi, anche in questi casi o in molti di essi un *agere* in senso processuale, ne sorgono delle possibilità di prudenti analogie con le discipline di forma dei procedimenti contenziosi.

Sono queste delle conclusioni piuttosto vaghe e molto più negative che positive, ma al punto in cui siamo non crediamo si possa dire di più.

Per i casi e i caratteri dei procedimenti di giurisdizione volontaria in generale: n. 7. Casistica del cod. proc. civ. nella parte sesta del trattato, nn. 248 e seguenti.

CAPITOLO TERZO

I PROCEDIMENTI

SOMMARIO: 23. Processi e procedimenti. — 24. Tipi di procedimenti: caratteri differenziali della cognizione penale e civile e dei relativi procedimenti. — 25. Tipi di procedimenti: lineamenti generali del procedimento ordinario di cognizione civile. Procedimenti speciali nel codice e fuori del codice. Procedimenti di giustizia amministrativa. — 25-bis. Coordinamento fra cognizione penale e cognizione civile. Esercizio dell'azione civile in sede penale. — 26. Tipi di procedimenti: procedimenti di esecuzione forzata universale e particolare. — 27. Tipi di procedimenti: procedimenti ed episodi cautelari. — 27-bis. Dei procedimenti di giurisdizione volontaria. — 28. Fasi statì e gradi del processo. — 29. Fine del processo. — 30. La concezione del processo come rapporto giuridico. Protezioni nel mondo esterno. Spese e danni.

23. PROCESSI E PROCEDIMENTI. — I. La parola « processo » nella sua accezione vulgata serve ad indicare un fenomeno considerato nel suo sviluppo (così si sentirà parlare per esempio di un processo morboso o di un processo di fabbricazione e, in campo più prossimo al nostro, del processo di formazione di un atto amministrativo). Nel linguaggio tecnico delle nostre fonti, a cominciare dal codice di procedura civile, si dà più precisamente il nome di *processo* allo svolgimento pratico concreto di attività intese alla formazione di provvedimenti giurisdizionali. Normalmente avrà luogo quando qualcuno od eventualmente il pubblico ministero proponga in quel senso (a ragione od a torto) una domanda, istanza o richiesta al giudice. Allora semprechè sia rispettato un certo *minimum* di esigenze formali, il giudice dovrà prenderla in esame per provvedere in conformità se sia fondata, per rigettarla se male proposta o se infondata, per il che occorrerà di solito una serie più o meno complessa di attività intermedie. Questo è tipicamente il processo.

La legge si preoccupa di determinare a fini di giustizia quali possano essere quelle attività; e quando esse siano legalmente necessarie o semplicemente consentite, in che forma possano o debbano essere compiute, e quali effetti od ordini di effetti ne possano conseguire e come debbano essere coordinate o combinate

fra di loro. Essa preordina così degli *schemi formali* non tanto e non solo dei singoli atti, quanto anche delle loro varie possibili combinazioni in serie e sono schemi varii, a seconda della natura ed entità dei provvedimenti che si tratti di formare, e dei giudici e degli altri soggetti che vi possano o vi debbano concorrere. Questi schemi predisposti per i possibili processi prendono o dovrebbero prendere nome di *procedimenti*. I due termini processo e procedimento, quando si pongano in contrapposto fra loro, dovrebbero esprimere cioè rispettivamente il fenomeno in concreto e il modulo legale del fenomeno in astratto, mentre la espressione *procedura* dovrebbe alludere ancor più in generale alla classe od alla categoria delle forme e dei modi e metodi legali di procedere. Nell'uso comune però, questi tre termini bene spesso vengono considerati come suscettibili di esser scambiati o sostituiti l'uno con l'altro.

Tutti i varii procedimenti preveduti o predisposti dalla legge si possono raccogliere o distinguere in gruppi e sottogruppi (famiglie), in relazione alle classificazioni dei provvedimenti finali che essi servono a formare ed ai caratteri più salienti che ne derivano. Sulla scorta dei codici, si possono distinguere fondamentalmente: *procedimenti di cognizione penale*; *procedimenti di cognizione civile* con un loro vasto sottogruppo di *giustizia amministrativa*; *procedimenti di esecuzione forzata universale* o concorsuale (di tipo fallimentare); *procedimenti di esecuzione forzata particolare*; *procedimenti di giurisdizione volontaria* (civile).

Un posto a sè, perchè si pongono fra cognizione ed esecuzione, può forse esser assegnato ai *procedimenti cautelari civili*.

Non comprendiamo invece in questa elencazione *l'esecuzione penale*, perchè di solito non dà luogo ad un procedimento giudiziario propriamente detto, ed affidato ad organi giudiziarii, ma piuttosto ad un procedimento fondamentalmente amministrativo, anche se si svolga su iniziativa e sotto controllo giudiziario. L'attività carceraria o quella eccezionale della esecuzione della pena capitale, ad esempio, non è attività di organi giudiziarii, nè si compie in forme giudiziarie.

II. Per lo più (ma non sempre) il gruppo si agglomera o si raccoglie intorno ad un tipo di *procedimento ordinario*, al quale poi fanno corona altri procedimenti affini, ma *speciali*. Ordinario chiamiamo il procedimento « normale » (e normativo) del gruppo,

disciplinato dalla legge in tutti i suoi particolari, come si conviene ad un modello (archetipo). Esso trova applicazione di regola per la formazione di quella categoria di provvedimenti alla quale il gruppo è preordinato, tutte le volte che la legge non disponga diversamente. Gli altri procedimenti (speciali) sono disciplinati invece dalla legge solo in qualche tratto particolare, e per ciò differenziale, rispetto al procedimento ordinario, col quale fanno gruppo; per tutto il resto prendono norma dall'archetipo. Ciascuno di essi, a sua volta, trova applicazione solo in quei casi od ordini di casi, per cui la legge espressamente lo disponga, onde essi ci appariscono speciali per certe particolarità di forme e speciali per il loro particolare e più ristretto campo di applicazione.

Questa distinzione si complica poi con un'altra che concerne gli organi giudiziarii. Sappiamo infatti che c'è tutto il sistema di organi e uffici che nel loro complesso prendono il nome di *autorità giudiziaria (ordinaria)*, ai quali è affidato l'esercizio della funzione giurisdizionale, quando la legge non la demandi espressamente per certi casi (od ordini di casi) ad organi diversi, speciali, giudiziarii anch'essi, ma diversamente costituiti o composti con criteri particolari o singolari per ciascuno di essi.

Le forme dei procedimenti ordinarii si applicano sempre e soltanto davanti alla autorità giudiziaria ordinaria, davanti alla quale però, possono trovare applicazione od impiego, sempre che la legge lo disponga, anche certi procedimenti speciali. Davanti agli organi speciali invece trovano applicazione sempre e soltanto degli appositi procedimenti speciali lor proprii. In questi ultimi casi alla specialità della materia e delle forme, corrisponde allora anche la specialità dell'organo e viceversa; e allora tradizionalmente si suol parlare di *giurisdizioni speciali* fermo restando che anche queste oggi sono organi dello Stato e non come erano un tempo) di ordinamenti giuridici distinti ed autonomi.

La costituzione all'art. 102 vieta e vieterebbe, per dir vero, anche la costituzione di organi « straordinari o speciali ». Però ne ha lasciati sopravvivere non pochi che già esistevano e di alcuni dei quali (organi di « giustizia amministrativa ») è menzione nell'art. 103 e in altre disposizioni. La VI disposizione transitoria prevede una « revisione » di questi organi, ma a tutt'oggi non si ha notizia nemmeno di progetti in materia. Lo stesso art. 102 cap. consente poi di istituire delle « sezioni specializzate » con speciale composizione « presso gli organi giudiziarii ordinarii », il che

se non è proprio quello che si voleva divietare con l'alineia dell'articolo, vi assomiglia però in modo piuttosto impressionante.

Abbiamo già avvertito quale importanza abbiano queste distinzioni, (di cui vi è l'eco nell'art. 1 del cod. proc. civ.) anche per fermare i limiti didattici della nostra trattazione. Dovremo tracciare tuttavia un rapido schizzo dei vari tipi di procedimenti, perchè riuscirebbe altrimenti indecifrabile l'esposizione delle « disposizioni generali » contenute nel libro primo del codice, a cui dedicheremo i capitoli seguenti, nonchè il coordinamento del codice stesso con altri codici e leggi di procedura. Sia ben chiaro però che questi cenni non hanno altro scopo se non quello di dare, come a volo, una sommarissima visione di insieme, di semplice orientamento, e non devono e non possono per il momento spingersi più in là.

Ad I: sui lineamenti dei vari tipi fondamentali: nn. 24 e segg. *Ad II:* sulla distinzione fra organi ordinari e speciali: nn. 8, 8-bis e 32.

24. TIPI DI PROCEDIMENTI: CARATTERI DIFFERENZIALI DELLA COGNIZIONE PENALE E CIVILE E DEI RELATIVI PROCEDIMENTI. — « I. Nei gruppi e nei tipi come sopra distinti, ce ne sono due qualificati entrambi « di cognizione » (penale e civile). Si tratta sempre di procedimenti che (se giungano fino in fondo) mettono capo ad una *pronuncia* del giudice. Esso è inizialmente stimolato a procedere a tal fine (e a seconda dei casi) da una domanda, da una richiesta o quanto meno da una semplice denuncia di fatti, che gli fornisce il tema o lo spunto o l'avvio. Il « conoscere » allude all'esame che esso deve compiere dei problemi e dei dati che gli vengano sottoposti o forniti o che esso stesso possa acquisire, alla determinazione delle norme giuridiche applicabili e alla costruzione in definitiva di quei tali sillogismi che determineranno il tenore della sua pronuncia. La legge deve regolare a questo scopo i modi e le forme del suo travaglio, ma anche i modi e le forme in cui altri soggetti del processo possono sollecitarlo, offrirgli materiali od elementi per la sua indagine storica od argomenti per il suo ragionare, i modi e le forme in cui egli può impiegare a quello scopo i suoi poteri stromentali, i controlli e le eventuali revisioni ammesse in ordine ai suoi provvedimenti stromentali o finali.

Questo si può dire tanto per la cognizione penale che per quella civile. Ma fra l'una e l'altra ci sono poi delle tali diffe-

renze di impostazione o di premesse, di finalità e di metodi, da spiegarci come e perchè se ne sia fatta addirittura materia di due codici, oltrechè di numerose leggi speciali.

Se guardiamo ai due archetipi del procedimento ordinario di cognizione civile da un lato e di cognizione penale dall'altro, possiamo rilevare intanto che il primo è preordinato (c'è bisogno di dirlo?) alla emissione di pronunce che servono (in pieno o almeno fino al punto della condanna o della ingiunzione) alla applicazione di sanzioni *civili*, mentre il secondo è preordinato alla emissione di pronunce che servono alla applicazione di sanzioni *penali* (pene).

L'attività con la quale si stimola l'attività del giudice in sede di cognizione penale è l'*azione pubblica penale*, esercitata come sappiamo dal pubblico ministero, quando il giudice stesso non debba procedere *ex officio*. Stimolo, diciamo, ausilio, se si vuole, non limite: il giudice può provvedere anche al di là e al di fuori delle richieste. Ha ampi poteri di iniziativa nella ricerca e nella raccolta di elementi di informazione e di convinzione. Non è vincolato a norme legali nella valutazione delle prove. Fiancheggiato dal pubblico ministero ha dei formidabili poteri stromentali di indagine riconosciuti indirettamente (sebbene con disposizioni limitative) anche dalla costituzione: artt. 13 e seguenti. Basta pensare che possono giungere fino al mandato di cattura di colui contro il quale si solleva il sospetto, l'imputazione o la accusa di un reato. L'imputato, come essere umano di carne d'ossa e di nervi, diventa esso stesso materiale umano di indagine. In epoche storiche non lontane da noi (e che purtroppo hanno avuto dei dolorosi ricorsi anche in tempi recenti) si ammetteva persino la tortura dell'imputato, come mezzo per estrarre da lui la verità. Per ciò nel processo ordinario di cognizione penale le parti (se così si posson chiamare, e cioè il pubblico ministero e l'inquisito) non compaiono avanti il giudice sullo stesso piano, ma in posizione di radicale disparità. Però la posizione dell'inquisito in qualche modo poi si sdoppia a seconda dei vari tempi del processo ed a lui come soggetto di diritto è pur concesso di difendersi o di farsi difendere e di addurre a sua volta argomenti e prove, di tal che anche il procedimento penale ha i suoi momenti di contraddittorio dialettico davanti al giudice ed ha un suo proprio sistema di impugnazione dei provvedimenti. Il giudice in definitiva può condannare od assolvere, ma gli è consentita anche una formula dubitativa

(insufficienza di prove). Il suo accertamento positivo o negativo (e perfino la formula dubitativa) ha efficacia *ergo omnes* a tutti gli effetti (anche civili).

Nel processo ordinario di cognizione civile, invece, l'iniziativa che fa entrare in funzione il giudice è normalmente *azione-attività privata* che si coordina a sua volta agli ordinamenti dell'azione-diritto in senso sostanziale. Quanto meno, si può dire che il procedimento è costruito per questa ipotesi, salvo qualche modificazione di carattere speciale in quei rari casi in cui trova luogo l'ibrida figura della azione pubblica civile. Il *quid decidendum* è chiuso dentro ai cancelli delle azioni e delle eccezioni dedotte dalle parti in giudizio; *nec ultra nec extra*. Il giudice può accogliere o respingere, ma non esorbitare. I suoi poteri stromentali non sono così vasti come in materia di cognizione penale; le parti compaiono nel processo in posizione o su piede di parità come soggetti di diritto e non sono sottoposte a misure coercitive se non estremamente blande ed indirette, ai fini dell'accertamento della verità. Anche nella ricerca dei mezzi e dei materiali di indagine, il giudice ha scarsi poteri di iniziativa, e deve attendere per lo più che gli siano forniti dalle parti. Caratteristica e fondamentale infine la importanza che hanno per il procedimento civile le regole legali sull'onere della prova e quelle sulla efficacia legale di certe prove, del tutto estranee quelle e queste al procedimento penale. Non sono ammesse nella decisione formule dubitative. L'accertamento ha come sappiamo efficacia limitata alla azione proposta *inter partes*.

Ciò basta a far intendere almeno in via intuitiva, come e perchè la cognizione del giudice assuma colore e fisionomia completamente diversa, nei due campi, della procedura penale e della procedura civile, salvo qualche necessario coordinamento che vedremo.

II. Il contenuto funzionale della cognizione del giudice, tanto in penale che in civile, si può dire che sia *un giudizio* (del quale la pronuncia finale è insieme espressione e conseguenza). Ma l'oggetto del giudizio in penale in sostanza è l'imputazione (nei suoi vari gradi di sviluppo), in civile è la *causa* o la *lite* (controversia) che sorge dal contratto, attuale o virtuale, tra l'azione (pretesa) e le eccezioni (contropretese). Nella terminologia usuale anche le espressioni processo e giudizio, si scambiano spesso e volentieri

fra di loro (come è successo del resto e succederà anche a noi). Ma questo non è dovuto ad una confusione logica di concetti, quanto piuttosto al fatto che nelle fonti romane *iudicium* allude al processo (anzi in origine ad una certa fase del processo, onde il *iudicio persequi* che troviamo anche nella definizione dell'azione). Di là una serie di modi di dire tradizionali od usuali dai quali è difficile liberarsi.

Del procedimento penale non avremo ragione di intrattenerci del resto ulteriormente (se non per il coordinamento). Del procedimento di cognizione civile dovremo tracciare invece, come ci siamo proposti, un sommario profilo.

Sulla distinzione fra sanzioni penali e civili e sulla azione pubblica e privata: nn. 3, 9, 21 con richiami.

25. TIPI DI PROCEDIMENTI: LINEAMENTI GENERALI DEL PROCEDIMENTO ORDINARIO DI COGNIZIONE CIVILE. PROCEDIMENTI SPECIALI NEL CODICE E FUORI DEL CODICE. PROCEDIMENTI DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA. — I. Il codice di procedura civile, che è il testo fondamentale della nostra materia, dopo aver dedicato il suo primo libro ad una sedicente raccolta di « disposizioni generali » (che in realtà comprende anche varie e non sempre bene ordinate collezioni di disposizioni particolari), disciplina il *procedimento ordinario* (archetipo) di *cognizione civile* nella prima parte del secondo libro, titoli primo, secondo e terzo.

Schematicamente: il procedimento si apre con un *atto di citazione* che deve contenere l'*editio actionis* e la *vocatio in ius*, fatta da chi propone la domanda, e che da questo momento chiameremo *attore*, a colui contro il quale la domanda è proposta, e che chiameremo da questo momento *convenuto*. L'atto viene a questo effetto notificato a costui per mezzo di ufficiale giudiziario. Egli (convenuto) a sua volta, può opporre inizialmente le sue eccezioni con una *comparsa di risposta*.

Queste prime deduzioni *hinc et inde* vengono portate a conoscenza del giudice, con opportuni meccanismi processuali, insieme coi documenti sui quali eventualmente si fondino, e su questi elementi (di *introduzione della causa*) si apre e si incardina una *fase di istruzione*, nella quale in primo tempo (*istruzione preparatoria*) sotto la direzione del giudice (in veste di istruttore) si possono completare e precisare le deduzioni precedenti, proporre

nuove eccezioni e nuove repliche, produrre nuovi documenti, proporre altre prove, si possono regolarizzare e rinnovare gli atti difettosi o viziati, si può integrare il contraddittorio, ammettere l'intervento o la chiamata di terzi ecc. In secondo tempo (*istruzione probatoria*) il giudice, se le parti ne abbiano fatta richiesta ed egli ne ravvisi l'opportunità, può ammettere i mezzi di prova da esperirsi col suo intervento (come per esempio interrogatorii, prove testimoniali ecc.) ed eseguire le prove stesse (raccogliendo per esempio le risposte agli interrogatorii ecc.).

In tutta questa fase (istruttoria) il giudice non esercita poteri decisorii finali, ma soltanto *poteri stromentali* cioè ordinatorii e provvisoriali acquisendo agli atti (« incartamenti ») del processo (eventualmente rettificato nella sua impostazione) quei materiali (emergenze dialettiche della trattazione *inter partes*, documenti e prove) che potranno poi essere utilizzati in un tempo successivo per la decisione. Naturalmente il giudice deve procedere a questa raccolta con senso critico ed a ragion veduta, ma non c'è ancora niente di irrevocabile in quel che fa. In sede decisoria infatti (e previo un dibattito riassuntivo e conclusivo fra le parti) i materiali raccolti saranno poi nuovamente vagliati e quindi anche eventualmente scartati o ritenuti viceversa insufficienti, con l'ordine in questo caso di procedere ad atti istruttori ulteriori. In quella prima fase il giudice dà le sue disposizioni in forma sommaria (ordinanze, qualche volta decreti, spesso anche disposizioni prive di solennità). Le disposizioni date sono di regola modificabili e revocabili e comunque non sono vincolanti per quello che ne seguirà in sede decisoria. C'è qualche vaga somiglianza con una fase (non sempre necessaria) dei procedimenti penali che va anch'essa sotto il nome di istruttoria, ma senza che se ne possano desumere analogie veramente normative.

Nel corso della istruzione, sia preparatoria che probatoria, di tutte le attività che si svolgono davanti al giudice o che esso stesso compia o disponga deve farsi *processo verbale* nel quale le parti potranno far annotare le proprie *deduzioni orali*, il giudice potrà dettare o allegare i provvedimenti da lui impartiti, si descriveranno le prove eseguite o raccolte e così di seguito. Le parti potranno essere autorizzate a presentare ulteriori *comparsa* o *memorie* ad integrazione o svolgimento per iscritto delle proprie ragioni ed istanze (conclusioni).

In esito alle risultanze istruttorie il giudice può disporre a

un certo momento che il processo passi alla fase successiva per la decisione di tutta la causa oppure, se ritenga che vi siano delle questioni pregiudiziali o preliminari (processuali ad es. di competenza o di merito per es. di proponibilità della azione), in base alle quali si possa por termine al processo senza esaminare e decidere tutto il resto, può disporre che per intanto si passi alla fase successiva per la decisione di tali questioni, con riserva di una eventuale riapertura della istruttoria se risulterà ancora necessaria. In ogni caso deve invitare le parti a *precisare le conclusioni* rispettive e cioè le istanze che dovranno formare oggetto di decisione e almeno per il momento la istruttoria si chiude.

Segue la fase di *dibattimento* o discussione della causa. Le parti devono ricapitolare le loro deduzioni e conclusioni finali in uno scritto che si chiama *comparsa conclusionale*; su questi elementi dovrebbe seguire una *discussione orale* in pubblica udienza, davanti al giudice in veste di decidente e finalmente la sua decisione. A questo punto, può avvenire che il giudice decidente ritenga di poter emettere ormai una pronuncia che ponga termine (per quanto sta in lui) a tutta la causa e questa prenderà forma di *sentenza definitiva* oppure può essere che ritenga innanzitutto necessaria una più completa istruttoria e con sua *ordinanza* rimetterà le parti all'istruttore, oppure potrà anche decidere qualche punto nelle forme di una *sentenza parziale (interlocutoria)* e rimettere le parti all'istruttore per il resto. In queste due ultime ipotesi seguirà una ulteriore fase istruttoria e poi un ulteriore dibattimento della causa nelle forme di prima, fino a che il giudice, in veste di decidente, non possa esaurire con sentenza definitiva (integratrice anche delle precedenti parziali, se ce ne siano state) la materia del contendere e del decidere.

Sia le sentenze definitive che quelle parziali (interlocutorie) dopo la riforma introdotta con la legge del '50, sono di regola *tutte quante impugnabili* nei modi di legge davanti a giudici di grado superiore su di che torneremo fra un momento. Se impugnata sia una definitiva, il processo prosegue in unica sequenza di atti, sia pure mutando giudice. Seguirà un giudizio sull'impugnazione ed eventualmente anche sulla causa in quanto e per quanto essa venga rimessa in discussione. Se impugnata sia una parziale (interlocutoria) le cose si complicano, perchè mentre da un lato ha corso la impugnazione, dall'altro l'istruttoria può riprendere e proseguire simultaneamente davanti al giudice a quo

per giungere alla definitiva; e in questo modo il processo si biforca e ramifica. Potrà tuttavia esser sospesa la impugnazione sostituendola per il momento da un riserva (salvo spiegarla quando si impugni anche la definitiva) oppure potrà esser sospeso il corso davanti al giudice *a quo* in attesa dell'esito dell'impugnazione della sentenza parziale. Nell'uno o nell'altro modo si può evitare la ramificazione del processo in più fasi simultanee. In ogni caso se il processo abbia dato luogo a più sentenze successive, sarà il giudice stesso che con l'ultima di queste ricapitolerà e coordinerà in una sintesi finale il contenuto delle varie decisioni o altrimenti dovranno essere gli stessi interessati che, con una loro rielaborazione (analisi e sintesi) logica, dovranno determinare che cosa resta in vigore del contenuto di ciascuna e ricavarne idealmente il risultato finale complessivo. Il corso del processo può anche prematuramente esser troncato o cadere nel nulla (prima di aver dato luogo ad una sentenza definitiva-irrevocabile) per varie cause di *estinzione*. Può esser sospeso o interrotto e può anche subire delle altre complicazioni (passaggio da un giudice ad un altro, riunione con altri processi ecc.), di cui qui è prematuro far cenno.

II. Il titolo quarto (ultimo) del libro secondo del codice dà, o meglio dava, poi delle « norme per le controversie in materia corporativa ». Ma queste disposizioni, almeno per una gran parte, sono uscite automaticamente di vigore con la caduta degli ordinamenti corporativi del defunto regime, e si può dire che ne sopravvivono soltanto (e neppure tutte) quelle disposizioni che configuravano un *procedimento speciale per le controversie individuali del lavoro*.

Tutti gli altri *procedimenti civili speciali* davanti ai giudici ordinari trovano posto invece... alla rinfusa nel libro quarto. Essi comprendono innanzitutto due tipi di procedimenti di cognizione ridotta, a carattere *sommario*, il *procedimento di ingiunzione* e quello di *convalida di sfratto*. Il primo è un procedimento predisposto a favore di chi abbia ragioni creditorie da far valere, assistite da una prova scritta. Egli può rivolgersi in tal caso al giudice con semplice ricorso e il giudice *inaudita altera parte* può emettere (se se ne convince) un decreto con cui ingiunge al debitore di soddisfare la sua obbligazione. Questo deve esser notificato al debitore e allora o il debitore fa *opposizione* (in via di citazione), e in tal caso ne sorge (quasi in via di ritorno) un pro-

cedimento di cognizione in contraddittorio nelle forme ordinarie, oppure il debitore non fa opposizione dentro certi termini, e allora il decreto diventa definitivo-irrevocabile con gli effetti esecutivi di una sentenza di condanna. Il secondo procedimento serve per giungere allo sfratto dei conduttori di immobili per finita locazione o anche per morosità. Si inizia con una intimazione fatta dal locatore al conduttore con contestuale citazione a comparire davanti al giudice, se voglia farvi opposizione. O il conduttore compare e solleva delle eccezioni, e ne sorge, al solito, un procedimento di cognizione nelle forme ordinarie, o il conduttore non compare o compare e non solleva eccezioni, e allora il giudice con sua ordinanza convalida l'intimazione, imprimendole carattere di titolo esecutivo e questa diventa ormai inoppugnabile.

Nello stesso titolo primo del libro quarto, il codice disciplina anche vari procedimenti *cautelari* e *d'urgenza* ma, per ragioni di chiarezza dell'esposto, preferiamo farne un cenno separato.

III. I procedimenti *speciali* di cognizione civile *davanti a giudici speciali* (giurisdizioni speciali) sono regolati invece da leggi apposite, fuori del codice. Sono per la massima parte procedimenti, nei quali lo Stato stesso compare come parte dell'azione e del giudizio a scopi di *giustizia amministrativa*, di *giustizia tributaria e fiscale*, di *uso o godimento di beni demaniali* (acque pubbliche ecc. ecc.). Dobbiamo riservarci di chiarire allorché tratteremo dei soggetti del processo come e quando lo Stato (e in genere la « pubblica amministrazione ») possa esser parte davanti ai giudici che lo Stato stesso istituisce.

Gli schemi dei procedimenti di cognizione davanti a giudici speciali sono così vari che è difficile additarne veramente un archetipo. Abbiamo tuttavia creduto di fare un gruppo (o sottogruppo) a sè dei *procedimenti di giustizia amministrativa* per la enorme importanza pratica e la sempre maggiore estensione che vanno assumendo.

Come tipico fra questi (almeno in via esemplificativa), può assumersi forse il procedimento *davanti alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*. È un procedimento che mette capo anche questo ad una *pronuncia (dictum)* del giudice. I suoi effetti precipi però sono *costitutivi (annullamento)*, o più raramente, *modificazione di atti amministrativi* e anche se contengano degli acceramenti preparatorii questi hanno normalmente effetti relativi (li-

mitati alla giustificazione del provvedimento costitutivo). Il procedimento si svolge in *contraddittorio* tra l'interessato e gli organi della pubblica amministrazione, il cui atto viene impugnato. E poco importa da questo punto di vista che il procedimento stesso si inizi con ricorso al giudice anzichè con citazione, perchè il ricorso deve esser previamente notificato e pone in grado l'altra parte (pubblica amministrazione) di addurre le sue difese e le sue eventuali eccezioni. Il ricorso prospetta pur sempre una azione-pretesa di tipo civile sebbene fondata di regola sopra un interesse protetto per riflesso o *per occasionem* (interesse legittimo) o sopra un diritto soggettivo affievolito o declassato. Vale rigorosamente la regola che il giudice non può provvedere *ultra nec extra* (con riferimento in questo caso ai mezzi o motivi del ricorso). Anche qui le parti possono addurre non solo argomentazioni, ma anche prove di loro interesse. Ma normalmente per l'indole stessa dei temi e della materia del contendere sono prove documentali. Ciò semplifica di gran lunga le cose. Non vi è pertanto nel procedimento la distinzione di una fase istruttoria governata da un giudice nell'esercizio dei suoi poteri stromentali e poi una fase decisoria davanti al giudice in veste di decidente. Vi sono di solito soltanto dei termini dati alle parti per dedurre e per produrre investendo direttamente della cognizione il giudice decidente. La caratteristica distintiva più saliente è che qui il giudice ha un *potere di inchiesta* sugli atti della pubblica amministrazione, per cui può acquisire d'autorità e anche di propria iniziativa i materiali e le informazioni che creda necessarie. Il che svaluta rispetto a questi procedimenti la importanza delle regole sull'onere della prova, che dominano invece nel processo di cognizione civile ordinario. Non essendovi una fase istruttoria propriamente detta, quando occorre disporre indagini o raccogliere prove che non risultino dagli atti provvede lo stesso giudice decidente a dare (normalmente con sentenza interlocutoria) le opportune disposizioni.

Non crediamo del resto di dire di più sul procedimento non solo e non tanto per il proposito di limitarci qui a dare qualche schizzo sommario, ma perchè tutta questa materia della giustizia amministrativa è riservata nei nostri ordinamenti didattici (e non senza ragione) agli studi ed insegnamenti di diritto amministrativo.

Ad I e II: sulle pronunce (di merito) del giudice nel sistema delle sanzioni rifarsi dal n. 5 I. Ai procedimenti di cognizione in primo grado

è dedicata poi la parte seconda del trattato: nn. 64 a 143; al sistema delle impugnazioni oltre agli accenni del n. 23, la parte terza dal n. 144 al n. 181; ai procedimenti speciali del codice di procedura (compresi fra questi i cautelari), la parte quarta dal n. 182 al n. 202. *Ad III:* per i procedimenti di giustizia amministrativa, brevi accenni al n. 41.

25-bis. COORDINAMENTO FRA COGNIZIONE PENALE E CIVILE. ESERCIZIO DELL'AZIONE CIVILE IN SEDE PENALE. — Ogni fatto che costituisca reato perseguibile agli effetti penali ma arrechi nello stesso tempo danni risarcibili o dia luogo ad obblighi di restituzione a favore di altri soggetti genera a questi effetti anche delle azioni civili; cfr., fra gli altri, artt. 2043 e segg. cod. civ., 185 e segg. cod. pen. (sotto la rubrica particolarmente significativa per noi: *Delle sanzioni civili*). È intuitivo come la legge abbia dovuto preoccuparsi di non lasciar corso separato e del tutto indipendente alla cognizione per gli effetti penali da un lato e per l'esercizio della azione civile dall'altro. Di qui una prima serie di regole di coordinamento, che però differiscono sotto vari aspetti, a seconda che si tratti di reati perseguibili soltanto a querela di parte o anche d'ufficio.

Anche per i primi reati (perseguibili su querela) l'azione penale è sempre pubblica e può essere esercitata solo dal pubblico ministero. Però non può essere esercitata se non ci sia per l'appunto la querela della persona offesa dal reato, cioè una dichiarazione rivolta alle autorità competenti con cui quella denuncia il fatto ed insta perchè abbia luogo il procedimento penale e la punizione (se del caso) del reo. Il codice penale e quello di procedura penale parlano a questo proposito di un *diritto di querela*, espressione nella quale si sente l'eco dello *ius perseguendi*. In realtà però non si può pensare ad un diritto soggettivo privato per la applicazione della sanzione, perchè la materia delle pene è indisponibile. Si tratta piuttosto di una facoltà-diritto di porre in essere una condizione richiesta dalla legge per la effettiva punibilità. E siccome l'esercitare quella facoltà dipende dalla libera iniziativa dell'interessato, si può dire che questi in qualche modo ne dispone. Di regola poi può disporne anche in via di rinuncia preventiva o (salvo eccezioni) anche in via di remissione successiva che in questo caso deve essere altresì accettata dal querelato (artt. 120 e segg. cod. pen., 9 e segg. 13 e 14 cod. proc. pen.). Il diritto di querela si estingue per decorso del tempo (decadenza) e per morte (arti-

coli 124 e 126 cod. pen.) e quello di accettare la remissione, per morte.

La querela è richiesta per taluni reati cosiddetti minori, in cui l'interesse pubblico a punire appare trascurabile, se le stesse persone più direttamente offese non si dolgano del fatto (es. lesioni da cui derivi una malattia guaribile entro i dieci giorni: art. 582 cap. cod. pen.; offese all'onore o al decoro e alla reputazione di una persona: art. 597 al., in rel. agli artt. 594 e 595 stesso cod.). Per altri reati (contro il buon costume o contro l'ordine familiare), la querela è richiesta, perchè possono dar luogo ad indagini di carattere particolarmente delicato, tali da mettere in luce circostanze o situazioni equivocate od immorali, con pubblico scandalo o mal esempio e con danno privato, così da superare l'interesse pubblico alla punizione dei colpevoli (v., ad es., art. 560 ult. cap. cod. pen.).

In tutti questi casi se la persona che potrebbe presentare la querela propone l'azione civile per le restituzioni o per il risarcimento o fa transazione sul danno, la querela non è più ammessa (art. 12 cod. proc. pen.). Estinto d'altra parte per qualunque causa il diritto di querela, sopravvive (se non rinunciata) l'azione civile. In queste ipotesi il coordinamento si risolve dunque con la eliminazione dell'azione penale.

Ma per il caso che la querela sia stata efficacemente proposta o coltivata, come in tutti i casi in cui il reato sia perseguibile e perseguito d'ufficio, la legge deve necessariamente adottare un altro metodo. Essa adotta per ciò come regola il criterio *della precedenza o della preminenza della cognizione penale su quella civile*. I soggetti, ai quali spetta o spetterebbe l'azione civile, hanno la scelta fra due vie: possono *attendere* che il giudice si sia pronunciato in sede penale e poi agire nelle forme del procedimento civile; e in questo caso la sentenza penale ha *autorità di cosa giudicata* sulla sussistenza del fatto (compresi gli estremi del dolo e, fino ad un certo segno, anche della colpa) agli effetti del giudizio civile. Oppure possono proporre la propria domanda per la condanna civile a loro favore (o per l'accertamento degli estremi di altre sanzioni civili) nello stesso procedimento penale, mediante la formalità della *costituzione di parte civile*, nel qual caso è il codice di procedura penale, che disciplina le funzioni e le attività, che la parte stessa può esplicare nel procedimento stesso, in vista

del proprio particolare interesse. Si vedano in proposito gli articoli 22 a 28 e 3 del cod. proc. pen., ai quali rinviando.

Veniamo così ad avere un caso di esercizio dell'azione civile regolato, per quanto concerne le forme, dalla procedura penale anzichè dalla procedura civile (artt. 91 e segg.) e per questa ragione esula dalla nostra trattazione. Dovremo rilevare soltanto che in questo modo le sorti dell'azione civile per quanto concerne l'accertamento vengono a dipendere da un tipo di cognizione profondamente diverso da quello che sarebbe lor proprio (normale od ordinario rispetto ad essa). L'anomalia è (scarsamente) temperata soltanto da qualche disposizione relativa alla ammissibilità ed efficacia legale di certe prove (v. per es. art. 308 cod. proc. pen.). La stessa anomalia, del resto si riscontra anche nel caso in cui la azione civile venga esercitata separatamente, data l'autorità di cosa giudicata che la legge accorda, come s'è detto or ora, alla decisione emanata in sede penale. Agli effetti dell'esercizio dell'azione civile in questa sede, anche i *civilmente responsabili* (artt. 2049 e segg. cod. civ.) del fatto doloso o colposo altrui (reato), possono esser chiamati od intervenire nel procedimento penale a proporre in proposito le loro ragioni ed esplicare, nel proprio interesse, una attività processuale per la assoluzione dell'imputato. Ciò perchè, anche rispetto a loro, la sentenza penale viene ad avere poi autorità di cosa giudicata sulla sussistenza del reato.

Qualche volta può avvenire che la sussistenza del reato dipenda dalla soluzione che si dia ad una *questione pregiudiziale civile* (questioni di stato della persona, *exceptio iusti dominii* in certi reati contro il patrimonio ecc.). Allora il giudice penale può, ed in certi casi anzi deve, sospendere la propria cognizione in attesa che venga risolto in via di cognizione civile quel punto pregiudiziale (artt. 19 a 21 cod. proc. pen.). Il rapporto di precedenza in questo modo almeno parzialmente si inverte, ma è una inversione che non concerne l'esercizio finale delle azioni nascenti dal fatto delittuoso, bensì soltanto la decisione di singole determinate questioni emerse *incidenter* nella cognizione penale.

Altre disposizioni di coordinamento si hanno in materia di provvedimenti cautelari, di incidenti di esecuzione ecc. Ma sono tutte materie regolate del codice di procedura penale e che vanno riservate allo studio di quel codice.

Sul concorso di sanzioni penali e civili: nn. 3 in fine e 4.

26. TIPI DI PROCEDIMENTI: PROCEDIMENTI DI ESECUZIONE FORZATA UNIVERSALE E PARTICOLARE. — Passando ai procedimenti di *esecuzione forzata*, sappiamo già che questi non tendono alla formazione di una pronuncia finale per gli effetti che questa in sé e per sé possa produrre; tendono al conseguimento di *risultati di carattere materiale*, come l'incasso di somme di danaro o il ricupero di un possesso.

I. Verrebbero per primi in questo gruppo i procedimenti di esecuzione forzata *universale* o *concorsuale*, attualmente regolati da una apposita legge speciale (il r. decreto 16 marzo 1942, n. 267) ma, per influssi della tradizione, si sogliono considerare (per lo meno ad effetti didattici) esclusi dal campo del diritto processuale civile. Ciò anche perchè sono applicabili soltanto agli imprenditori che esercitano un'attività commerciale (se non siano enti pubblici o piccoli imprenditori), e quindi gelosamente rivendicati dai trattatisti del fu diritto commerciale.

Caratteristica dell'archetipo (fallimento), è di investire tutto il *patrimonio* del debitore nei suoi elementi attivi e passivi, in relazione ad uno stato di *insolvenza*, rivelato dalla cessazione dei pagamenti o da altri fatti sintomatici (come la continuazione dei pagamenti effettuata con mezzi rovinosi o fraudolenti). La legge ritiene che la prosecuzione della attività commerciale in queste condizioni sia socialmente deprecabile, perchè può rappresentare un pericolo, anzi una insidia fatalmente destinata ad aggravarsi in danno dei terzi di buona fede, e perchè può portare a sempre più gravi offese al principio della *par condicio creditorum*. Per ciò vuole la legge che questa situazione non appena si rivela, sia liquidata, chiamando a partecipare simultaneamente al reparto tutti quanti i creditori. Anzi vi attribuisce tanta importanza per la pubblica economia, che non solo ammette qualunque creditore interessato e anche il pubblico ministero a chiedere la apertura del procedimento, non solo arriva (caso unico più che raro) fino alla apertura d'ufficio per iniziativa del giudice, ma fa obbligo allo stesso debitore dissestato (sotto la comminatoria di sanzioni penali) di denunciare il proprio dissesto per provocare dal giudice l'apertura del procedimento.

Il procedimento si apre, con una pronuncia costitutiva (sebbene si chiami *dichiarativa di fallimento*), la quale crea caso per caso degli organi temporanei *ad hoc* per procedere alla liquidazione, precipuo fra i quali il curatore del fallimento che è, o me-

glio diviene, un ausiliario di giustizia a questo scopo. Con tale pronuncia, si modifica radicalmente tutto il *regime delle azioni* patrimoniali del fallito e contro il fallito (che ormai saranno esercitate dal curatore e contro il curatore in sostituzione di lui). Le azioni creditorie, almeno per la maggior parte, non potranno più essere separatamente esercitate, ma devono confluire in un procedimento unico e complesso, sebbene suscettibile di vari sviluppi, che è la verifica dei crediti (*verificazione dello stato passivo*), e fa parte integrante della liquidazione. A questa verifica farò riscontro un'altra serie di operazioni per la *liquidazione (realizzazione) dell'attivo* e il procedimento si chiuderà (se non sopravvenga un concordato o altra causa di estinzione) col *reparto* del ricavato dell'attivo fra i creditori aventi diritto a parteciparvi, secondo le risultanze definitive della verifica. Si instaurerà tutto uno speciale regime per le azioni revocatorie, per certe ipotesi di rivendicazione, per la risoluzione e cessazione di contratti continuativi in corso eccetera. Anche questi però, sebbene siano manifestamente fenomeni di diritto processuale civile, devono essere abbandonati, per le ragioni tradizionali già accennate, alle trattazioni speciali della materia.

II. *I procedimenti ordinari di esecuzione forzata particolare* dei quali dovremo occuparci *ex professo*, sono regolati nel terzo libro del codice di procedura civile. Essi sono di vario tipo ma con alcuni caratteri fondamentali comuni. Distingueremo esecuzione per *spropriazione*, esecuzione per *consegna o rilascio*, ed esecuzioni relative ad obbligazioni di *fare o di non fare*.

Carattere comune è, che non implicano di per sé la necessità di una cognizione e di un giudizio del giudice sulla sussistenza dell'azione (*ergo* del diritto alla esecuzione). Gli uffici giudiziari devono entrare in attività sulla presentazione di un *titolo esecutivo* precostituito, sia esso di formazione giudiziale o stragiudiziale. Questo implica che l'avente diritto (o chi si pretende tale) se non sia già munito di titolo stragiudiziale (per es. cambiale, atto pubblico che porti costituzione o confessione di debito ecc.) dovrà innanzitutto provocarne la formazione in via giudiziale, attraverso un procedimento giudiziale di cognizione ordinario (sentenza di condanna) o sommario (decreto ingiuntivo, ordinanza di sfratto, ecc.). Se i soggetti passivi dell'esecuzione intendano contestare il diritto, devono promuovere a sensi delle disposizioni del

titolo quinto un separato giudizio di cognizione in proposito in via di opposizione.

L'apertura del procedimento esecutivo propriamente detto, deve essere preceduta dalla formalità preliminare della *notificazione del titolo esecutivo* e di una formale intimazione di adempiere sotto espressa comminatoria che in difetto, decorso un certo termine, si procederà alla esecuzione. Questa intimazione si chiama *precetto*. Al titolo esecutivo ed al precetto è dedicato, per la loro importanza, il titolo primo del libro terzo del codice di procedura civile.

L'esecuzione *per spropriazione*, che serve, come sappiamo, alla soddisfazione *ope iudicis* di singoli crediti di danaro, colpisce singoli beni del debitore, che vengono a questo effetto avulsi e distratti dal suo patrimonio. Essa si svolge di solito in tre momenti: il *pignoramento* che vien compiuto dall'ufficiale giudiziario e con cui si identificano precisamente i beni colpiti, togliendo in pari tempo al debitore il diritto e la possibilità di disporne; la *vendita* per autorità del giudice, onde ricavarne danaro, e il *reparto* del ricavato tra i singoli creditori promotori dell'esecuzione o tempestivamente intervenuti per parteciparvi, reparto che naturalmente dovrà avvenire, in ipotesi, tenuto conto degli eventuali diritti di prelazione e quindi di una eventuale *graduatoria* fra di loro. Alla vendita e al reparto del ricavato, può talvolta esser sostituita (in tutto od in parte) una *assegnazione* in natura, quasi come una forzata o forzosa *datio in solutum*.

Le forme diversificano alquanto, secondo che si tratti di colpire beni mobili in possesso del debitore o di terzi, oppure beni immobili; beni del debitore o beni di terzi, ma assoggettati ad esecuzione in virtù di un diritto di prelazione con sequela reale (privilegi con sequela, pegni, ipoteche). Al procedimento di spropriazione forzata è dedicato il titolo secondo del libro terzo del codice di procedura civile.

Nel codice stesso non ci sono procedimenti speciali di esecuzione per spropriazione. Poche disposizioni particolari di dettaglio sono state introdotte con la legge del '50 per le piccole espropriazioni. Qualche procedimento speciale o specialissimo è regolato in altre leggi (procedimenti fiscali, di credito fondiario, di credito agrario ecc.).

Nel procedimento di esecuzione *per consegna o rilascio* le attività degli uffici giudiziari sono ridotte ad una estrema sempli-

cità, e consistono nel privare materialmente qualcuno del possesso *corpore* di una cosa mobile, per darla materialmente in possesso ad altri oppure cacciare qualcuno dal possesso *corpore* di immobili, per immettervi altri, il tutto accompagnato da dichiarazioni e intimazioni ai terzi, per dar colore e giustificazione giuridica al possesso dato d'autorità. Esso è regolato nel titolo terzo del libro terzo del codice.

Il procedimento di esecuzione forzata relativo ad obblighi *di fare o di non fare* si risolve nel far compiere, per mezzo di personale tecnico idoneo, la *costruzione* o la *distruzione* di un'opera, quando con ciò si possa conseguire un risultato sostituibile (fungibile) a quello che si sarebbe ottenuto se l'obbligato avesse spontaneamente ottemperato all'obbligo suo. Ciò avviene sotto direzione o sorveglianza di uffici giudiziari, con liquidazione delle spese del lavoro compiuto e accessori a carico dell'obbligato. Il procedimento è regolato nel titolo quarto del libro terzo del codice. Neanche di questo tipo vi sono altri procedimenti speciali.

III. Discende da quanto abbiamo detto, che il contenuto tipico dei processi di esecuzione forzata, a differenza di quel che avviene nei processi di cognizione, non consiste in un giudizio. Ciò perchè l'azione che qui si propone e si esercita è già una *azione titolata*, cioè armata di titolo esecutivo. Il contenuto proprio del procedimento è dato dunque dalla *attuazione materiale del risultato*, in dipendenza ed in conformità del titolo (e per ciò appunto si parla di esecuzione). Discende dalla natura stessa delle operazioni che esse vengano affidate in diversi momenti ad uffici minori (ufficiali giudiziari, cancellieri); e quand'anche vi provvedano i giudici dell'ufficio giudicante, essi esercitano in questa sede dei poteri prevalentemente stromentali piuttosto che decisorii.

Questo non esclude che dal corso degli atti possano trarre occasione ed origine anche degli episodii contenziosi, relativi alla legittimità formale-procedurale degli atti stessi e al *quomodo exequendum*, e anche a questo proposito ci potranno essere delle *opposizioni agli atti* (da non confondersi con l'opposizione alla esecuzione che riguarda, se mai, l'*an exequendum*). Ma sono semplicemente giudizi di controllo, e non di essenza del procedimento. E non è neppure di essenza del procedimento, ma ne costituisce anch'esso un accidente collaterale, l'eventuale conflitto che sorge

nel procedimento di spropriazione fra più creditori sul rispettivo diritto di partecipare al reparto.

Sulle sanzioni civili di carattere esecutivo si ricordi: n. 5 II. Ai procedimenti di esecuzione forzata è poi dedicata la parte quinta del trattato dal n. 203 al n. 247.

27. TIPI DI PROCEDIMENTI: PROCEDIMENTI ED EPISODI CAUTELARI CIVILI. — I *procedimenti cautelari* non tendono ad un giudizio definitivo su di una azione civile, nè ad una esecuzione satisfativa (e quindi a sua volta di carattere definitivo). Tendono piuttosto alla introduzione ed attuazione di provvedimenti (o provvidenze), destinati a prevenire l'inconveniente che, mentre si discute della sussistenza (fondamento) di una azione e della soddisfazione a cui tende *ope iudicis*, spariscano i mezzi od i beni sui quali questa in ipotesi si dovrebbe conseguire o accada qualche altro accidente, che la renda impossibile o di gran lunga più difficile. Per la forma (procedura) poi, si distinguono questi procedimenti da tutti gli altri, perchè richiedono innanzitutto una certa cognizione del giudice intorno alla ragione ed alla opportunità della cautela provvisoria da accordare (o non accordare) in attesa della decisione definitiva, e poi una eventuale esecuzione forzata, sempre nei limiti della sua particolare finalità.

Il codice inserisce le disposizioni relative a questi procedimenti nel titolo primo del libro quarto insieme con i procedimenti d'ingiunzione e di convalida di sfratto, di cui abbiamo già fatto cenno, e con altri procedimenti speciali varii, di cui faremo menzione più sotto, in grazia di un accostamento del tutto estrinseco e per ciò di gusto piuttosto discutibile, che consiste o consisterebbe nel carattere sommario della cognizione.

La qualifica specifica di procedimenti cautelari la troviamo data innanzitutto (rubrica del capo terzo, sezione prima del titolo) ai sequestri. Il *sequestro conservativo* è una provvidenza con cui si tende ad impedire ad un debitore (o asserito debitore), di disperdere o sottrarre in danno del creditore (od asserito creditore) i beni che potrebbero essere in ipotesi oggetto di esecuzione per spropriazione (e che costituiscono in questo senso le garanzie generiche del credito). Il *sequestro giudiziale*, invece, tende ad impedire la sottrazione od alterazione di beni individualmente determinati, di cui sia controversa la proprietà o il possesso o di beni comuni in attesa di divisione.

Se sia già pendente la lite per il merito, il sequestro può esser domandato al giudice istruttore e concesso in forma di *ordinanza* su semplice delibazione del *fumus boni iuris* e del pericolo. Se non ci sia lite pendente potrà esser chiesto con *ricorso* ed accordato anche *inaudita altera parte* con decreto, sempre su delibazione del merito e premesse, se del caso, sommarie informazioni. Poi dovrà essere eseguito ad istanza della parte interessata, se questa vuole che abbia effetto. Ciò avverrà con una separata serie di atti e cioè nelle forme del pignoramento se il sequestro sia conservativo, nelle forme di consegna o di rilascio ad un custode nominato dal giudice se sia giudiziario, servendosi del decreto come titolo esecutivo, senza che sia necessario premettere le formalità della notificazione e del precetto. Ecco come in questi procedimenti si inserisce una fase di *esecuzione forzata*. Poi seguirà, se ancora del caso, la notificazione, e la parte interessata dovrà chiedere, nella forma della cognizione in contraddittorio, la *convalida* del concesso ed eseguito sequestro. Se ci sia già lite pendente, essa troverà posto come un incidente nello stesso procedimento; altrimenti la parte interessata dovrà citare l'altra nelle forme ordinarie per la convalida e nello stesso tempo anche per il merito.

Nei casi di *denuncia di nuova opera* e di *danno temuto*, la parte interessata, che afferma di aver diritto di impedire l'esecuzione dell'opera o di ottenere la rimozione della causa materiale del pericolo, potrà ottenere, in forme analoghe a quelle del sequestro, un *provvedimento* (ordinanza o decreto) di immediata esecuzione; potrà farlo eseguire, se del caso, nelle forme idonee (analoghe a quelle della *esecuzione forzata* delle obbligazioni di fare o di non fare). Dopodichè seguirà o riprenderà il processo sul merito anche per gli effetti della convalida del provvedimento cautelare.

Nella sezione quarta dello stesso capo, il codice generalizza poi con estrema elasticità (e non senza una certa indeterminatezza) queste disposizioni a tutti i casi in cui il diritto vantato o preteso da una parte sia minacciato « da un pregiudizio imminente e irreparabile », sotto la rubrica: *provvedimenti d'urgenza*. Finalmente trovano ospitalità nello stesso capo, sezione terza, i procedimenti di *istruzione preventiva*, di cui abbiamo fatto cenno nel capitolo precedente a proposito dell'armamento a difesa dei diritti e delle azioni.

Non costituiscono propriamente un caso di procedimenti cau-

telari ma di procedimenti speciali di merito, *i procedimenti possessorii*, ai quali è dedicato il capo quarto del titolo. E' da notare però che questi possono aprirsi con le forme dei procedimenti di urgenza.

Sulla natura dei provvedimenti cautelari si ricordi: n. 18. Ai procedimenti cautelari sono poi dedicati i nn. 193 a 198 della parte quarta del trattato.

27-bis. DEI PROCEDIMENTI DI GIURISDIZIONE VOLONTARIA. — Anche di questi procedimenti bisogna pur costituire un gruppo a sé per i caratteri particolari della giurisdizione che in essi si esercita e si attua. Ma si tratta di procedimenti *tutti speciali* e così diversi da caso a caso, che non si può ravvisarne un vero e proprio archetipo fondamentale (procedimento ordinario) come non abbiamo potuto indicarlo per i procedimenti speciali di giustizia amministrativa. Dovremo limitarci ad indicare i lineamenti generali di quello fra i procedimenti stessi che trova *più frequente impiego* e che si suol chiamare *procedimento in camera di consiglio* (o « camerale »).

Le relative disposizioni si trovano nel codice di procedura in chiusura (capo VI) del titolo II (« Procedimenti in materia di famiglia ecc. ») con una disposizione finale, aggiuntavi con la legge del '50, che le generalizza agli altri casi in cui la legge non disponga diversamente. Il procedimento si apre con un *ricorso* di un interessato (che in senso processuale e molto generico diventa parte istante) o con richiesta del pubblico ministero al giudice. Il giudice può ordinare che siano *sentiti altri soggetti* (che diventeranno a loro volta parti sempre e soltanto in senso processuale), disponendo la loro convocazione davanti a sé od ordinando che sia loro notificato il ricorso. Normalmente si deve sentire *anche il pubblico ministero*, se non abbia preso esso stesso l'iniziativa. Il giudice può prendere in esame elementi di convinzione che gli siano offerti ed assumere *informazioni* anche d'ufficio. Può autorizzare la presentazione di memorie scritte. Tutto si svolge in camera di consiglio, cioè senza che si faccia luogo a pubblica udienza, *sine strepitu ac figura iudicii*. Si redige processo verbale delle varie attività. In complesso c'è una *cognizione* del giudice, ma ben diversa per i metodi e per i risultati dalla cognizione civile in sede contenziosa (simile piuttosto a quella che si trova nei procedimenti cautelari e d'urgenza). Qui non vale in-

fatti la regola *ne eat iudex ultra vel extra*, non valgono le regole sull'onere della prova, anzi il giudice può esercitare anche d'ufficio dei poteri inquisitorii per appurare la verità.

I provvedimenti finali son dati in forme mutate da quelle del processo di cognizione: *decreto*, *ordinanza*, qualche volta *sentenza*. La loro efficacia caratteristica è di provvedimenti costitutivi (sempre ben si intende a fini non sanzionatorii) e qualche volta assimilabili a quelli di esecuzione forzata; non contengono accertamenti muniti di autorità di cosa giudicata e neppure condanne in senso proprio (salvo eventuali provvedimenti sulle spese). Sono normalmente reclamabili al giudice superiore il quale conoscerà e provvederà nelle stesse forme, non suscettibili di ricorso per cassazione.

Sulla natura dei provvedimenti e procedimenti di giurisdizione volontaria bisogna rifarsi dai nn. 2, 7 e 22. Ai procedimenti di giurisdizione volontaria del cod. proc. civ. è poi prevalentemente dedicata la parte sesta del trattato dal n. 248 in poi.

28. FASI, STATI E GRADI DEL PROCESSO. — I. Quasi tutti i procedimenti (fuor che quelli ridotti alla più semplice espressione) si sviluppano per tappe o per fasi successive, ognuna delle quali trae il suo carattere da un risultato prossimo a cui tende, per giungere progressivamente alla maturazione del risultato finale. Così, per esempio, nello schema del procedimento di cognizione abbiám visto, che si susseguono la proposizione della domanda introduttiva, l'istruttoria, il dibattimento, la decisione; in quello del procedimento per spropriaione (dopo le formalità preliminari) il pignoramento, la vendita (o l'assegnazione) ed il reparto; e così in altri schemi.

Ad un'ulteriore distinzione di fasi nettamente caratterizzate e circoscritte, dà luogo poi il sistema delle *impugnazioni*. Quando il processo abbia dato luogo ad una pronuncia in forma di *sentenza*, e questa non riguardi esclusivamente problemi di competenza (ipotesi della quale faremo cenno poi dopo), il mezzo di impugnazione (impugnativa) normalmente ammesso e preveduto dalla legge, prende nome tecnico di *appello*. Con questo mezzo, la parte interessata ad impugnare (cioè soccombente in tutto o in parte) può denunciare dei (veri o creduti) vizi di costituzione del procedimento di primo grado, non sanati e che si ripercuotano anche sulla sentenza, oppure dei vizi proprii della sentenza medesima che la rendano formalmente annullabile, oppure finalmente

la (vera o creduta) ingiustizia, erroneità od inattendibilità del contenuto sostanziale (di merito) della decisione. Il giudice di appello (secondo grado) può riesaminare ogni cosa, attingere entro certi limiti nuovi elementi di decisione e, se non creda di dover proclamare la nullità assoluta, insanabile ed irrimediabile di tutto quanto già fatto, può ridecidere e provvedere nel merito, *confermando o riformando* la decisione precedente.

Contro le sentenze in grado d'appello, si può proporre *ricorso alla corte di cassazione*, per chiedere la dichiarazione di nullità della sentenza o il suo annullamento per errori *in procedendo* oppure anche per errori *in iudicando* in tema di diritto (non in tema di fatto). La Corte, se accolga l'impugnazione, può dichiarare, se del caso, la nullità assoluta, escludendo che il processo possa avere altro seguito (caso della cosiddetta cassazione *senza rinvio*). Con la speciale composizione che si dice « *a sezioni riunite* », la Corte decide in ultima istanza anche le questioni di giurisdizione, cassando anche in questi casi senza rinvio oppure « *statuendo* » sulla giurisdizione. In tutti gli altri casi (almeno di regola) la Corte può cassare la sentenza impugnata, disponendo che il processo possa essere riassunto e condotto fino ad una decisione finale davanti ad un altro organo dello stesso tipo (*pari grado*) di quello che ha pronunciata la sentenza cassata, organo che essa stessa (corte) in tal caso designerà. Quest'ultimo prende allora il nome di *giudice di rinvio*, e rimane in certo senso sostituito al primitivo giudice di secondo grado. Esso può nuovamente riesaminare infatti la causa e la sentenza di primo grado, negli stessi modi e con gli stessi poteri di giudice di secondo grado, salvo però il precetto di uniformarsi ai principii di diritto che sono stati proclamati dalla Corte di cassazione nella sua decisione di rinvio. Così il processo arriverà ad una decisione sperabilmente definitiva, sebbene non sia escluso che per altri motivi si possa ricorrere nuovamente in cassazione anche contro la sentenza di rinvio; sempre con le stesse conseguenze e quindi con la possibilità di un altro rimedio ad altro giudice. Eccezionalmente la Corte può rimettere talvolta le parti allo stesso giudice *a quo* o ad un giudice di primo grado che dichiara competente.

Ciò che la legge esclude in ogni caso, è che la corte, cassando, possa essa medesima decidere la causa nel merito. Per ciò si dice che non è giudice di terzo grado: i gradi (rispetto al merito) re-

stano sempre e soltanto due, sebbene il secondo, sotto specie di giudizio di rinvio possa rinnovarsi.

Questo sistema normale delle impugnazioni subisce però delle modificazioni sensibili in vari casi. Le più importanti si possono avere, quando in primo grado si sia fatta questione di competenza (originaria) di quel giudice, e questi ne abbia deciso per sentenza. Allora, di regola, è dato di adire direttamente la corte di cassazione senza passare per il grado di appello, e cioè *omisso medio* o, come si dice, *per saltum*, nella forma particolare del ricorso per regolamento di competenza. Una possibilità di ricorso *per saltum* (prima ancora che abbia deciso il giudice di primo grado), è data anche quando si faccia questione di giurisdizione. C'è qualche caso in cui la legge esclude il doppio grado. Si dice allora che il giudice di merito decide in unico grado ma contro le sue sentenze è dato di regola il ricorso per cassazione.

Un altro mezzo di impugnazione concesso solo in qualche ipotesi eccezionale e piuttosto inconsueta è la *istanza in revocazione* davanti allo stesso giudice *a quo*. Per la tardiva scoperta di certe cause di inquinamento del giudizio può esser proposta anche contro sentenze già passate formalmente in giudicato, determinando una riapertura in via straordinaria del rapporto processuale già chiuso. Quanto alla *opposizione di terzo* possiamo rimetterci al cenno già datone più addietro.

Ricordiamo infine che secondo il sistema attuale (dopo la legge di riforma del '50), impugnabili sono non soltanto le sentenze definitive ma anche le parziali (interlocutorie) e abbiamo già accennato a quali complicazioni e moltiplicazioni di fasi e di stadii ciò possa dar luogo.

Le impugnazioni possono esser proposte, almeno di regola, soltanto dentro certi termini fatali (perentorii) e possono altresì esser precluse da altri fatti sopravvenuti dopo la sentenza (accettazione, rinuncia ad impugnare, acquiescenza).

Rimostranze o reclami a scopo di revisione e di controllo, possono trovar luogo anche in quei tipi o fasi di procedimenti, in cui il giudice può provvedere nelle forme dell'ordinanza o del decreto anzichè nelle forme della sentenza. In questi casi però, non si applica il sistema di impugnazioni del quale abbiamo parlato, ma volta per volta la legge disciplina delle altre forme di reclamo (come ad esempio in materia di giurisdizione volontaria).

II. Per quanto le singole fasi del procedimento siano nettamente circoscritte e presentino di solito una fisionomia propria ben caratterizzata, il processo non si spezza nel passaggio dall'una all'altra ma rimane sempre uno, sempre lo stesso che prosegue da principio alla fine, pur passando attraverso così svariate vicende e bene spesso anche da un giudice all'altro. Da questo punto di vista anzi, i varii organi che possono esser chiamati successivamente a parteciparvi (giudice di primo e di secondo grado, corte di cassazione, giudice di rinvio) vengono ad esser considerati come un sistema unico od unitario. Ed a questo sistema si allude in sintesi quando si parla del giudice come (unico) soggetto del rapporto preso nel suo complesso (e non riferendosi ad un dato momento od una data fase del suo sviluppo).

La legge trae, come vedremo a suo tempo, svariate conseguenze pratiche dalla persistente unità-unicità del rapporto, sebbene naturalmente vi siano anche delle disposizioni che ad altri effetti si fondano sulla distinzione-molteplicità di fasi con fini specifici proprii di ciascuna oppure sui meccanismi di raccordo, giunture od articolazioni e che servono nello stesso tempo a segnarne il distacco e mantenerne il collegamento.

Quanto alla terminologia, la espressione *processo* o *procedimento* usata nelle fonti senza altre qualificazioni, allude di solito al rapporto unitario in tutto il suo svolgimento. Qualche volta però si parla, per esempio, di procedimento in primo grado, in appello o in cassazione e allora naturalmente si allude a queste singole fasi. Questa ultima espressione, *fasi*, è comunemente usata nella pratica, come anche la espressione *stadii*, ma non si trovano nè l'una nè l'altra nelle fonti. Tanto nelle fonti come nel linguaggio dei pratici, si trova usata invece la espressione *gradi* per esprimere le tappe dipendenti dal sistema delle impugnazioni (ma comprendendo, talvolta nel plurale anche la fase di cassazione, che pur non costituisce un terzo grado per il merito). Nello stesso senso si sente dire dai pratici: prima e seconda *istanza*.

Non di rado finalmente, si parla, anche nella legge, di *giudizio* con riferimento alle singole fasi determinate dal sistema delle impugnazioni (giudizio di primo o di secondo grado, giudizio di cassazione, giudizio di rinvio). Si parla finalmente di *stato* (stato del processo o stato degli atti) per alludere alla situazione a cui sia pervenuto un processo in un dato momento del suo sviluppo, co-

sicchè la endiadi *stato e grado* viene ad alludere a qualsiasi momento di quello sviluppo, qualunque ne sia la fase.

Per le fasi di impugnazione converrà rifarsi dal n. 8 e 8-bis. Al sistema delle impugnazioni è dedicata poi la parte terza del trattato dal n. 144 al n. 181. Per la distinzione di fasi o stati nel corso interno dei singoli stadii bisogna necessariamente rinviare alle relative parti speciali (descrittive) del trattato.

29. FINE DEL PROCESSO. — I. Naturalmente anche il processo prima o poi deve avere una fine. La legge non conosce processi che si perpetuino o rimangano pendenti *sine die*.

La fine può sopravvenire allorchè il processo metta capo a *provvedimenti definitivi-finali*, che per loro natura non siano impugnabili o non siano soggetti a reclami di carattere ordinario, oppure che cessino di essere impugnabili per decorso di termini o per altra causa (provvedimenti ormai *irrevocabili*).

A questo momento vorremmo dire che il processo cessa di essere pendente, perchè *si chiude* o si conclude con un certo risultato, ma (strano a dirsi) non c'è nella legge e neppure nella pratica un termine tecnico od una espressione tecnica per indicare questo modo (che pure è quello normale) di esaurirsi.

Una terminologia ufficiale c'è soltanto per esprimere la irrevocabilità del provvedimento finale o il fatto del divenire processualmente irrevocabile (salva qualche remota possibilità di eventuale riapertura per effetto di opposizioni di terzi o per certi motivi di revocazione). L'art. 324 del codice che la consacra, parla infatti di *passaggio in giudicato formale* del provvedimento o (peggio!) di *cosa giudicata formale* (processuale). Sono espressioni che non possiamo più eliminare, ma che come sappiamo si prestano all'equivoco. Proprio per ciò le abbiamo già ricordate altra volta, per avvertire cioè che bisognerà ben guardarsi dal confondere il senso che assume il termine « giudicato » congiunto con l'aggettivo *formale* o *processuale*, da quello che esso assume quando si parla di *autorità di cosa giudicata* ai sensi dell'art. 2909 cod. civ. (nel qual caso usando come sostantivo il « giudicato » gli conviene l'attributo di *sostanziale* o *materiale*).

Quando il processo si chiude o si conclude in questo modo, cioè con un provvedimento divenuto irrevocabile, gli atti e le vicende processuali che lo hanno preceduto e che hanno servito a formarli, non hanno ormai più che un interesse retrospettivo. Pe-

rò si può dire che essi tutti hanno spiegato, nell'ambito del processo, gli effetti di cui erano capaci, precisamente in quanto, bene o male, hanno concorso *in itinere* alla formazione del provvedimento stesso.

II. Vi sono poi degli altri modi, nei quali può aver termine il processo, e segnatamente per *estinzione*.

Il nome è stato mutuato dal diritto sostanziale dove generalmente si usa ad esprimere la fine o la cessazione di un rapporto continuativo (estinzione del mandato, della società ecc.). Nel nostro campo assume però un significato tecnico più ristretto e sta ad esprimere la fine del processo, allorchè questa non dipenda dal passaggio in giudicato formale di una sentenza o altro provvedimento con cui il processo medesimo si chiuda o si concluda, bensì da altre ragioni che impediscano legalmente la prosecuzione del processo o di una sua fase (stadio o grado). In questa ipotesi ne deriva non solo la cessazione *ante tempus* o *del processo* oppure *della singola fase*, ma ne deriva altresì che non potendosi più proseguire la serie degli atti fino al risultato finale al quale essa serie tendeva, anche gli atti precedenti risultano ormai inutilmente compiuti e quindi passano alla storia e cessano di avere effetti processuali. In questo modo il processo o la fase di esso in cui l'estinzione si sia avverata viene a dissolversi in un « nulla di fatto », salvo che per qualche risultanza già conseguita che la legge consenta di utilizzare in altra sede e ad altri effetti.

Ben diverse però sono le conseguenze ultime del fenomeno secondo che la estinzione travolga nel nulla *tutto* il processo o *soltanto una fase* di esso, secondo la distinzione o il contrapposto che abbiamo posto in rilievo più addietro fra unità del processo e molteplicità delle fasi. Se travolto sia tutto il processo, evidentemente se ne deve desumere che tutto viene ad essere rimesso processualmente nello *status quo ante*, come se esso non fosse stato promosso. Però *non* ne resta travolta *anche l'azione*. La parte interessata potrà promuovere da capo un nuovo processo per far valere la sua azione pretesa e le altre parti potranno proporre in tal caso da capo tutte le loro eccezioni. C'è in questo senso una espressa disposizione del codice: art. 310 al. « l'estinzione del processo non estingue l'azione ». Nel che sta anzi una pietra di paragone testuale e decisiva per distinguere, come già abbiamo distinto, i due fenomeni: azione (sia pure allo stato di

pretesa) e processo. Il fatto storico che il processo sia stato iniziato e poi svanito ad un certo punto nel nulla, avrà solo come conseguenza la interruzione della prescrizione dell'azione (articoli 2943 e 2945 u. cap. cod. civ.). Se viceversa la estinzione travolga soltanto una fase del processo dopo che era stata pronunciata una sentenza suscettibile di passare formalmente in giudicato, se ne avrà per l'appunto l'effetto di *farla passare in giudicato* come se non fosse stata impugnata; e allora il processo (unitariamente concepito) non finirà in fumo, ma al contrario si chiuderà e si concluderà avendo ormai dato come prodotto il provvedimento contenuto nella sentenza e divenuto ormai definitivo-irrevocabile. Lo stesso avverrà quando sia stato dato un altro provvedimento (es. decreto di ingiunzione) che possa divenire irrevocabile in difetto di opposizione, e l'estinzione travolga soltanto la opposizione già proposta.

Resterà poi a vedere più da vicino (e lo vedremo a suo tempo) *quando* l'estinzione travolga ogni cosa e *quando* invece travolga soltanto una fase. In via di anticipazione esemplificativa, possiamo dire che si verterà (come è logico) nella prima ipotesi se la estinzione avvenga in una prima fase di primo grado, si verterà nella seconda ipotesi quando l'estinzione avvenga in fase di appello. Dubbio poteva essere il caso della estinzione che avvenga nel passaggio dalla fase di cassazione a quella di rinvio o nel corso di quella di rinvio. Il codice risolve il dubbio nel senso della estinzione integrale (art. 393 cod. proc. civ.).

Resterà ancora da vedere (e anche questo lo vedremo a suo tempo) che cosa sopravvive, come relitto dal naufragio, di un processo estinto e sia ancora utilizzabile in un nuovo processo che venga istituito *ex novo* (si veda per intanto l'art. 310 cod. proc. civ.).

Quanto alle *cause di estinzione* sono fondamentalmente due. La prima (in ordine di frequenza e di importanza) è la *inattività delle parti* in un momento in cui la loro attività sia legalmente necessaria affinché il processo abbia corso ulteriore (artt. 307 e segg. cod. proc. civ.). L'altra si ha quando tutte le parti che abbiano interesse a proseguire il processo vi rinuncino, ciò che normalmente prenderà forma di rinuncia di una parte accettata dalle altre. La legge ammette infatti la efficacia di questa rinuncia (relativa unicamente al rapporto processuale od a singole fasi di esso, e che è cosa tutta diversa dalla rinuncia all'azione) e la di

sciplina sotto il nome di *rinuncia agli atti* (art. 306). La estinzione ha di regola gli stessi effetti che nel caso di inattività (salve certe differenze circa le spese del processo, che qui ancora non ci interessano). La volontà delle parti può tuttavia moderare (o forse anche estendere), con manifestazioni espresse, gli effetti *a tergo* dell'estinzione. Esse (parti) potranno, per esempio, rinunciare agli atti della fase di rinvio, all'effetto di far passare processualmente in giudicato la sentenza di primo grado, anzichè travolgere anche quella.

III. Per significare che un processo è in atto o in vita, si usano le espressioni *pendere*, *pendenza*. Per il processo di cognizione, si usa anzi il sostantivo tradizionale *litispendenza*. La pendenza cessa nel momento in cui passa processualmente in giudicato un provvedimento che concluda il processo oppure al momento della estinzione (anche se la estinzione abbia poi degli effetti *a tergo*).

Sulla chiusura o conclusione del processo v. le varie parti del trattato (in via di esemplificazione: nn. 145, 247 ecc.). Sulla estinzione del processo di cognizione in particolare: nn. 138 e segg., 166, 177 ecc.: nei processi di esecuzione forzata: n. 247.

30. LA CONCEZIONE DEL PROCESSO COME RAPPORTO GIURIDICO. PROIEZIONI SUL MONDO ESTERNO. SPESE E DANNI. — I. Nessun processo fra quelli che qui ci interessano, praticamente può sorgere se innanzitutto non ci sia qualcuno che propone al giudice o ad un ufficio giudiziario idoneo una propria domanda, istanza o richiesta (le rare eccezioni a questo principio generale sono quasi tutte fuori del nostro campo). Ciò si vuole e si suol esprimere col latinetto *nemo iudex sine actore*, cioè, parafrasando: non ci può essere un giudice o altro ufficio giudiziario, che entri in attività di funzioni per aprire un procedimento, se innanzitutto non ci sia chi si fa attore (richiedente, *demandeur*) davanti a lui. Quando poi la domanda, istanza o richiesta (nella forma di legge) ci sia, il giudice o l'ufficio non è posto soltanto nella possibilità, ma nella necessità funzionale *iuris publici*, di occuparsene. Rovesciando il latinetto precedente si potrebbe dire: *ubi actor, ibi iudex*. Ciò non vuol dire, che qualsiasi soggetto abbia, quasi fra i suoi *iura status*, l'autorità di far sorgere a favor proprio e quindi verso di sè personalmente una obbligazione di fare (esaminare, decidere,

provvedere) a carico del giudice. Niente affatto. Il giudice si occuperà bensì della domanda (questo è certo), ma sempre e soltanto perchè tale è la funzione per cui è istituito o costituito come organo dello Stato: il fatto della proposizione *a parte actoris* non gli fornirà, in altri termini, se non la materia e la ragione di esercitarla in concreto. Qualche cosa di simile avviene, del resto, per tutti i pubblici servizi organizzati a favore dei cittadini: basta pensare (per far l'esempio più banale) al meccanismo, per cui ciascuno di noi può spedire una lettera raccomandata od un telegramma.

Il tentativo di costruire un diritto pubblico generale concesso a tutti i cittadini verso lo Stato, di agire processualmente in giudizio (o di «processare»), anche per domande del tutto cervelotiche o magari dovute ad un mero equivoco sulle cose o sulle persone (salvo vedersene respingere), tecnicamente non serve a niente. Bisognerebbe infatti affrettarsi a soggiungere che però non sono applicabili in proposito le norme proprie ordinarie e caratteristiche dei diritti soggettivi e delle corrispondenti obbligazioni (e soggezioni). E allora *ad quid*? Meglio si dovrebbe far capo ad una teoria generale dei pubblici servizi posti a disposizione dei cittadini nonchè alla figura giuridica *sui generis* della possibilità-facoltà di invocarne o provarne l'esercizio. Rispetto alla quale, la constatazione che lo Stato può trovarsi nella necessità *de facto* di prendere in esame anche delle richieste senza capo nè coda non è che un inconveniente spiacevole, ma inevitabile, inerente a quella organizzazione.

II. Vero è piuttosto che anche secondo la concezione da noi prospettata ed accolta, a seguito della domanda si istituisce fra il richiedente ed il giudice (ufficio giudiziario) una relazione, *un rapporto*, ma non già del tipo credito-debito e neanche del tipo potere (potestà)-soggezione, come sono di solito (ridotti alla loro forma più elementare) i rapporti di diritto sostanziale, bensì un rapporto che ha per suo contenuto originario da un lato l'apportare (offrire, additare) e dall'altro il desumere (ricavare ed apprendere) la materia e la ragione di esercizio dell'ufficio. E il rapporto non si esaurirà qui. Qualche volta potrà bensì accadere che il giudice, presa conoscenza dell'atto introduttivo, possa e debba senz'altro provvedere o escludere di poter provvedere; e tutto sarà finito. Ma di solito (come appare dai cenni dati più sopra sui vari

tipi di procedimenti) accadrà che si giunga solo attraverso una serie progressiva di attività combinate, alla formazione del provvedimento o dei provvedimenti finali. Non solo; ma spesso accadrà (come pure abbiám visto), che altri soggetti possano o debbano esser chiamati o provocati a partecipare a quelle operazioni o possano spontaneamente intervenire, come antagonisti o come consorti dell'originario richiedente. Potranno così essere apportati od additati, cammin facendo, al giudice nuovi materiali per quelle operazioni, nuovi temi, nuovi dati, nuovi argomenti. Ed a questo effetto, se più sono i soggetti partecipanti, essi non potranno ignorarsi l'un l'altro, ma dovranno reciprocamente informarsi, contraddire, combattere o cooperare, mentre il giudice dal canto suo dovrà progressivamente tener conto d'ogni cosa e, a mano a mano che ne sorga la necessità, usare dei suoi poteri stromentali per giungere in fine a risultati di verità e di giustizia. Ciò val quanto dire, che tra il giudice (quel tal giudice) e le parti (quelle tali parti) si viene a creare in concreto una situazione giuridica particolare, non momentanea e non statica, ma destinata a perdurare e a svolgersi nel tempo fino a che non abbia messo capo alla formazione di provvedimenti definitivi-finali o non sopravvenga altra causa di cessazione. A ciascuno di quei soggetti sono pertanto attribuite-riconosciute o consentite delle determinate *funzioni processuali* per determinare quegli sviluppi o influire su di essi. Per l'esercizio di quelle funzioni ciascuno di loro può compiere o porre in essere degli *atti o fatti processuali*. E ad esprimere le posizioni soggettive elementari che ne sorgono, si sentirà parlare in pratica di *diritti e di doveri*, di *facoltà*, di *poteri*, di *oneri*, di *soggezioni processuali*. È una terminologia che non si riesce ad eliminare nè a sostituire. Bisogna porre per ciò l'accento sulla qualifica di « processuali » ed evitare così di confondere quelle posizioni con le altre... omonime del diritto sostanziale, poichè cause ed effetti di quelle posizioni (processuali) si esauriscono normalmente (e salvo le ripercussioni o le proiezioni esterne che vedremo) *nella sfera interna del rapporto* e dei suoi fini specifici e sono regolate pertanto da un regime tutto proprio e *radicalmente diverso* da quello del diritto sostanziale.

Nella realtà pratica processo e rapporto processuale non sono che lo stesso fenomeno, secondo che lo si ravvisi nel suo aspetto esteriore di fatto, oppure lo si ripensi spingendo più a fondo lo sguardo nella sua tessitura intima od interna. Sono l'atteggia-

mento, il grado di penetrazione, il metodo dell'osservatore o dell'indagatore che variano, e non già la cosa. Ma solo arrivando a coglierne quella tessitura, si arriva anche a rendersi ragione del suo ordinamento legale in relazione ai suoi fini, e del modo predisposto per conseguirli.

III. Quando il processo mette capo a *provvedimenti definitivi* del giudice, questi ne appariscono logicamente come il *prodotto*. E allora se siano provvedimenti di *merito* andranno a spiegare, come tali, la loro efficacia e la loro autorità *fuori* del processo (produttore o formativo) ormai esaurito, che ha servito a formarli. In questo senso « *escono* » (come abbiamo detto altre volte) dal crogiuolo per operare ormai *nel mondo dei rapporti giuridici sostanziali*, là dove soltanto si attua nella realtà la « tutela giurisdizionale dei diritti ». Allo stesso modo, del resto, escono dal loro proprio processo formativo le leggi, per assumere nel mondo la loro autorità di fonti del diritto; e così escono dal loro processo formativo gli atti amministrativi e qualche cosa di simile si può dire perfino degli atti e dei negozi giuridici privati, là dove la loro formazione implichi o richieda un processo identificabile o rilevabile come tale. In questo senso il processo ormai esaurito, passa alla storia, ma l'atto-provvedimento che ne costituisce il risultato ed il prodotto, da questo momento assume un'*esistenza attuale e persistente propria ed autonoma*, vive e vige fuori di là. Quando il giudice abbia pronunciato, per esempio, un accertamento con sentenza passata in giudicato, la efficacia normativa dell'accertamento varrà per il rapporto giuridico sostanziale accertato, con tutte le relative conseguenze; quando il giudice abbia pronunciato un provvedimento costitutivo questo produrrà sui rapporti sostanziali preesistenti le innovazioni e le modificazioni imposte; quando il giudice abbia pronunciato una condanna esecutiva sussisterà da questo momento il titolo, che prima non esisteva, per procedere ad esecuzione forzata. Questo vale naturalmente e necessariamente, ripetiamo, soltanto per i provvedimenti finali di merito. Se il processo metta capo invece ad una sentenza definitiva, con cui il giudice da parte sua declini di decidere il merito (ad esempio per incompetenza, nullità di atti ecc.), la sentenza esaurirà e chiuderà il processo (quel determinato processo), ma non potrà avere altri effetti fuori di là, se non forse (in qualche caso) per norma di altri futuri processi.

Eccezionalmente può avvenire che la legge attribuisca un'efficacia *extra-processuale* anche all'esercizio dei poteri strumentali del giudice, prima che il processo giunga al suo termine, quando ciò sia necessario o per attuare poi nella sua pienezza il risultato finale (se ci si arriverà) o per prevenire la possibilità che questo venga eluso o mandato a vuoto o giunga troppo tardi per servire allo scopo. Dal primo punto di vista basta pensare, per esempio, al pignoramento, come primo passo del procedimento esecutivo di appropriazione, e, se si vuole, anche alla vendita giudiziale dei beni per arrivare poi alla soddisfazione dei creditori *manu iudicis* (e se ne occupa infatti per gli effetti sostanziali il codice civile negli artt. 2910 e segg.); dal secondo punto di vista basta pensare alla esecuzione di provvedimenti cautelari come il sequestro.

E finalmente per completare il tema degli eventuali effetti *extra-processuali* di atti e fatti in sè stessi processuali, converrà ricordare che il fatto stesso di promuovere un processo può avere delle conseguenze secondarie sul diritto sostanziale, come, per esempio, la interruzione della prescrizione dell'azione. E in secondo luogo può avvenire che le parti in occasione del processo e in forma di atti del processo compiano degli atti o dei negozi di diritto sostanziale (per es. rinunce al diritto od alla azione in senso sostanziale). Questi avranno in tal caso tutti i loro effetti primari sostanziali, con reazioni riflesse sul processo.

IV. Ultimo punto: il processo *costa*. Lo Stato provvede bensì sul suo bilancio (e con qualche concorso di enti locali minori) alle spese di organizzazione e funzionamento degli uffici giudiziari. E ancor questa una conseguenza del carattere di pubblico servizio. Però lo Stato coglie poi occasione dal processo per percepire dalle parti delle tasse e delle imposte indirette (bollo, registro, trascrizioni ecc.) e anche qualche propina per gli atti degli uffici minori (uffici giudiziari, cancellerie). E questo ricade sulle parti. Il processo *costa*, anche perchè le parti devono servirsi, come vedremo, di difensori retribuiti, devono provvedere alla retribuzione dei consulenti, alle spese dei testimoni e così di seguito. Il giudice, concludendo il processo con i suoi provvedimenti, può porre talvolta le spese a carico di una parte, condannando l'altra al rimborso. Ne possono nascere allora, come conseguenza del processo, dei debiti e rispettivamente dei crediti. Anche questa va considerata come una specie di proiezione esterna del rapporto proces-

suale. Per di più, il fatto stesso di aver promosso o sostenuto un processo, può talvolta esser considerato come un fatto dannoso di una parte a carico dell'altra, e possono nascerne delle responsabilità per danni. Altre responsabilità possono nascere dall'aver promosso dei provvedimenti, che operino nel mondo esterno, se questi risultino poi ingiustificati (provvedimenti esecutivi, cautelari ecc.).

Seguendo l'esempio del codice, ne parleremo più avanti a proposito delle parti, perchè effettivamente conviene premettere qualche altra nozione sui doveri e sugli oneri processuali dei vari soggetti. Ma anche questi fenomeni volevano qui esser menzionati, come casi di reazioni del processo sui rapporti sostanziali.

Ad I: sull'agere in senso processuale, bisogna rifarsi dal n. 9 e relativi richiami. *Ad II:* sulle funzioni processuali delle parti e del giudice nel procedimento di cognizione in primo grado: nn. 69 a 76 (capitolo secondo della parte seconda); nei procedimenti di esecuzione: n. 205. Sugli atti e fatti processuali: nn. 53 e seguenti. *Ad III:* sulla proiezione dei provvedimenti nel mondo esterno: nn. 5, 8 e altri già citati. *Ad IV:* sulle spese e sui danni: n. 51.

CAPITOLO QUARTO

SOGGETTI DEL PROCESSO: IL GIUDICE

SOMMARIO: 31. I « giudici » e i limiti generali delle loro attribuzioni. Nozione del difetto assoluto di giurisdizione. — 32. Limiti cosiddetti di giurisdizione fra giudici ordinari e speciali, e fra giurisdizione civile e penale. Nozione del difetto di giurisdizione-competenza. — 33. Organi ordinari della giurisdizione civile. Loro uffici elementari e loro composizione. Astensione, ricusazione e responsabilità dei funzionari. — 34. Limiti analitici di attribuzioni fra i vari uffici elementari. Nozione e conseguenze del difetto di attribuzioni. — 35. Ripartizione dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali fra organi ed organi. Competenza ed incompetenza. — 36. Limiti di giurisdizione-competenza nei rapporti internazionali. — 37. Degli ausiliari di giustizia.

31. I « GIUDICI » E I LIMITI GENERALI DELLE LORO ATTRIBUZIONI. NOZIONE DEL DIFETTO ASSOLUTO DI GIURISDIZIONE. — I. Ai soggetti è dedicato coi primi tre titoli (98 articoli) una delle due masse fondamentali di « disposizioni generali » del libro primo del codice. L'altra riguarda gli atti processuali ed è contenuta nel titolo VI, ultimo del libro. Fra le due c'è una specie di passerella, costituita dai titoli IV « sull'esercizio dell'azione » e V sui « poteri del giudice », il cui contenuto effettivo si riduce però a poche disposizioni eterogenee e per lo più mal dislocate a questo posto. Dal canto nostro ci siamo già occupati in modo più organico di questi temi centrali nei capitoli introduttivi che precedono; e non riprenderemo il discorso se non quando arriveremo a trattare partitamente dei singoli tipi di procedimenti. In questa prima parte del nostro trattato dovremo occuparci invece anche noi di ciò che vi sia di veramente generale (... o quasi) nelle due masse maggiori del primo libro.

Le disposizioni *quae ad personas pertinent* non possono riguardare (com'è logico in una polarizzazione cosiffatta) i soggetti (giudice e parti) in quanto siano già operanti in atto sulla scena del processo, ma prima ancora che essi, per così dire, escano dalle quinte. In buona sostanza si tratta cioè di determinare genericamente, come *prius*, che cosa essi siano capaci o abbiano potenza di fare e i ruoli e le vesti che potranno assumere, i caratteri e i

requisiti che per ciascuno si richiedono. E cominciamo dal giudice.

II. « *Giudice* »: questo termine che vediamo continuamente usato nelle fonti, è anfibologico, perchè qualche volta serve a designare l'*organo* giurisdizionale come unità-tipo di tutta la categoria oppure un dato organo in concreto, singolarmente considerato, oppure anche (in sintesi) quella *serie di organi* davanti ai quali può esser portato successivamente uno stesso processo nelle sue varie fasi; altre volte allude invece ad un ufficio elementare che chiameremo più tardi *ufficio giudicante*, altre volte ad un *singolo componente* dell'ufficio, in quanto gli siano demandate certe speciali attribuzioni, quasi come *ufficio dell'ufficio* (giudice istruttore, giudice dell'esecuzione ecc.), e altre volte infine allude alla persona fisica di un *funzionario* addetto agli uffici (il giudice signor tal dei tali). Dove possa nascerne equivoco, cercheremo come sempre di evitarlo con opportuni accorgimenti.

Il *giudice-organo* appare naturalmente come il personaggio necessario e principale del processo, non perchè esso come tale sia soggetto di diritto (persona giuridica), ma perchè in esso si incarna o si impersona lo Stato; ed è in realtà lo Stato che, impersonandosi così, giunge a dare, attraverso al processo, quei provvedimenti in cui si attua la sua funzione giurisdizionale.

Prospettando questa nozione fino dalle prime pagine del trattato in forma intuitiva, ci siamo astenuti dal precisare di più. Ma *organo*, che cosa vuol dire? Questo è un problema che concerne la formazione e l'ordinamento in generale di tutte le persone giuridiche e (prima ancora) di tutti i raggruppamenti collettivi e di tutte le istituzioni a scopi finali, che trascendano le possibilità pratiche di attuazione da parte di individui singoli ed effimeri. Anche per realizzare quegli scopi però è *in rerum natura* che ci debbano essere pur sempre delle persone fisiche che svolgano nel tempo le attività necessarie. Da queste esigenze per l'appunto sorge sotto un duplice aspetto la figura dell'ufficio, dalla quale poi anche l'immagine dell'organo.

Prima o poi ne avverrà sempre infatti che si vengano identificando, con opportuni ordinamenti interni dell'ente o del gruppo, certe sfere (sia una, sian più o sian tante) di compiti a cui provvedere, stabilmente definite, e che si possono caratterizzare con la nozione e col nome *ufficio in senso funzionale* (*officium*). Correlativamente bisogna che si formino nel seno dell'ente o dell'organo dei nuclei, dei corpi, dei centri a loro volta stabilmente dif-

ferenziati e specializzati, provvisti di uomini e di mezzi, dotati di stromenti e di poteri, che agiscano od operino per la realizzazione di quei compiti nelle rispettive sfere.

Dal carattere di stabilità (perpetuità) di queste formazioni si è indotti allora a soggettivarle idealmente come titolari (investite) esse stesse dell'ufficio in senso funzionale, costanti, sempre identiche a sè stesse, non ostante l'inevitabile variare ed avvicinarsi delle persone fisiche, che in ciascun momento possano esser destinate o chiamate a comporre o a farne parte. Lo stesso processo mentale o intellettuale porta poi ad estendere per metonimia anche a quelle formazioni lo stesso nome di ufficio non più in senso funzionale, bensì *in senso soggettivo o soggettivato* o (come diremo poi) in senso *organico*. Perde importanza cioè da questo punto di vista che quelle persone fisiche « siano » o si chiamino « al secolo » Tizio, Caio o Sempronio ed abbiano, come tali, una propria personalità « privata ». Assume viceversa importanza preponderante la legittima destinazione e quindi la veste o qualità in cui agiscono, perchè in quella veste essi, tutti egualmente e indifferentemente, chiunque siano o comunque si chiamino, devono determinarsi soltanto in funzione di compiti e degli scopi dell'ufficio e non dei loro interessi o del loro modo di vedere come persone private. Indifferente quindi (sempre relativamente ben si intende) che nel corso del tempo Tizio venga sostituito da Caio o da Sempronio o da un qualsiasi altro. Le persone fisiche passano, entrano, escono, ma l'ufficio resta e non muta.

Di qui l'immagine biologica dell'*organo* (o dell'*ufficio inteso in senso organico*, ciò che torna lo stesso), correlata all'immagine del gruppo o dell'ente come organismo. E questa ormai una immagine così familiare e così rappresentativa, che non si trova neanche un altro termine tecnico per evocare mentalmente il fenomeno. Almeno per gli enti pubblici, i nostri vecchi avrebbero detto forse *magistratus*, magistratura o maestrato, ma per noi si presterebbe ad altri equivoci terminologici (di cui non è andata immune neanche la costituzione). Comunque, facendo il debito posto agli elementi immaginari di quella rappresentazione e di quella terminologia, è certo che dai caratteri ai quali essa allude (persistenza o perpetuità, costanza delle attribuzioni, relativa indifferenza della personalità individuale e privata dei componenti, coerenza inscindibile col gruppo o con l'ente ecc.), derivano delle conseguenze anche di ordine tecnico-giuridico che differenziano quel

regime giuridico degli organi-uffici dall'ordinario regime del mandato e della rappresentanza, in cui è sempre presente e dominante l'*intuitus personae*. Anzi il regime tecnico giuridico dell'ordinamento degli uffici porta a questo risultato: che mentre nel caso di mandato-rappresentanza sono visibilmente « in giuoco » due persone autonome e ben distinte (mandante-representato; mandatario-rappresentante), quando opera od agisce viceversa nei suoi limiti legittimi l'ufficio-organo di un ente o di una collettività, si ritiene che operi od agisca *l'ente stesso o la stessa collettività* di cui l'organo è elemento costitutivo. Qui vi è in « giuoco » quindi (a quanto si pensa o si ritiene) un unico soggetto. In questo senso, tornando più vicino ai casi nostri, dovrebbe risultare chiarito, perchè dicevamo e diciamo che la giustizia è amministrata in concreto non già dal signor tale o dal signor tal altro, che identifichiamo con un nome e cognome, giudici-persone fisiche (funzionari), bensì dalle preture, dai tribunali, dalle corti ecc. organi dello Stato, nei quali a questo effetto (riprendiamo la immagine già usata) lo Stato stesso si impersona o si incarna.

III. Discende da queste premesse che il giudice-organo, per essere veramente tale (incarnando od impersonando lo Stato) e per poter divenire legittimamente soggetto di un qualunque processo, bisogna prima di tutto che sia *legittimamente istituito*, ed operi con quella *formazione costitutiva* che le leggi stesse prescrivono, nonchè sotto le insegne ideali (se non sempre materiali), che devono contraddistinguere l'esercizio della sua attività ufficiale. La istituzione in concreto, che implica automaticamente anche la investitura delle pubbliche attribuzioni, risulterà dai relativi atti amministrativi compiuti in conformità della costituzione e delle leggi sull'ordinamento giudiziario e integrati poi dalla provvista del personale e dei mezzi necessari. Qualunque pseudo-attività processuale, qualunque pseudo-provvedimento di un sedicente ufficio che difettasse di quella investitura, sarebbe, come ben si comprende, giuridicamente inesistente in modo assoluto. La sentenza di Porzia nel *Mercante di Venezia*, non è una sentenza perchè Porzia non è un giudice.

Quand'anche vi sia stata una legittima istituzione originaria dell'organo, occorre poi che nell'esercizio delle sue varie attività in concreto e nel momento in cui vengono compiute, sussista o ricorra quella composizione per numero e qualità di funzionari che la

legge specificatamente ha cura di richiedere. Se in qualche dato momento sieda od operi, ad esempio, *pro tribunali* qualcuno che non vi sia legittimamente destinato, i relativi atti saranno giuridicamente nulli o quanto meno (se la legge consideri veniali quei vizii) saranno processualmente impugnabili. A determinare caso per caso quale sia la legittima composizione concorrono insieme le norme dell'ordinamento giudiziario generale, per le quali dovremo limitarci a qualche breve richiamo, e le norme di procedura che dovremo evidentemente prendere in esame, a tempo e luogo.

IV. I giudici nel loro complesso costituiscono come s'è detto a suo tempo un *sistema di organi* (altra immagine anche questa desunta da una similitudine biologica-anatomica), differenziati da tutti gli altri organi dello Stato, per l'esercizio (esclusivo) della funzione giurisdizionale. E in sintesi sappiamo già in che cosa questa consista. Ma dobbiamo ora riproporci in modo più concreto il problema dei *limiti legittimi delle loro attribuzioni* nel campo della procedura civile, tema che, sia pure con disposizioni stranamente lacunose ed imperfette, anche il codice prospetta in primo piano.

Dire che gli organi costituiscono un sistema val quanto dire, che ci sono innanzi tutto dei *limiti generali* di attribuzioni, per tutti quanti. Ciascuno di essi e in qualunque caso si solleciti la sua attività, deve cominciare pertanto col proporsi il problema: se ciò che gli si chiede cada o non cada entro quei limiti, distinguendo l'attribuzione di *provvedere* positivamente (accogliendo la richiesta) dalla attribuzione di *conoscere* del caso (sia pure per declinare di provvedere).

Questi limiti risultano, come è logico, non solo e non tanto dalle leggi sull'ordinamento giudiziario quanto dalle disposizioni in materia di azioni e di sanzioni o rispettivamente da quelle relative ai possibili provvedimenti di giurisdizione volontaria.

Volta per volta, il giudice dovrà chiedersi cioè se il caso, così e come gli si presenta, è o non è riducibile ad uno degli schemi legali tipici astratti, in relazione ai quali la legge dispone che possono essere emanati dei provvedimenti giurisdizionali e, in ipotesi, di quale tipo siano a loro volta questi provvedimenti. Se il risultato di questo esame, che è essenzialmente di diritto, sia radicalmente negativo, altro non resta al giudice che dichiarare che nè esso me-

desimo nè alcuno altro, può dare provvedimenti di sorta in proposito (ci sarà giurisdizione per conoscere e negare, ma non per provvedere positivamente). Se viceversa il risultato sia affermativo, se il caso sia riducibile cioè ad uno schema in relazione al quale la legge prevede o dispone siano emanati provvedimenti di un certo tipo, allora il giudice dovrà concluderne di aver giurisdizione per emanare (se ricorrano tutti gli altri estremi prescritti) provvedimenti di quel tipo (ma non di tipo diverso).

Per esempio: si chiede la pronuncia di un divorzio; dovrà rispondere il giudice che in nessun caso la legge ammette (almeno per ora) l'emanazione di provvedimenti di questo tipo, *ergo* che nessun giudice ha giurisdizione per provvedere in quel senso. Ma se al giudice si chiede di condannare un debitore che non paga o un possessore senza titolo che non vuole restituire la cosa al proprietario, evidentemente il giudice non potrà dire *non possum*.

Da questo punto di vista la pronuncia sulla giurisdizione, sebbene formalmente concepita come pronuncia in ordine alle attribuzioni dei giudici, si risolve nella decisione di un punto *pregiudiziale di merito*, e può assumere su questo punto autorità di *cosa giudicata* in senso sostanziale. Così, per esempio, se il giudice dichiara (pronunci) esservi giurisdizione a provvedere su di una determinata domanda, questo vuol dire che il diritto che si fa valere (se risulti fondato) può ottenere « tutela giurisdizionale ». Per converso, se il giudice dichiara che non c'è giurisdizione e su questo si formi il giudicato, la domanda non si potrà mai più riproporre con successo, nè allo stesso nè ad alcun altro giudice. Il merito ne riesce mortalmente ed irrimediabilmente ferito. In altri termini ancora: dire che c'è giurisdizione vuol dire che l'azione è giuridicamente proponibile od ammissibile ed inversamente. E su questo punto può formarsi un giudicato di merito.

Ma che cosa succederà se inavvedutamente, per equivoco o per errore, un giudice emetta *sub pretestu iurisdictionis* un provvedimento, che nè esso medesimo nè alcun altro giudice avrebbe avuto autorità di emanare? In questi casi si parla nelle fonti e anche nella pratica di *difetto di giurisdizione*, anzi di *difetto assoluto* di giurisdizione o di *eccesso di potere*. Difetto-eccesso, in fondo, è sempre lo stesso fenomeno, considerato e rappresentato da due opposti punti di vista (chè eccede solo chi difetta e inversamente).

Le conseguenze però non sono le stesse in ogni caso. Sotto questo aspetto conviene riprendere una distinzione accennata altre volte, tra il profilo delle funzioni e quello dei poteri, come elementi delle attribuzioni giurisdizionali. Teoricamente, se è data la funzione dovrebbero essere dati anche i relativi poteri, e dove sono dati i poteri dovrebbe voler dire che è data anche la funzione (non la bilancia senza la spada, ma neanche la spada senza la bilancia). I limiti pertanto dovrebbero coincidere. All'atto pratico però la distinzione è tutt'altro che scevra di conseguenze.

Infatti dove i limiti delle attribuzioni sono concepiti ed espressi dalla legge come *limiti di poteri*, il confine appare di solito manifesto e categorico, a tal segno che un eventuale sconfinamento risulta riconoscibile anche esteriormente, a primo aspetto e senza possibilità di equivoci. Allora il provvedimento esorbitante può ritenersi *eo ipso* nullo ed inefficace, di nullità radicale, insanabile, opponibile sempre, da chiunque, e può ritenersi legittimo anche il rifiuto di obbedienza. In questi casi si dovrebbe dire che il difetto di giurisdizione è, anche per le sue conseguenze, veramente assoluto, anzi (se fosse lecito il superlativo)... *assolutissimo*. Quando invece il limite sia concepito ed espresso o quanto meno determinabile soltanto in relazione agli scopi ed ai compiti (*limiti di funzione*), occorrerà di solito un esame intrinseco del merito per rilevarne *intus* l'eventuale esorbitanza (uso dei poteri fuori dei limiti della funzione), il che la rende sempre più o meno discutibile. Bisogna escludere in tal caso, che sia legittimo il rifiuto di obbedienza e non sembra si possa configurare (almeno nel maggior numero dei casi) una nullità-inefficacia assoluta. Per togliere efficacia al provvedimento, bisogna provocare un giudizio in proposito. La nullità si degrada praticamente a semplice annullabilità, ed è anche concepibile che la legge ponga dei termini per impugnare l'atto, scaduti i quali non può più farsene questione.

Ma ne sorge allora un altro problema e cioè: chi potrà farsi giudice in proposito? Abbiamo già detto più addietro che si è creduto di risolvere le difficoltà costituendo giudice supremo in proposito la Corte di cassazione giudicante a sezioni riunite (articoli 37 al., 360 n. 1 e 374 al. cod. proc. civ.), considerandola come organo supremo di indiscutibile serenità, imparzialità e sicurezza di giudizio, tale da dare in proposito, a tutti e per tutti, la massima garanzia.

Si capisce che anche quando vi sia una nullità-inefficacia del provvedimento per difetto assoluto-assolutissimo di giurisdizione (poteri), il caso può essere portato egualmente fino alla Corte di cassazione. Nell'uno come nell'altro ordine di casi, la corte « cesserà » il provvedimento impugnato, dichiarando che nessun altro giudice può provvedere, il che secondo la terminologia del codice si esprime, come sappiamo, dicendo che « cassa senza rinvio » (art. 382 u. cap. cod. proc. civ.). Ma nel primo ordine di casi la decisione avrà valore, secondo noi, di una dichiarazione di nullità, nel secondo ordine di casi (quando cioè vi sia soltanto un problema di limiti di funzione) il provvedimento avrà piuttosto valore di annullamento. E nel secondo ordine di casi (a differenza del primo), se il provvedimento non sia tempestivamente impugnato, acquisterà efficacia e valore irrevocabile, perchè non è più data la possibilità di farlo riesaminare nel suo intrinseco e di farlo annullare.

Ad II: sulla concezione del giudice-organo e sull'ufficio in senso funzionale (giurisdizione) bisogna ricollegarsi ai nn. 1, 8 e 8-bis. *Ad III:* sul difetto di legittima costituzione del giudice (conseguenze): nn. 56 e 63. *Ad IV:* sulla distinzione funzioni-poteri nelle attribuzioni risalire al n. 8 I e IV e sugli schemi tipici legali delle azioni al n. 10. Sulle attribuzioni della Corte di cassazione a sezioni unite: nn. 8-bis III e 28; sul regolamento di giurisdizione: nn. 151 a 156.

32. LIMITI COSIDDETTI DI GIURISDIZIONE FRA GIUDICI ORDINARI E SPECIALI, E FRA GIURISDIZIONE CIVILE E PENALE. NOZIONE DEL DIFETTO DI GIURISDIZIONE-COMPETENZA. — La ripartizione interna delle attribuzioni giurisdizionali fra i vari giudici si ottiene poi nel nostro sistema per mezzo di diversi ordini di norme legali, da cui diversi ordini di *limiti specifici* particolari.

Ci sono innanzitutto anche fra giudici e giudici (organi), dei limiti cosiddetti di *giurisdizione*, più o meno assimilabili, per certi effetti, a quei limiti generali di tutto il sistema, dei quali abbiamo parlato più sopra.

Bisogna che cominciamo col ricordare, sotto questo aspetto, la distinzione già prospettata più sopra tra *autorità giudiziaria ordinaria* (giudici ordinari) e *giurisdizioni speciali* (giudici speciali). La distinzione dei rispettivi campi e delle rispettive sfere è fatta, come dicemmo allora, avendo riguardo alla diversa natura e alle diverse caratteristiche della *materia*, cioè delle cause, pratiche od affari sui quali si tratta di provvedere. La legge considera i vari

ordini di giudici fra i quali introduce quella distinzione, come investiti istituzionalmente di attribuzioni giurisdizionali (giurisdizione) soltanto dentro i limiti del campo o della sfera loro assegnata (per materia). Se qualcuno di questi scófini nel campo riservato esclusivamente ad altri, la legge ritiene per conseguenza, che vi sia da parte loro *difetto di giurisdizione* a provvedere e che ogni sconfinamento sia per conseguenza *eccesso di potere*.

La cosa può parere singolare a primo aspetto, perchè a proposito dei limiti generali del sistema abbiamo detto, che il problema del difetto di giurisdizione investe un punto pregiudiziale di merito, mentre qui sembra che vi sia soltanto un problema di scelta fra giudici e giudici. Ma già altra volta, parlando di procedimenti, abbiamo avvertito che bene spesso i giudici speciali hanno poteri che non hanno i giudici ordinari, ed inversamente. Per esempio: le giurisdizioni speciali amministrative (come le sezioni giurisdizionali del consiglio di Stato e le giunte prov. amministrative) hanno poteri di annullare o modificare gli atti amministrativi, mentre questo potere è negato ai giudici ordinari; questi hanno poteri di condannare la pubblica amministrazione al pagamento di somme, e risarcimento di danni ecc.: le giurisdizioni amministrative non li hanno. Diventa evidente pertanto che non è indifferente, anzi può avere capitale importanza anche per il merito, determinare se la giurisdizione spetti in proposito a questi od a quei giudici.

In caso di trasgressione dei limiti reciproci (con conseguente difetto di giurisdizione-eccesso di potere), i provvedimenti esorbitanti possono essere dichiarati nulli o annullati. Giudice supremo anche in questa materia è la Corte di cassazione a sezioni riunite (art. 37 al., 362 al., 374 al. cod. proc. civ.). C'è però questa differenza: che quando si tratti di limiti di giurisdizione in senso proprio (limiti assoluti posti a tutto il sistema), la Corte deve dichiarare che nessun giudice poteva nè potrà provvedere oltre i limiti (con cassazione senza rinvio, come vedremo, delle sentenze esorbitanti); quando si tratti invece di limiti reciproci interni fra giudici e giudici, la corte, negando ad un giudice la giurisdizione, deve statuire dichiarando a quale altro giudice essa spetti, onde quelle figure di provvedimenti della corte che il codice chiama di *regolamento di giurisdizione* (artt. 41 e 382 cod. proc. civ.). Per questi motivi, al fine di distinguere i due ordini di casi e di additare una certa analogia fra questi provvedimenti e quelli che, come vedremo, servono a regolare la competenza, sembrerebbe preferibile

che, quando si tratti di limiti di giurisdizione fra giudici e giudici, si parlasse di *giurisdizione-competenza* o di *competenza giurisdizionale*, anche se questa terminologia non si veda usata nel codice.

Come altro limite interno di *giurisdizione* (e non solo di competenza), ma con caratteri in parte diversi, va considerato poi anche il limite di discriminazione fra *civile* e *penale*. Vi sono alcuni organi ordinarii o speciali, ai quali la legge non demanda in nessun caso (*ergo* interdice) di pronunciare o provvedere sull'applicazione di sanzioni penali oppure viceversa sull'applicazione di sanzioni civili. Allora se ne deve senza alcun dubbio dedurre, che implichi *difetto di giurisdizione* il provvedere fuori di quel limite: i provvedimenti esorbitanti si dovrebbero ritenere radicalmente ed insanabilmente nulli ed inefficaci, e non semplicemente impugnabili-annullabili. Così, per fare un esempio, non possono pronunciare o provvedere sull'applicazione di sanzioni penali i giudici conciliatori. Se, per assurda ipotesi, un conciliatore condannasse qualcuno alla detenzione od alla reclusione, al provvedimento, anche se non impugnato, dovrebbe essere negata qualunque efficacia dagli uffici ai quali spetta l'esecuzione penale.

Più delicato è il problema per quegli organi-giudici, che possano pronunciare e provvedere sia in materia di sanzioni penali che di sanzioni civili. Per questi non ci può essere all'origine un difetto (istituzionale) di giurisdizione. Si può ritenere per altro, che la giurisdizione sia data loro per la applicazione di sanzioni dell'uno o dell'altro ordine, a condizione (*iuris*) che ciò avvenga nelle forme dei rispettivi procedimenti, e solo in quanto l'azione sia esercitata a sua volta (condizione inscindibile dalla precedente) in modo appropriato. Altrimenti si deve ritenere, che ci sia anche in questo caso *difetto di giurisdizione* per difetto di quella *condizione* essenziale, alla quale la giurisdizione stessa è subordinata.

Giudice supremo dei limiti è sempre la Corte di cassazione che, secondo noi, dovrebbe pronunciare anche in questa ipotesi a sezioni riunite.

Sulle giurisdizioni speciali amministrative: nn. 25 III, 41 e 43; sulla differenziazione fra cognizione penale e civile: n. 24.

33. ORGANI ORDINARI DELLA GIURISDIZIONE CIVILE, LORO UFFICI ELEMENTARI E LORO COMPOSIZIONE, ASTENSIONE, RICUSAZIONE E RE-

SPONSABILITÀ DEI FUNZIONARI. — I. Gli organi della autorità giudiziaria ordinaria investiti di giurisdizione civile, sono di vario tipo e cioè: gli *uffici di conciliazione* (o, come più spesso si dice, i giudici conciliatori), le *preture* (o, come più spesso si dice, i pretori), i *tribunali*, le *corti di appello*, la *Corte di cassazione* (che può funzionare a sezione semplice od a sezioni riunite). Moltissimi (migliaia di migliaia) gli uffici di conciliazione, molte le preture (circa un migliaio), un po' meno i tribunali (circa un centinaio), meno ancora (poche decine) le corti di appello, unica la Corte di cassazione.

Ognuno di questi organi ha la sua propria *sede* fissa (*locus*) come Roma, Milano, Napoli o magari Peretola o Roccacannuccia, nella quale materialmente stabilirà poi i suoi uffici in determinati locali (*locus loci*). Intorno alla sede sarà tracciata, ad effetti che vedremo, una *circoscrizione* giudiziaria, più o meno vasta e comprensiva. Dispongo in proposito la legge sull'ordinamento giudiziario con annesse tabelle e leggi speciali. La Corte di cassazione (unica) ha sede in Roma (palazzo di giustizia).

II. Ogni organo piccolo o grande è costituito da tre uffici elementari, la cui diversa composizione determina la varietà dei tipi: *ufficio giudicante*, *cancelleria*, *uffici giudiziari*.

Anche qui parlando di uffici bisogna intendere l'espressione in senso organico, con richiamo ad immagini desunte dalla biologia o dall'anatomia, che pur configurano talvolta degli organi complessi. Qualifichiamoli elementari quegli uffici appunto perchè nessuno di loro può esistere separatamente in modo indipendente e per converso non esiste nessun organo senza quel raggruppamento; tutti poi (più o meno) variamente concorrono all'esercizio delle attività fondamentali dell'organo (complesso), anche se hanno qualche altra attribuzione autonoma.

L'ufficio cardinale è naturalmente l'*ufficio giudicante*, al quale spetta di deliberare tutti i provvedimenti finali con cui può chiudersi o concludere in concreto ogni processo, nonchè quelli che dichiarano la estinzione e anche molti (e di solito i più importanti) dei provvedimenti stromentali, a seconda delle indicazioni che per questi ultimi fornisce, volta per volta, la legge stessa nelle discipline dei vari procedimenti. Naturalmente l'ufficio giudicante se deve provvedere, bisogna anche che partecipi, sempre secondo le indicazioni della legge, alle attività preparatorie dei provve-

dimenti, con funzioni, poteri e quindi attività di direzione, di polizia processuale, di assunzione e di acquisizione anche autoritativa, se occorre, di dati e di elementi informativi e di quant'altro possa occorrere.

Tutto questo bisogna desumerlo dalle disposizioni normative particolari contenute nello stesso libro primo del codice e più ancora nei libri successivi sui vari tipi di procedimenti. Il codice stesso non fornisce infatti in proposito un cenno didascalico, descrittivo-informativo, come lo fornisce invece per i cancellieri e gli ufficiali giudiziari. Vi è in ciò non soltanto un difetto di simmetria esteriore, ma anche il riflesso di una certa imprecisione concettuale in ordine alla struttura e alla posizione giuridica rispettiva degli organi e dei loro uffici elementari, teoricamente non edificante, ma praticamente innocua.

La composizione dell'ufficio giudicante varia di assai, secondo i vari tipi di organi. In qualcuno di questi (uffici di conciliazione, preture) esso, nel momento di deliberare, si impersona in un unico funzionario e per ciò bene spesso si usano le espressioni « conciliatore » o « pretore » per designare l'ufficio o anche l'organo nel suo complesso.

In altri tipi di organi invece l'ufficio giudicante è « collegiale » e cioè, almeno per le deliberazioni più importanti, si impersona in un collegio: di tre (due giudici e un presidente) in tribunale; cinque (quattro consiglieri e un presidente) in corte di appello; sette (sei consiglieri e un presidente) in cassazione, se giudica a sezione semplice, e quindici (quattordici consiglieri e un presidente), se giudica a sezioni riunite. Questo non vuol dire che per il funzionamento dell'ufficio non possano esser assegnati a ciascun organo dei funzionari in numero maggiore; vuol dire soltanto, che in ciascun caso e in ciascun momento in cui l'ufficio deve entrare in attività come tale, deve esser composto del numero legale di funzionari (né più né meno). Dove l'ufficio giudicante è collegiale, la legge dispone però, che non a tutte le attività processuali dell'ufficio debba intervenire a partecipare il collegio al completo; molte di queste (preparatorie, istruttorie, stromentali ecc.) è prescritto che vengano affidate ad un singolo funzionario dell'ufficio (presidente, giudice istruttore, giudice dell'esecuzione ecc.). Uno stesso organo può avere anche più uffici giudicanti, fra i quali si distribuisce il lavoro secondo delle apposite disci-

pline interne, e allora si ha una organizzazione di più sezioni dello stesso organo.

Il progressivo aumento del numero legale dei componenti dell'ufficio appare predisposto dalla legge quasi come una garanzia (piuttosto illusoria, a dir vero) di maggior ponderatezza e profondità o maturità di esame nella risoluzione delle questioni. Il numero cresce in ragione della importanza e difficoltà della materia. In ragione di ciò variano anche i criteri di scelta dei funzionari destinati a comporre l'ufficio stesso. Sono cittadini forniti di certi requisiti di idoneità morale e tecnica, innalzati per ciò a pubblici funzionari temporanei, ma non impiegati dello Stato, i conciliatori. Tali possono essere anche dei vice-pretori assegnati agli uffici giudicanti delle preture. Gli altri sono tutti funzionari-impiegati dello Stato, che percorrono una carriera (la « carriera della magistratura »), distinta da tutte le altre allo scopo precipuo (che abbiamo già illustrato a suo tempo) di assicurar loro una particolare indipendenza. Presi nel loro insieme, i funzionari-giudici assegnati alla Corte di cassazione dovrebbero esser scelti nei gradi più alti della carriera e, a mano a mano invece nei gradi inferiori (salvo che per i capi) quelli delle corti d'appello, dei tribunali e delle preture. Tutta questa è materia delle leggi generali sull'ordinamento giudiziario. Il codice di procedura però la presuppone regolata in quel determinato modo e in molte parti non riuscirebbe intelligibile, secondo il suo spirito, se non muovendo da quelle premesse.

Il testo fondamentale in materia (che concerne sia gli organi, le sedi, la composizione degli uffici giudicanti ecc. sia la nomina, carriera, destinazione ecc. dei relativi funzionari) è rappresentato ancor oggi dal r. d. 30 gennaio '41, n. 12 (che reca per l'appunto la intitolazione di *Ordinamento giudiziario*). Esso ha subito però una serie di modificazioni, non meno complicate che nel loro complesso imponenti, attraverso numerose leggi speciali. Sostanziali innovazioni per quanto riguarda la posizione stessa dei giudici nell'ordinamento generale dello Stato, derivano dai mutamenti costituzionali o di regime intervenuti nel nostro Paese. Già prima della promulgazione della Costituzione, erano stati espressamente abrogati i titoli sesto, settimo e ottavo dell'ordinamento giudiziario per essere sostituiti dalle disposizioni sulle « *Guarentigie della Magistratura* » di cui al r. decreto l. 31 mag-

gio 1946, n. 511. E la costituzione della Repubblica ha poi dettato norme fondamentali nel Titolo IV (*La Magistratura*), con frequenti rinvii ad una nuova legge da emanarsi in sostituzione di quella del '41, ma che però a tutt'oggi (gennaio 1952) non è ancora stata promulgata e che anzi è ancora allo studio cosicché non se ne conosce neppure il progetto definitivo che sarà poi presentato al Parlamento. Dato questo stato ancora fluido della legislazione dobbiamo pertanto riservare ad apposita Appendice *post legem latam* l'illustrazione più completa della materia.

L'ufficio di cancelleria ha attribuzioni *accessorie o complementari* a quelle dell'ufficio giudicante, che si estrinsecano per esempio nella documentazione di atti di questo ufficio o nella formazione materiale del testo di provvedimenti scritti (art. 57 cod. proc. civ.). Altre attività appariscono invece *autonome* rispetto all'ufficio giudicante, sebbene servano pur sempre alla organizzazione e al funzionamento del meccanismo processuale od all'impiego successivo di provvedimenti già emanati: tenuta di libri, registri e ruoli; assunzione e conservazione in pubblico deposito di carte, documenti, valori, « originali » dei provvedimenti scritti; rilascio di copie, certificati ecc. (art. 58 cod. proc. civ.). Nell'esercizio di tutte queste attività i cancellieri sono pubblici ufficiali, normalmente autorizzati ad attribuire la pubblica fede agli atti e documenti da loro formati. Anche i cancellieri di regola (tranne che presso i conciliatori) sono funzionari-impiegati dello Stato. La legge dispone e regola in modo autonomo la loro carriera e il loro stato giuridico con leggi speciali apposite. Nell'interno di ciascun ufficio vige una specie di ordinamento gerarchico, ma nel compimento delle varie attività esso si presenta sempre impersonato in un unico funzionario. Per ciò si è usi parlare del « cancelliere » o dei « cancellieri » piuttosto che dell'ufficio.

L'Ordinamento del personale delle cancellerie e segreterie giudiziarie approvato con R. D. Legge 8 maggio 1924 n. 745 (e costituito da ben 167 articoli) è stato modificato e completato anche esso da una serie piuttosto complessa di disposizioni legislative successive, alle quali non è qui il caso di far richiamo. Val forse solo la pena di ricordare che i cancellieri, oltre agli stipendi che percepiscono dallo Stato come pubblici impiegati, godono anche di particolari diritti che costituiscono il c.d. *provento di cancelleria* in ragione di cifre fisse stabilite da apposite tariffe per alcune delle attività cui devono adempiere, oltre ad una percentuale

per recupero di somme dovute all'Erario per pene pecuniarie o spese di giustizia in dipendenza delle esecuzioni che le cancellerie stesse (uffici) sono autorizzate a compiere (si richiama al riguardo il d. leg. 9 aprile 1948, n. 486 e le sue successive proroghe di efficacia).

Anche per tutta questa materia, complicata da interferenze con le leggi fiscali, c'è da attendersi e da augurarsi che siano promulgate nuove norme di unificazione e aggiornamento.

Agli *ufficiali giudiziari* infine, è affidato l'esercizio di qualche secondarissima mansione *ausiliaria* presso l'ufficio giudicante (assistenza del giudice in udienza a scopi d'ordine e di polizia). Ma di gran lunga più importanti sono altre attività, alle quali spetta agli *ufficiali giudiziari* di provvedere *in modo autonomo*. Tali sono, per esempio, le comunicazioni di avvisi, inviti, notizie ecc. e le notificazioni solenni di atti scritti, per mezzo di consegna di copia. Nei procedimenti esecutivi gli *ufficiali giudiziari*, quasi impersonando in sé tutto l'organo, procedono ai pignoramenti, spossessamenti ed immissioni in possesso (consegna e rilascio), esecuzioni di sequestri ecc. (*summatim*: art. 59 cod. proc. civ.). Essi possono documentare le proprie attività (e talvolta anche attività altrui nei loro riguardi) con relazioni, referti, processi verbali, repertori ecc., ai quali è attribuita pubblica fede, e possono formare e rilasciare copie autentiche di atti proprii e talvolta anche di atti altrui.

All'ordinamento degli *ufficiali giudiziari* provvede ora la legge 18 ottobre 1951, n. 1128 (*quodammodo* assorbente anche degli articoli del codice).

L'art. 1 definisce gli *ufficiali giudiziari* « *ausiliari dell'ordine giudiziario* », ciò che costituirebbe una definizione radicalmente sbagliata se riferita all'ufficio e resta poco meno che sbagliata anche se riferita, come pare, ai funzionari. Probabilmente è il frutto di una confusione fra le due nozioni (ciò che teoricamente è anche peggio ma resterà praticamente innocuo). Il successivo art. 2 parlando dei funzionari li equipara agli impiegati civili dello Stato, almeno agli effetti di una serie di providenze e salve altre particolari caratteristiche del loro stato economico e giuridico. Gli *ufficiali giudiziari*, vengono nominati con decreto del Ministro per la Grazia e Giustizia, a seguito di concorso e sono soggetti a particolari disposizioni di vigilanza e disciplinari. Devono ottemperare secondo la legge ad una serie di obblighi

nei quali si riflettono le funzioni del loro pubblico ufficio. Non possono recusare il loro ministero, a pena di gravi sanzioni disciplinari, civili e anche penali. Hanno diritto ad esigere dalle parti per gli atti e commissioni inerenti al loro ufficio particolari *proventi (sportulae)*, che l'erario provvede ad integrare con una particolare *indennità* ove non raggiungano un certo limite (salvo viceversa il loro obbligo a versare all'erario stesso una percentuale dei proventi che eccedano altro maggiore limite). Negli uffici ai quali sono adetti più ufficiali giudiziari (funzionari) uno di essi è nominato *ufficiale giudiziario dirigente* con particolari attribuzioni e responsabilità, ma nel compimento di atti di ufficio ognuno degli addetti opera poi singolarmente sotto la propria responsabilità. In questi uffici è obbligatoria una cassa unica, nella quale sono messi in comune i proventi, per essere poi ripartiti *pro quota*. Gli ufficiali giudiziari possono essere coadiuvati dagli *aiutanti ufficiali giudiziari* (che in pratica si continueranno a chiamare come una volta, *commessi*), il cui analogo ordinamento è pure contenuto nella legge su richiamata.

Tutto ciò non riguarda gli *uscieri* (ufficiali giudiziari) degli *uffici di conciliazione*, per i quali invece sono tuttora in vigore altre precedenti disposizioni legislative (fra le quali, ricordiamo: la parte III del testo organico 28 dicembre 1924 n. 2271, la legge 25 giugno 1940 n. 763 e il D. Leg. Lgt. 1 febbraio 1946 n. 122 ecc.).

I *vari uffici* nel seno o nell'ambito di uno stesso ufficio giudiziario sono *coordinati* fra loro, con una specie di collegamento interno per il buon andamento dei vari servizi e per la disciplina dei funzionari, e questo si incardina nel capo dell'ufficio giudicante (pretore titolare, presidente del tribunale o della corte, e così via).

Dobbiamo aggiungere infine (perchè questa può diventare materia di particolari episodii anche nei procedimenti civili), che i *funzionari* designati o chiamati ad impersonare i singoli uffici, a comporli od a farne parte (persone fisiche che operano o dovrebbero operare in quella qualità), debbono talvolta *astenersi* o possono *esser « ricusati »* dalle parti, per motivi occasionali di incompatibilità, di privato interesse o di conflitto di interessi rispetto a singoli atti del loro ufficio. Il codice se ne occupa *ex professo* per i giudici (funzionari-persone fisiche) negli artt. 51 e segg., ai quali rinviamo. Per i cancellieri e gli ufficiali giudi-

ziari, qualche cosa di simile può desumersi per analogia e per effetto delle regole generali sull'esercizio di pubbliche funzioni.

III. Degli eventuali *errori o vizi di illegittimità*, nei quali i *giudici-organ-uffici* possono incorrere, *non rispondono* come tali verso le parti, cosa che del resto non sarebbe neanche praticamente concepibile, perchè non hanno una propria dotazione patrimoniale con cui rispondere. Ma non ne risponde direttamente neanche lo Stato stesso, che in loro si impersona.

Non si potrebbe neanche pensare infatti ad ammettere la indagine e la prova di errori dell'organo all'infuori dell'ordinario sistema delle impugnazioni o delle opposizioni, che ne sarebbe turbato o sconvolto. Quando il vizio e l'errore risulti per questa via, la stessa decisione che verrà data in questa sede provvederà all'annullamento od alla riforma ed in ciò starà il rimedio per l'avvenire. Quanto ai danni e agli inconvenienti che si possono essere avverati nel frattempo a carico di una delle parti, la legge ne rovescia in via di massima la responsabilità *sull'altra parte*, che abbia provocato il provvedimento erroneo, o ne abbia profitato: la stessa decisione può ordinare infatti a quest'ultima non solo le restituzioni, ma eventualmente anche i risarcimenti del caso, o riservare alla parte danneggiata di far valere in questo stesso senso le sue ragioni in separata sede. Lo vedremo quando ci occuperemo per l'appunto delle impugnazioni. Viene in luce, così, anche nella nostra legge, la vecchia regola, che ritroveremo poi anche in materia di spese, *error iudicis est error partis* (ricade sulle spalle della parte come se fosse un errore suo, di lei, l'errore del giudice). Tutto questo vuol dire che il funzionamento del servizio giudiziario è per sua natura inevitabilmente soggetto od esposto ad incorrere in errori professionali. Chi lo mette in moto o vuol profittarne *in utilibus*, bisogna che si assuma anche il rischio di quelle imperfezioni. Lo Stato non può dare una propria garanzia patrimoniale quasi assicurativa, contro quegli eventuali infortunii. E dove non sia possibile farne utilmente carico alla parte (diciamo così) promotrice, il guaio a chi tocca tocca e bisogna che se lo sopporti. La regola apparsa ora come enunciazione di massima nella costituzione (art. 24 u. cap.), che lo Stato provvede alla ripartizione degli errori giudiziari, troverà (...quando la troverà) applicazione in certi casi di esecuzione penale; non certamente nel nostro campo.

Altro è poi il problema della *responsabilità personale* « in

proprio » *dei funzionarii* che compongono gli uffici giudiziarii. Costoro nell'esercizio della loro attività in quella « veste », assumono naturalmente la qualifica di pubblici ufficiali. Come tali essi per un verso sono protetti dalle relative disposizioni del codice penale, ma sono soggetti dall'altro alle sanzioni previste dal codice stesso per il caso di malefatte da parte loro (onde la applicabilità, per esempio, delle disposizioni sulla corruzione, concussione, peculato ecc. ecc., particolarmente previste nel codice penale). In queste ipotesi e comunque nei casi di dolo o di colpa grave ed inescusabile, sono personalmente esposti (sempre per il fatto proprio) anche ad una responsabilità civile verso i danneggiati. Per i funzionarii degli *uffici giudicanti* il codice di procedura civile prevede anzi espressamente la possibilità di una *azione in sede civile* contro di loro, sebbene circondata di particolarissime cautele (fra cui quella di una apposita autorizzazione del ministro di grazia e giustizia). Il caso però è così raro e anzi per fortuna quasi senza esempio in pratica, che possiamo rinviare alla lettura dei relativi articoli (55 e segg.), senza indugiare di più. Questa limitazione della responsabilità personale si spiega facilmente perchè se la si ammettesse più largamente si aprirebbe la via a contestazioni e diatribe, che potrebbero preoccupare i funzionarii e turbarne la serenità di giudizio, intralciando comunque la regolarità del servizio. Le stesse cautele non sono prescritte per la responsabilità civile dei *funzionarii di cancelleria* e per gli *ufficiali giudiziarii*, sebbene valga anche per loro quanto al risarcimento dei danni, il limite della colpa grave *quae dolo aequiparatur* (art. 60 richiamato anche nell'art. 162 cap., seconda parte). Più lata invece è la loro responsabilità personale per le *spese* degli atti da loro compiuti e di cui il giudice dichiara la nullità: « Se la nullità degli atti del processo è imputabile al « cancelliere all'ufficiale giudiziario... il giudice col provvedimento « col quale la pronuncia pone le spese a carico del responsabile... » (art. 162 cap. prima parte).

Resterà poi a vedere se nel caso di responsabilità diretta dei funzionarii vi sia poi anche una *responsabilità indiretta* dello Stato a norma dell'art. 28 della costituzione. Su di che pensiamo possa sorgere qualche delicato problema di condizioni e di limiti.

Tutte queste disposizioni non sono affatto in contrasto con quanto abbiamo detto più sopra escludendo un rapporto diritto-dovere fra le parti ed i giudici-organismi-uffici. Basta riflettere che

qui non sono « in giuoco » gli organi od uffici, come tali, ma le persone dei funzionarii. Come tali infatti essi assumono dei doveri di ufficio *verso lo Stato* e soltanto verso lo Stato. Però anche la trasgressione di doveri verso lo Stato, quando assuma certi caratteri di gravità, può avere delle *conseguenze riflesse* dannose per i terzi (quali sono in questi casi le parti) e allora chi commette trasgressioni di questo genere, risponde delle conseguenze del fatto illecito personale suo proprio.

Sul sistema degli organi giudiziarii e sulle loro attribuzioni nell'ordinamento generale dello Stato: n. 8-bis. *Ad II e III*: sulle attività (atti) dei vari uffici e sulle relative responsabilità, nn. 56 a 58 e 63. In via esemplificativa, sulle attribuzioni degli ufficiali giudiziarii: nn. 104, 106, 221, 222 ecc. Sui limiti rispettivi dei vari uffici: n. 34. Sulla responsabilità per nullità: n. 63. Ogni altro particolare va riservato alle parti speciali (descrittive) del trattato.

34. LIMITI ANALITICI DI ATTRIBUZIONI FRA I VARI UFFICI ELEMENTARI. NOZIONE E CONSEGUENZE DEL DIFETTO DI ATTRIBUZIONI. — La delimitazione delle attribuzioni dei singoli uffici presenta vari aspetti e vari ordini di confini.

Allorchè un singolo ufficio (per esempio: ufficiale giudiziario nel pignoramento) o una coppia di uffici (per esempio: ufficio giudicante e cancelliere) compiono delle attività impersonando in sé in quel momento *tutto l'organo*, valgono naturalmente per tutte le conseguenze che ne possono derivare i limiti di *giurisdizione* e di *giurisdizione-competenza* posti o prescritti per l'organo medesimo. Lo sconfinamento avrà pertanto le conseguenze ordinarie del difetto di giurisdizione o di competenza dell'organo nel senso proprio della parola (e se si tratta di competenza potrà quindi essere per materia, per valore o per territorio, secondo le regole che vedremo).

Per quanto alle *attribuzioni autonome* dei singoli uffici (e segnatamente di quelli minori) vi possono essere invece, circa il loro esercizio ed i loro limiti, delle regole specifiche particolari *lor proprie* relativamente *indipendenti* dalla giurisdizione o dalla competenza dell'organo. Così, per esempio, può esserne relativamente indipendente la attribuzione degli ufficiali giudiziari di procedere alla notificazione di atti. Questa può anche essere attinente ad un processo che si svolge o che si debba svolgere davanti ad un organo diverso e per il quale difetta di giurisdizione o di com-

petenza l'organo del quale fa parte: la indipendenza dei relativi limiti di attribuzioni sotto questo aspetto è di tutta evidenza. L'ufficiale giudiziario però non può procedere a notificazioni dirette, se non dentro la circoscrizione territoriale dell'organo del quale fa parte. Qui se non una dipendenza, c'è per lo meno una coincidenza di confini. Il cancelliere addetto ad un determinato organo può attribuire per esempio pubblica fede alle copie che esso rilasci con la certificazione di conformità, anche se l'organo del quale fa parte difetti di giurisdizione per il relativo processo e anche se il difetto di giurisdizione sia già stato dichiarato.

Quali siano i *limiti delle attribuzioni autonome*, bisognerà desumerlo caso per caso dalla legge sull'ordinamento giudiziario e qualche volta anche dal codice. Non c'è nelle leggi e neppure nella pratica una espressione tecnica appropriata, per esprimere l'idea che certe attività rientrano o non rientrano in quei limiti, ciò che è forse indice di una insufficiente osservazione e meditazione dei fenomeni. In mancanza di meglio si parla di *competenza-incompetenza funzionale o per materia o per territorio* dell'ufficiale giudiziario o del cancelliere, ma è terminologia infelice ed equivoca, perchè il difetto di attribuzioni specifiche ha conseguenze diverse da quelle della incompetenza dell'organo (e se mai si dovrebbe assimilare piuttosto al difetto di giurisdizione). Di solito le conseguenze si traducono in una *nullità o invalidità dell'atto*, sanabile od insanabile secondo i casi, con o senza rinnovazione.

Per quanto concerne il rispetto della distinzione e dei limiti di attribuzioni dei singoli uffici elementari nell'interno di uno stesso organo, riteniamo che si debba escludere in modo assoluto la *vicarietà e la sostituibilità* degli uni agli altri. Per conseguenza è da ritenere, che lo sconfinamento dai limiti reciproci determini una *nullità-inefficacia* assoluta dei relativi atti, salva la possibilità di ravvisare qualche volta una *equipollenza de facto* che toglie importanza a quella nullità e qualche volta anche una possibilità di rimediare ad essa per *rinnovazione*. Regole generali non se ne possono dare e bisognerà vedere caso per caso. In via di esempio, possiamo dire che sarebbe assolutamente e insanabilmente nulla-inefficace una sentenza deliberata, per assurda ipotesi, da un cancelliere. Ma inefficace (inidoneo) a far pubblica fede, dovrebbe dirsi a rigore anche un processo verbale redatto e sottoscritto viceversa da un funzionario dell'ufficio giudicante, an-

ziché dal cancelliere. Però siccome in questo caso non può mettersene in dubbio la veridicità, ne sorge una specie di equipollenza, per cui può raggiungere egualmente il suo scopo (analogia al caso dell'art. 156 del codice, u. cap.). Nulla o annullabile una comunicazione od una certificazione fatta dall'ufficiale giudiziario, allorchè debba esser fatta dal cancelliere, o viceversa; però anche qui si potrà ricercare talvolta una equipollenza e, ad evitare la sequela delle conseguenze, si provvederà largamente in via di rinnovazione (arg. dall'art. 162 cod. proc. civ.).

V. postilla di richiami al num. prec. con la stessa avvertenza finale.

35. RIPARTIZIONE DELL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI GIURISDIZIONALI FRA ORGANI ED ORGANI. COMPETENZA ED INCOMPETENZA. — Dentro al campo ormai identificato e circoscritto della giurisdizione civile ordinaria si suol dire comunemente che, per ripartire poi fra giudici e giudici (organi) l'esercizio delle relative attribuzioni, la legge non impieghi se non regole e criteri di competenza. Non ci sarebbero cioè fra di essi discriminazioni di altro ordine.

Più attendibilmente vi si dovrebbe ravvisare anche qualche distinzione analitica di *attribuzioni*, per cui certuni sono investiti istituzionalmente soltanto di compiti e di poteri specifici e ben delimitati. Così, per esempio, abbiám visto nel capitolo precedente che la Corte di cassazione ha soltanto compiti e poteri di controllare la legittimità e la conformità al diritto delle decisioni di altri organi e di regolare la giurisdizione e la competenza, ma è escluso dalla legge che essa possa dare provvedimenti (decisioni) finali di merito. Questo vuol dire che istituzionalmente non ha pienezza di giurisdizione, per quanto essa, per quei suoi compiti specifici, sia collocata, per così dire, al vertice della piramide. Di conseguenza, se la corte decidesse in pieno del merito di una domanda, emettendo (per assurda ipotesi) una sentenza di condanna o una sentenza costitutiva di merito, questa sarebbe per questa parte nulla-inefficace e potrebbe esserle negata osservanza. E non è questo il solo caso. Danno luogo, secondo noi, a limiti dello stesso ordine, per esempio, le disposizioni che negano al conciliatore qualunque attribuzione in materia di procedimenti esecutivi e di giurisdizione volontaria.

Salva questa rettifica si può ammettere, secondo la *communis opinio*, che normalmente fra giudici e giudici vi è soltanto una ripartizione di *competenza*.

Questo termine tecnico è preso dal linguaggio vulgato e cioè dal verbo competere, nel senso di spettare o appartenere. Oggettivamente esso serve ad esprimere la sfera di cause, pratiche od affari, in ordine alle quali un dato giudice (organo) può legittimamente ed ineccepibilmente esercitare la giurisdizione. Per riflesso, lo stesso nome può essere usato soggettivamente ad esprimere la particolare *attitudine*, idoneità, qualità riconosciuta dalla legge al giudice (organo), di esercitare legittimamente la giurisdizione in quella sua sfera oggettiva.

A determinare la sfera di competenza di ciascuno, concorrono diversi ordini di criterii, e quindi di regole legali concorrenti e congegnate fra loro, in tal modo che ogni possibile causa, pratica od affare trovi almeno un giudice (o anche più di uno a scelta degli interessati) competente ad esaminare, decidere e provvedere e che ad ogni giudice sia data una conveniente sfera di possibili attività. Tutto questo ben si intende semprechè vi sia giurisdizione dell'autorità giudiziaria. Il che, invertendo i termini, vuol anche dire che dove non si possa identificare un giudice competente, non c'è giurisdizione.

Fondamentalmente la competenza si determina avendo riguardo alla proposizione iniziale delle singole cause o pratiche od affari, e cioè per il primo grado di giurisdizione. La determinazione o la scelta del giudice competente in *primo grado*, implica poi automaticamente, e per effetto di altre regole organiche di coordinamento fra giudici e giudici, quale possa essere il giudice di *secondo grado*. Quanto alla Corte di cassazione, sappiamo già che è giudice unico per tutto lo Stato. E quanto al giudice di rinvio, spetta, come pur sappiamo, alla corte stessa di designarlo, senza che sia vincolata in proposito da regole legali.

Per la determinazione o la scelta del giudice di primo grado, la legge pone innanzitutto due serie di regole (interferenti fra di loro) *per materia* e *per valore*, in base alle quali si determinerà il tipo di organo competente: conciliatore, pretore o tribunale (solo in rarissimi casi, e quasi esclusivamente di giurisdizione volontaria, la corte d'appello). Un'altra serie di regole serve poi a determinare in qual luogo, e in quale sede, cioè davanti a quale dei tanti uffici di conciliazione, delle tante preture, dei tanti tribunali dello Stato, debba esser portata od assunta in esame la causa o la pratica. E queste si qualificano regole di competenza *per territorio*. Tutte quante queste regole subiscono poi certe mo-

dificazioni per rendere possibile il fenomeno della riunione di più cause nello stesso processo, quando ciò apparisca di interesse delle parti e della giustizia. Si parla allora di modificazioni alle regole (ordinarie) di competenza *per connessione o continenza di cause*.

Il codice si è illuso di poter raccogliere queste regole nel primo libro di disposizioni generali (titolo primo, capo primo, sezioni prima e seguenti), ma la collezione è riuscita inevitabilmente assai incompleta, lacunosa e non scevra di inesattezze. Il seguire la sua traccia porterebbe agli stessi difetti e renderebbe certamente meno intelligibile la esposizione, perchè sono tutte regole strettamente collegate alle varie caratteristiche dei procedimenti ai quali si riferiscono: contenziosi di cognizioni o di esecuzione, ordinari e speciali o di giurisdizione volontaria. Per parte nostra, ce ne occuperemo a quel proposito (dei procedimenti), nelle relative parti speciali della nostra trattazione. E parleremo allora anche della diversa importanza che la legge annette al rispetto di queste regole.

Normalmente infatti non è consentito alle parti interessate di derogarvi volontariamente (art. 6 del codice), ma per certe regole la *deroga* è ammessa con effetti anche per il giudice. Tale è, per esempio, il caso delle norme di competenza territoriale per il procedimento ordinario di cognizione (art. 28 prima parte), quante volte non vi siano espresse disposizioni in contrario (art. 28 seconda parte). Diverso è poi anche il modo e il tempo, in cui può esser rilevata od eccepita in caso di procedimento la *incompetenza* del giudice. Talvolta questa può esser rilevata d'ufficio dal giudice stesso in qualunque stato e grado del procedimento stesso; così è della incompetenza per materia e, quando la legge espressamente lo disponga, anche della incompetenza per territorio (art. 38 al.). Altre volte può esser rilevata anche dal giudice ma solo nella fase di primo grado; così è della incompetenza per valore nel procedimento ordinario di cognizione (art. 38 cap.). Altre volte, infine, può esser rilevata soltanto da una delle parti, soltanto *in limine litis* e soltanto con indicazione di altro giudice che si additi come competente; così è della incompetenza territoriale, quando la legge non disponga diversamente (art. 38 u. cap.).

Tutto questo vale, ripetiamo, per la determinazione iniziale od originaria in primo grado. Quanto alla competenza per il *secondo grado*, si determina in modo che di solito è molto semplice. Così, per esempio, nel processo ordinario di cognizione dalle sen-

tenze degli uffici di conciliazione si appella alla pretura nella cui circoscrizione (mandamento) ha sede l'ufficio di conciliazione, dalle sentenze delle preture al tribunale nella cui circoscrizione ha sede la pretura, e similmente dalle sentenze del tribunale alla corte d'appello (art. 341). E queste sono tutte regole inderogabili, la cui trasgressione può esser rilevata anche d'ufficio. Naturalmente se era incompetente per il merito il giudice di primo grado, la incompetenza (se non sia eliminata per difetto di tempestiva eccezione o di tempestivo rilievo) si ripercuote sul giudice di secondo grado.

Allorchè un giudice abbia sbagliato nel pronunciare *sulla propria competenza-incompetenza* oppure, quando, non avvedendosi della propria incompetenza, abbia provveduto sul merito, e la questione di competenza non sia preclusa, la sua pronuncia o i suoi provvedimenti di merito sono *impugnabili*. Giudice supremo in proposito, come abbiamo veduto nel capitolo precedente è la Corte di cassazione (la quale pronuncia in questi casi a sezione semplice) e, risolvendo la questione, deve « statuire sulla competenza », come già detto. Però i provvedimenti dati da un giudice incompetente, non sono inficiati da una nullità rilevabile in altro modo o con altri mezzi. Se *non impugnati* in tempo utile e con un mezzo idoneo, acquistano piena e *definitiva* efficacia, come se fossero stati pronunciati da giudice competente.

La statuizione sulla competenza in sè e per sè può avere effetti che or vanno or non vanno oltre i limiti del processo in cui viene pronunciata. Lo vedremo a suo tempo. Ma in ogni caso è sempre una decisione di carattere *processuale*. Non può ferire il merito (al contrario di quanto abbiám visto avvenire per le decisioni di difetto assoluto di giurisdizione e sotto qualche aspetto anche per quelle di giurisdizione-competenza). Quale che sia il giudice che potrà o dovrà poi occuparsi del merito, la statuizione sulla competenza non esercita alcun influsso sui provvedimenti che potranno esser chiesti od esser dati sul merito stesso.

E' vero che per poter decidere della competenza bisognerà considerare quale sia la natura della materia (causa, pratica od affare), il contenuto della domanda, i provvedimenti che si tratta o che si tratterebbe eventualmente di emanare in merito. Ma tutto questo rimane nella sfera delle *ragioni motive* della decisione, e non acquista carattere di accertamento sul quale possa formarsi il giudicato in senso sostanziale.

In questo le decisioni sulla competenza differiscono nella loro essenza dalle decisioni sulle questioni di giurisdizione, e le due nozioni non si possono confondere sebbene, caso per caso, concorrano alla identificazione del giudice che può provvedere.

Anche qui bisogna risalire innanzitutto al n. 8-bis. In via esemplificativa, sulla competenza nel procedimento ordinario di cognizione in primo grado: nn. 93 a 100; nei procedimenti di esecuzione: nn. 221, 239, 243 e segg.

36. LIMITI DI GIURISDIZIONE-COMPETENZA NEI RAPPORTI INTERNAZIONALI. — In linea di massima la giurisdizione non può esser esercitata, come si capisce, dai nostri giudici (organi ed uffici), se non dentro i *limiti territoriali della sovranità dello Stato*.

Questo è di tutta evidenza per i *provvedimenti e gli atti di carattere esecutivo*, per esempio, un pignoramento, la esecuzione di un sequestro, uno spossessamento in via di consegna o di rilascio. Essi implicano l'uso *in loco* di poteri coercitivi che nessuno Stato straniero potrebbe tollerare da parte dei nostri organi od uffici sul suo territorio. Il solo fatto di tentarlo costituirebbe una offesa alla sua sovranità nei rapporti internazionali, quale sarebbe per esempio lo sconfinamento sul suo territorio di forza armata. Si capisce pertanto come la nostra stessa legge per prima neghi ed escluda in modo assoluto per i nostri organi ed uffici la possibilità-facoltà di compiere atti del genere, nel che c'è anche qualcosa di più di un ordinario limite della giurisdizione (c'è una vera e propria *interdizione*).

Diverso e più delicato invece è il problema se e come dai limiti della sovranità derivino per riflesso anche dei limiti circa la giurisdizione ad emettere delle *semplici pronunce*. Dal punto di vista della possibilità materiale, ogni giudice, dalla sua propria sede nel territorio dello Stato, potrebbe pronunciare su qualsiasi domanda e su qualsiasi questione. Materialmente chi o che cosa può impedirlo? Può essere però che le sue pronunce, per il loro contenuto e per le circostanze del caso, non siano destinate ad avere esecuzione o spiegare la loro autorità nel territorio dello Stato stesso. Qualche volta può ancora esservi speranza che questa efficacia venga loro accordata da un altro Stato, con effetto per il suo territorio. Fenomeni di questo genere per certe sentenze di giudici stranieri, sono ammessi anche dal nostro ordinamento, attraverso la figura del procedimento particolare cosiddetto « di

delibazione », di cui agli artt. 796 e seguenti del codice (che esamineremo a suo tempo nella parte speciale). Ma ciò non è pensabile o sperabile per tutte. Per esempio se il nostro giudice dichiarasse (supponiamo) nullo un matrimonio contratto all'estero fra cittadini stranieri residenti all'estero o accogliesse una domanda di revindica contro uno straniero per un immobile situato all'estero, nel suo paese, la pronuncia non potrebbe spiegare effetti nel territorio del nostro Stato e non ci sarebbe nessuna speranza di vederle accordata efficacia fuori di qui. E allora, *ad quid* consentirne la emanazione? Essa rimarrebbe sterile, *inutiliter data*, e il procedimento si risolverebbe in uno spreco di attività del giudice e delle parti. Si capisce perciò come la legge escluda talvolta anche la possibilità di chiedere ed ottenere una pronuncia, che pur sarebbe materialmente possibile, da parte dei nostri giudici. Ma le regole che ci sono in proposito, derivate da una tradizione storica formatasi su tutt'altre basi, sono (ed era inevitabile che fossero) per lo più indirette, imperfette ed assai approssimative.

In parte funzionano infatti in questo senso le regole di competenza territoriale. Se, applicando queste regole, non si trova un giudice italiano competente, ed esse portano o porterebbero viceversa alla designazione di un giudice straniero, bisognerà concluderne che, secondo le indicazioni della legge, nessuno dei nostri può pronunciare. Ciò porterebbe in ultima analisi a ritenere una specie di difetto di competenza-giurisdizione di tutto quanto il sistema. Senonchè l'*incompetenza* territoriale può esser sollevata soltanto dal convenuto (o da uno dei convenuti) *in limine litis*, nella forma dell'art. 38. Se ne dovrebbe desumere pertanto, che se il convenuto non sollevi l'eccezione in tempo utile e nelle forme prescritte, il giudice potrà e dovrà pronunciare come se avesse competenza e (quindi) giurisdizione in merito. E così avverrà infatti, in mancanza di diverse disposizioni *ad hoc*, se il convenuto sia cittadino italiano. La pronuncia all'atto pratico varrà poi... quel che varrà. Ma la legge in questa ipotesi non ha creduto (a torto od a ragione) di impedire *a priori* che possa essere pronunciata.

Ma la legge (per le ragioni storiche ricordate testè) tratta poi diversamente la ipotesi in cui il convenuto sia cittadino straniero, e in questa ipotesi (in più od in vece della ordinaria eccezione di incompetenza territoriale) gli accorda, in una serie di casi, una specie di eccezione di *difetto di giurisdizione* (così espressamente

denominata. Il difetto può esser eccepito anche tardivamente, e nei limiti dell'art. 37, può esser rilevato anche dal giudice stesso d'ufficio. I casi in cui si applica questo regime per il convenuto straniero, si ricavano formalmente *a contrario sensu*, dall'art. 4 del codice (anche in relazione all'art. 3), ma non differiscono se non di poco, dai casi in cui ci sarebbe incompetenza territoriale del giudice. Giudice supremo di questo difetto di giurisdizione *sui generis*, è la Corte di cassazione a sezioni riunite, a norma dell'art. 41.

La giurisdizione-competenza dei giudici italiani « non può « essere convenzionalmente derogata a favore di una giurisdizione « straniera », ma anche qui c'è qualche eccezione relativa agli stranieri e anche a cittadini non residenti nè domiciliati nel territorio dello Stato: art. 2 del codice. Per alcune materie il regime del codice è stato poi modificato completato (o complicato) da convenzioni internazionali fra vari Stati, le quali dal luogo della loro formulazione prendono nome dell'Aia o di Ginevra, e da vari trattati fra il nostro Stato ed uno od altro Stato straniero singolarmente.

Si vedano per esempio, fra le più importanti, perchè di più vasta applicazione, la Convenzione sulla procedura civile dell'Aja in data 17 luglio 1905 ratificata il 24 aprile 1909 (R.D. 27 giugno 1909, n. 641), la legge 8 maggio 1927, n. 783 che approva il protocollo relativo alle clausole di arbitrato in materia commerciale stipulato a Ginevra il 24 settembre 1923, e la successiva legge 18 luglio 1930 n. 1244 che approva la convenzione relativa alla esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, pure conclusa a Ginevra il 26 settembre 1927.

Altri limiti o condizioni di esercizio della giurisdizione italiana vi sono per il caso in cui si tratti di agire in giudizio davanti ai nostri giudici contro Stati stranieri sia pure ad effetti puramente patrimoniali o contro enti o soggetti cosiddetti di diritto internazionale (per es. Santa Sede, per es. sovrano, a quanto si dice, ordine dei cavalieri di Malta ecc.) o su zone, aree o sedi che, pur trovandosi nel territorio dello Stato, godano della cosiddetta extraterritorialità (sedi di rappresentanze diplomatiche straniere, sedi di istituti contemplati nel trattato con la Santa Sede, ecc.: si vedano, per modo di esempio, fra le altre, le leggi 15 luglio 1926 n. 1263 per gli atti esecutivi sopra beni di Stati Esteri in Italia, il trattato con la Santa Sede 11 febbraio 1929,

reso esecutivo con leggi 27 maggio 1929, n. 810, e 13 aprile 1933, n. 379 per la esecutorietà della convenzione stipulata in Roma con la Santa Sede ecc. Ogni più approfondito studio di questi temi esula dalla materia della nostra trattazione.

Sui giudizi di delibazione: nn. 261 e 262. Per il resto bisognerà ricorrere ai trattati di diritto internazionale.

37. DEGLI AUSILIARI DI GIUSTIZIA. — Il codice, dopo essersi occupato (a modo suo) del « giudice » (giurisdizione e competenza), del cancelliere e dell'ufficiale giudiziario, nel capo terzo del titolo primo raccoglie alcune disposizioni intorno agli *ausiliari di giustizia*.

Di questa specie di coadiutori, eventuali od occasionali, ci si può effettivamente formare un'idea generale (sebbene piuttosto vaga) da quella stessa denominazione. Si tratta di soggetti (persone fisiche o qualche volta anche persone giuridiche, come nel caso del commissionario di vendita di cui all'art. 532), ai quali possono essere affidate, in modo contingente ed episodico, certe « mansioni » stromentali sussidiarie e talvolta addirittura sostitutive di quelle degli uffici giudiziari. Non c'è, neppure in questi ultimi casi, una vera e propria delegazione di attribuzioni giurisdizionali (della quale gli uffici giudiziari si spogliano). Si tratta piuttosto di compiere delle operazioni di carattere tecnico, che vengono poi in qualche modo inserite nel processo per assumerne ed utilizzarne poi i risultati. L'ausiliario viene così ad essere incaricato occasionalmente di un pubblico ufficio temporaneo, con una figura che non sempre quadra esattamente nè con quella del pubblico funzionario, nè con quella dell'incaricato di pubblico servizio (secondo la distinzione che fa il codice penale: artt. 357 e 358), tanto è vero che lo stesso codice penale sente il bisogno di dare in proposito varie disposizioni espresse di carattere particolare.

Quanto agli articoli raccolti nel capo terzo del codice, non costituiscono se non una delle solite collezioncine, (e anche questa frammentaria ed incompleta) di disposizioni particolari o particolarissime, stralciate dalle discipline dei vari procedimenti, e che noi, per parte nostra, esamineremo invece a quel proposito. Qui ne faremo soltanto menzione in via esemplificativa affinché la nozione generale dell'ausiliario assuma un valore più concreto.

Figurano dunque innanzitutto fra questi i *consulenti tecnici* (che un tempo, e assai meglio, si qualificavano periti) cioè scienziati, o uomini dell'arte, che possono esser chiamati talvolta a dar « lumi » o contributi informativi ai giudici-funzionari giudiziari. Questi, che naturalmente non sono degli enciclopedici, possono sentirne il bisogno allo scopo di compiere certe rilevazioni di fatto o di averne notizie, suggerimenti od elementi di giudizio dal punto di vista tecnico (e non giuridico), salvo utilizzare « secondo scienza e coscienza » ciò che ne abbiano appreso. Altra categoria affine e molto vasta, di ausiliari del giudice, è quella degli *esperti*, che possono essere chiamati ad assistere sia il giudice, che il cancelliere e l'ufficiale giudiziario (art. 68 cod. proc. civ.). Fra gli esperti, si possono ricordare: il traduttore e l'interprete (articoli 123, 122, 124), l'esperto fotografo o cinematografista (art. 261), lo stimatore scelto dall'ufficiale giudiziario per determinare il valore dei beni mobili nella formazione del verbale di pignoramento (art. 518), l'esperto nominato dal giudice per la determinazione del valore dell'immobile agli effetti dell'espropriazione (art. 568).

Tutta diversa è la funzione del *custode* di beni pignorati o sequestrati in ordine al quale pure si danno disposizioni (artt. 65 e segg.). Diversa ancora la figura del *notaio delegato* a procedere ad un inventario o ad operazioni divisionali (artt. 733 e segg. e 786 e segg.), di cui c'è menzione implicita nell'art. 68. Altri casi od episodii, non menzionati dal codice in questa sede, si incontrano nelle disposizioni sulla istruzione probatoria, nei procedimenti esecutivi (es. nel caso già ricordato di vendite a mezzo di commissionario) e in qualche procedimento di giurisdizione volontaria (es. nell'art. 773 del codice). E non parliamo del *curatore del fallimento* o del *commissario giudiziale* delle procedure di concordato, perchè restan fuori della nostra materia.

Non è neanche facile, del resto, circoscrivere con una linea netta questa vaga categoria degli ausiliari, per distinguerli da chi deve adempiere, anche a fini di giustizia, dei doveri di carattere generale inerenti ad altri uffici o servizi pubblici, o addirittura agli *iura status* di tutti i cittadini o i soggetti equiparati ai cittadini. L'art. 68 menziona la *forza pubblica* che può esser chiamata a dar mano per esempio agli ufficiali giudiziari nei procedimenti esecutivi. Ma perchè non l'*amministrazione postale* che concorre a certe notificazioni o che, come delegata della cassa

depositi e prestiti, riceve depositi giudiziali di somme ai fini dei procedimenti esecutivi? E sotto altro aspetto perchè non anche i *testimonii*? E sotto altro aspetto perchè non gli stessi *procuratori legali*? Perchè non gli organi o gli uffici del *pubblico ministero*?

Non sembra neppure che ci sia teoricamente interesse ad estendere in questa sede la elencazione e tracciare confini e distinzioni.

In via esemplificativa sui consulenti tecnici: n. 114; sul custode: nn. 222, 229, 196 V; sul notaio delegato nelle operazioni divisionali: n. 260.

CAPITOLO QUINTO

SOGGETTI DEL PROCESSO: LE PARTI

SOMMARIO: 38. *L'esser parte e la capacità di esserlo.* — 39. *La capacità di agire e di stare in giudizio.* — 40. *Regime della capacità-incapacità di stare in giudizio e della legittima rappresentanza od assistenza nel giudizio (processo).* — 41. *La « pubblica amministrazione » dello Stato come parte in giudizio.* — 42. *La « pubblica amministrazione » dello Stato davanti alla autorità giudiziaria ordinaria.* — 43. *Altre « pubbliche amministrazioni » in giudizio.* — 44. *Società comitati e associazioni non riconosciute in giudizio.* — 45. *Gestioni patrimoniali autonome in giudizio.* — 46. *Sostituzione processuale.* — 47. *Mandatarii ad negotia come rappresentanti in giudizio.* — 48. *Successione e subingresso di altri soggetti nella posizione di parte e nello stare in giudizio.* — 49. *Il ministero dei difensori.* — 50. *Doveri (generici) delle parti e dei difensori.* — 51. *Responsabilità per le spese e per i danni.* — 52. *Il pubblico ministero come parte in giudizio.*

38. *L'ESSER PARTE E LA CAPACITÀ DI ESSERLO.* — I. L'idea generica di *parte* deriva da quella che la parola stessa risveglia nelle espressioni di uso corrente: « aver parte, prender parte, partecipare » (ad un avvenimento o ad un rapporto qualsiasi, come ad una commedia o ad un dramma). E' questa stessa idea-immagine dell'« aver parte », che si converte da oggettiva in soggettiva nell'« esser parte » (soggetto, personaggio, *dramatis persona*). La legge, quando individua e circoscrive idealmente la figura schematica di determinati fenomeni (rapporti giuridici) per dettare in proposito delle particolari discipline, bisogna che dia modo di determinarne anche i soggetti. Ciò discende da quel principio, che abbiamo chiamato fin dalle prime pagine il *principium individuationis*. E così quei soggetti vengono ad assumere posizione e nome di parti del fenomeno o del rapporto. Questo nome però non si dà al giudice nè ai suoi ausiliari, ma soltanto a chi chiede o a chi si difende davanti a lui (parti « *contendenti* »). Evidentemente ci si riferisce al litigio, alla contesa (da cui nell'uso volgare quell'altro derivato del termine che è « parteggiare ») e il giudice non contende e non parteggia, ma anzi imparzialmente esamina e provvede rimanendo *au dessus de le mêlée*. E d'altro canto esso entra per così dire in campo soltanto col processo e nel processo.

dove per l'appunto si litiga; non prima e non fuori. Non altrettanto avviene degli altri soggetti, rispetto ai quali pertanto l'esser parte può assumere ed assumere significati diversi.

Emerge infatti da quel che già ne dicemmo, che altro è l'aver legalmente posizione di parte *in un rapporto di diritto sostanziale* (diritto soggettivo primario), altro è l'aver tale posizione *in una azione* e altro ancora è l'averla *in un rapporto processuale* (processo). Trattandosi di rapporti distinti, diversi ed inconfondibili (come abbiamo spiegato nei capitoli delle azioni e dei procedimenti), si capisce come la posizione di parte in ciascuno di essi vada determinata secondo le sue discipline e cioè secondo i relativi criterii di individuazione. Naturalmente, dato il collegamento funzionale fra questi rapporti, uno stesso soggetto può avere simultaneamente posizione di parte in un diritto primario, nella azione (o nelle azioni) a tutela di questo diritto e nel processo (o nei processi), con cui le azioni stesse vengano proposte e sottoposte al giudice. Ciò si avvererà, ad esempio per il proprietario che proponga ed eserciti una azione di revindica davanti al giudice in un processo *ad hoc* o per il creditore che eserciti la sua azione creditoria. Ma anche se la posizione di parte nei tre distinti rapporti possa coincidere o coincide di fatto, come in questi esempi, nello stesso soggetto, non per questo si confonde né si identifica, tanto è vero che questo soggetto può (o non può) compiere atti di disposizione come parte dell'uno oppure dell'altro rapporto, e questi atti hanno effetti diversi e inconfondibili. Così, riprendendo uno degli esempi fatti or ora, il proprietario non può mai rinunciare efficacemente in via abdicativa alla proprietà, può rinunciare viceversa all'azione di revindica o finalmente potrà rinunciare agli atti, e se la rinuncia venga accettata, si estinguerà il processo, ma non l'azione e tanto meno la proprietà.

Vedremo, del resto, nel seguito di questo capitolo (e lo abbiamo già preannunciato nei capitoli precedenti) che, sia pure con disposizioni di carattere singolare od anomalo, la legge può attribuire talvolta l'azione ad un soggetto diverso del titolare del diritto, oppure consentire di istruire e condurre il processo ad un soggetto diverso del titolare dell'azione. E allora le posizioni non vengono più a coincidere, secondo la legge, nella stessa persona. Comunque può sempre avvenire, materialmente o di fatto, che un processo venga istituito (per equivoco o per aberrazione) *perperam*,

fra soggetti fra i quali non c'è nessun rapporto sostanziale o nessuna azione da far valere. E allora ci sarà chi ha posizione di parte in un processo-rapporto processuale, ma non in un diritto né in una azione di cui si discuta in quel processo.

Questo che abbiamo detto, conserva e rivela poi la sua importanza anche tenendo presente (come è sempre necessario), che al momento in cui viene istituito un processo, il diritto e l'azione sono normalmente allo stato di una pretesa, che in definitiva può anche risultare infondata. In quest'ultima ipotesi si dovrà concludere, che quel soggetto il quale ha avuta effettiva posizione di parte nel processo, la aveva anche rispetto alla pretesa *de qua agebatur*, ma non rispetto ad un diritto e ad una azione che in realtà vengono poi a risultare insussistenti.

Tutte le volte dunque, che incontriamo la espressione parte o la menzione dell'esser parte, senza altre determinazioni, sia nelle fonti che nella pratica o nelle trattazioni dottrinali, bisognerà che ci domandiamo a che cosa voglia alludere: parte del diritto soggettivo primario o parte dell'azione (diritto), parte della pretesa o parte del processo? Siccome l'esser parte in un senso o nell'altro, ha conseguenze giuridiche diverse, se non ci si ponga e non si risolva esattamente il quesito, si può cadere in gravi errori od equivoci interpretativi. Per fortuna soccorre di solito il semplice intuito per risolverlo senza eccessive perplessità. Non male in ogni modo si usano talvolta le espressioni qualificate di *parte in senso processuale* per alludere al fenomeno (ed al rapporto) del processo, e di *parte in senso sostanziale* per alludere all'esser parte del diritto sottostante o dell'azione o quanto meno dell'azione-pretesa.

II. *Parte in senso processuale* diventa *eo ipso* chiunque promuove (o nel cui nome venga promosso, da un rappresentante qualificato) un processo civile nelle forme di legge a ragione o a torto o magari a capriccio o magari per equivoco, non importa. E così pure parte diventa chiunque spontaneamente vi *intervenga*. Ma in quella posizione di parte (in senso processuale) chiunque può essere posto anche per fatto d'altri, sol che venga *chiamato o provocato* nelle forme di legge a prendervi parte o *costretto a subirne gli atti iniziali*; come per esempio chi sia citato a comparire in un processo di cognizione o assoggettato ad un pignoramento

Il divenir parte in senso processuale è già di per sè produttivo di conseguenze giuridiche, poichè implica e significa divenire *soggetto-parte del relativo rapporto giuridico*, e ciò implicherà per esempio la possibilità-facoltà di compiere atti (processuali s'intende), che prima e senza di questo non si sarebbe potuto compiere nonchè di diventare destinatario di atti altrui, può far sorgere una responsabilità per le spese o il diritto di recuperare da altri le spese fatte e così di seguito. Conseguenze ben più gravi potrà avere quel fatto o quel evento se gli atti processuali abbiano riflessi extra processuali (basta pensare al pignoramento) o possano condurre a provvedimenti con effetti extra-processuali (provvedimenti che « escano » dal processo).

Il processo e quindi il divenirne parti, è il solo modo possibile di far valere un'azione-pretesa e rispettivamente di esser posto in grado di difendersi contro un'azione-pretesa altrui. Di qui per un passaggio intuitivo e di tutta evidenza discende questa proposizione consequenziale: che a chiunque (persona fisica o persona giuridica) abbia la capacità di essere titolare di diritti e di obblighi giuridici e quindi anche di azioni o di eccezioni (capacità giuridica nel senso dell'art. 1 cod. civ. o capacità di godere di diritti civili nel senso dell'art. 2 dello stesso codice e dell'art. 16 disposizioni generali sulle leggi), bisogna riconoscere (e il nostro ordinamento infatti la riconosce) anche la *capacità soggettiva di essere parte* di un processo, *ergo parte in senso processuale*. Tale è il presupposto inespresso, ma indubbio del codice di procedura (confermato ora dall'art. 24 della costituzione). E teoricamente sembrerebbe, a prima vista, dovesse essere vera anche la proposizione reciproca e cioè: può essere parte in senso processuale soltanto chi abbia la capacità di essere titolare di diritti nel senso di cui sopra. Resta però a vedere se questa seconda proposizione non comporti qualche deviazione in senso estensivo (casi di patrimoni autonomi, associazioni non riconosciute ecc., di cui più oltre).

Naturalmente qui bisogna rifarsi *ab ovo* al nesso fra diritto soggettivo sottostante ed azione: nn. 13 e segg. e rispettivamente all'*agere* in senso processuale: nn. 23, 30 I. Sulla deduzione dell'azione-pretesa in giudizio: n. 14. Sulla capacità di esser titolare di diritti bisogna attingere del resto ai trattati di diritto civile e per le persone giuridiche di diritto pubblico ai trattati di diritto costituzionale e amministrativo.

39. LA CAPACITÀ DI AGIRE E DI STARE IN GIUDIZIO. — Altra cosa però è l'aver la *posizione* (processuale) di parte ed altro è *compiere delle attività pratiche* per dar vita al processo o promuoverne gli eventuali sviluppi. Queste attività *de facto* si sogliono indicare tradizionalmente con la espressione, che appare anche nel codice, di « *stare in giudizio* » (sempre intendendo: *iudicium*-processo). Altra per conseguenza è la capacità di essere parte (cioè di avere, volente o nolente, la posizione di parte) e altra la *capacità di stare in giudizio*.

Non tutti intanto i soggetti di diritto (persone fisiche o giuridiche), che pure hanno la capacità di essere parte hanno poi anche la idoneità (materiale, psichica, intellettuale) di starvi, per così dire, in carne ed ossa. Tra le *persone fisiche* non l'avrebbe evidentemente l'infante dal seno della balia o il mentecatto dal manicomio. Comunque anche qui il nostro ordinamento ne fa un problema di idoneità-capacità *legale* introducendo in proposito un suo regime normativo *ad hoc*. Naturalmente poi quando per una persona fisica sia legalmente esclusa quella capacità-idoneità, non si può con ciò e per ciò lasciarla indifesa. Quando sorga per lei la necessità o l'interesse a deliberare e spiegare attività processuali (*ergo stare in giudizio*), bisogna che vi sia chi possa o debba rappresentarla o quanto meno assisterla. Ecco apparire così anche nel campo del processo il fenomeno dell'operare (agire) cioè stare *legalmente* in giudizio *per mezzo di altri* (o, come talvolta si dice, « *in persona* » di altri) e reciprocamente dello stare legalmente in giudizio *in nome e per conto* di altri, nonchè finalmente quello dello stare in giudizio *con l'assistenza* di altri.

Quanto alle persone giuridiche, non possono compiere atti di sorta se non per mezzo dei loro organi-uffici istituzionali e permanenti, i quali si incarnano a loro volta nelle persone fisiche legalmente investite *pro tempore* degli uffici medesimi. Quest'ultimo non è un fenomeno di incapacità legale, ma discende *ex necessitate* dalla natura stessa di queste persone, che non mangiano, non bevono, nè vestono panni. Ci richiamiamo in proposito alle osservazioni già fatte generalmente più addietro in tema d'organi e di uffici. Ciò non toglie che anche per le persone giuridiche si soglia parlare, ma impropriamente, di rappresentanza. Meglio (se non ottimamente) si potrebbe parlare, se mai, di *rappresentanza organica*. Non ci sono persone giuridiche con capacità imperfetta, che dia luogo alla assistenza di un curatore, però ce ne sono certune

(comuni, provincie, enti di beneficenza ecc.) soggette a controlli, per cui gli atti di disposizione devono essere autorizzati (o le relative deliberazioni devono essere approvate) da altri organi od uffici esterni ed estranei (giunta provinciale amministrativa, ministero degli interni ecc.).

Sia per la capacità-incapacità, rappresentanza ecc. delle persone fisiche che per la rappresentanza organica ed i controlli delle persone giuridiche, la legge non detta però delle norme particolari e specifiche relative allo stare in giudizio. In linea di massima riconduce piuttosto anche questo fenomeno, per similitudine se non per identità di ragione, sotto il regime generale preveduto per gli atti di disposizione nel campo del diritto sostanziale. Ed in verità bisogna riconoscere che la determinazione e il fatto di scendere e di stare in giudizio per far valere una azione (pretesa) o per resistervi, con esito naturalmente incerto, invece di tentare le vie bonarie della persuasione, del componimento, della transazione, l'arrischiarsi per quella via invece di adempiere o di rinunciare e comunque l'impostare la causa o il condurre il processo in un modo piuttosto che in un altro, agli occhi della legge non appare meno importante nè meno gravido di conseguenze che il compiere atti di disposizione propriamente detti. Questa è la ragione, per cui essa richiede di regola le stesse condizioni o gli stessi requisiti di capacità o di legittima rappresentanza ed assistenza, tanto per compiere atti di disposizione quanto per stare in giudizio; anzi ne tratta promiscuamente nelle stesse disposizioni di carattere generale (*de statu hominum* o meglio *de statu personarum*), contenute nel codice civile o in altre leggi di diritto sostanziale.

Al codice di procedura non resta pertanto che rinviare a quelle fonti. In questo senso è concepito, e in questo senso va inteso, l'art. 75 nei suoi primi tre commi (nei quali la espressione « libero esercizio dei diritti » allude precisamente alla capacità di agire, di disporre o di volere): « Sono capaci di stare in giudizio « le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno « valere. || Le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti « non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o « autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità. || Le « persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta a norma della legge o dello statuto ».

Quest'ultimo rinvio agli statuti era indispensabile perchè, da-

ta la sterminata varietà di figure delle persone giuridiche, la legge non avrebbe mai potuto dare disposizioni esaurienti ed applicabili per tutte. Ci sono bensì alcune disposizioni di carattere generale e altre particolari per determinate categorie o determinati tipi (per esempio società commerciali), ma è rimasta pur sempre la necessità che ogni persona giuridica abbia una sua propria *lex specialis* di carattere organizzativo, salvo determinare caso per caso quali ne siano le fonti legittime (leggi speciali e singolari emanate dai nostri organi legislativi generali o locali o provenienti da fonti storiche che si perpetuano, leggi straniere, atti amministrativi, atti negoziali, ecc.). A queste fonti particolari o singolari (o singolarissime) bisogna far capo anche per lo stare in giudizio.

Sugli organi ed uffici e sulla rappresentanza organica delle persone giuridiche cfr. in generale n. 31. Sulla capacità di agire e di disporre in generale, bisogna attingere agli stessi trattati di cui in postilla al numero precedente.

40. REGIME DELLA CAPACITÀ-INCAPACITÀ DI STARE IN GIUDIZIO E DELLA LEGITTIMA RAPPRESENTANZA OD ASSISTENZA NEL GIUDIZIO (PROCESSO). — I. In base alle disposizioni su ricordate, vedremo dunque scendere in giudizio il genitore o il tutore per il minore o per l'interdetto, vedremo scendervi l'emancipato o l'inabilitato accompagnati dal loro curatore, vedremo il sindaco scendere in giudizio per il comune e così di seguito. E il genitore o il tutore, il sindaco, se vorranno esercitare legittimamente le loro funzioni, dovranno munirsi, se del caso, delle necessarie autorizzazioni od approvazioni.

Più precisamente: se non sia capace di stare in giudizio personalmente e da sola *la parte attrice*, la stessa deliberazione di promuovere il processo dovrà esser presa, e gli atti del processo dovranno esser promossi, dal legale rappresentante, che dovrà poi esibire al giudice le prescritte autorizzazioni od approvazioni. In altri casi la deliberazione dovrà esser presa, e gli atti dovranno essere iniziati, dalla parte stessa in concorso con chi la debba legalmente assistere. Altrimenti si dovrà ritenere, che il processo sia stato promosso in modo invalido, con tutte quelle conseguenze che vedremo, pur senza escludere che in certi procedimenti possa sopravvenire una successiva convalidazione.

Se non sia capace di stare in giudizio personalmente e da

sola la persona contro la quale si promuove il processo, le cose, per quanto la concerne, si svolgeranno in modo alquanto diverso. Qui bisogna ricordare che, prima o poi, secondo le varie forme tipiche dei procedimenti, la persona stessa deve esser posta in condizione di difendersi o di esser difesa. Per ciò gli atti processuali con cui si promuova (da altri) il processo, dovranno esser portati ufficialmente a notizia (cioè di solito dovranno esser notificati), non già a lei personalmente, ma per lei a chi ne ha la rappresentanza legale oppure secondo i casi a lei stessa ed a chi deve assisterla. Altrimenti ancora una volta il processo dovrà ritenersi iniziato o proseguito in modo invalido. Allorchè quelle prescrizioni siano state viceversa debitamente osservate, la persona incapace od imperfettamente capace diventa automaticamente parte del processo. Ma, come abbiamo avvertito, non per questo si può ancora dire che stia in giudizio. A questo momento, occorrerà che il legittimo rappresentante, o la parte stessa legalmente assistita, prendano la deliberazione di starvi e si procurino, occorrendo, le autorizzazioni del caso, e poi scendano effettivamente a prender posizione nel processo, esibendo tali autorizzazioni. Se non lo facciano, la parte incapace rimarrà nella situazione di parte del processo, ma inattiva, e quindi con tutte le conseguenze che può produrre tale inattività.

In relazione a queste sue disposizioni, la legge si è dovuta preoccupare della impossibilità che potrebbe nascerne di instaurare validamente un processo allorchè, per un accidente qualsiasi o per un conflitto di interessi contingente, manchi in quel momento chi possa validamente rappresentare od assistere la parte interessata a promuoverlo, oppure manchi chi possa rappresentare od assistere l'altra (o un'altra), che debba esser messa in grado di difendersi e di interloquire. Ciò, anche perchè la nomina o la sostituzione del rappresentante o dell'assistente nei modi ordinarii, può richieder tempo od incontrare delle difficoltà. Gli artt. 78, 79 e 80 del codice consentono allora di provocare la nomina di un *curatore speciale* provvisorio per quel dato processo. La nomina può esser chiesta dalla parte stessa personalmente, sebbene ad altri effetti essa sia incapace, oppure dai suoi congiunti o dal pubblico ministero. Può esser chiesta altresì dalla parte capace per le altre parti, contro le quali essa voglia promuovere il processo o che debbano comunque intervenire. Altrimenti quella che vuol promuoverlo, non potrebbe farlo validamente, e si troverebbe

per conseguenza paralizzata dalla incapacità altrui. Alla nomina provvederà, in ipotesi, lo stesso organo davanti al quale si intende promuovere il processo o, se questo abbia un ufficio giudicante collegiale, vi provvederà il suo presidente. Per i particolari, rinviamo alla lettura degli articoli.

II. In ogni caso s'intende, che la *pendenza del processo* ed i *provvedimenti* ai quali esso mette capo, compresi i provvedimenti sulle spese, avranno sempre *effetti* per il minore, per l'interdetto, per l'imperfettamente capace o per la persona giuridica che siano parti del processo, sebbene stiano in giudizio per mezzo di altri o assistiti da altri od autorizzati da altri. Soltanto in un caso *anche i rappresentanti o gli assistenti* potranno essere eccezionalmente esposti ad una condanna in proprio *nelle spese*, ed è il caso dell'art. 94: « per motivi gravi che il giudice deve specificare nella « sentenza ». Questi motivi gravi non possono essere, se non degli abusi o degli eccessi inescusabili del loro comportamento in giudizio, rispetto ai limiti legittimi ed agli scopi del loro incarico. Allorchè esorbitino così gravemente, costoro si pongono *eo ipso* fuori dei limiti dei diritti e doveri derivanti dall'incarico, e allora si capisce come restino esposti in proprio. Viene ad esserci cioè una specie di *conversione della loro posizione* per cui, pur essendo scesi in giudizio per altri, finiscono a questo effetto (ma solo a questo) con l'essere considerati come parti del processo anche in proprio.

III. Le condizioni e i requisiti di capacità, di legittima rappresentanza ecc., richiesti per gli atti di disposizione, talvolta possono *variare* in relazione alla diversa natura od entità dei diritti e degli interessi in giuoco. E allora *le stesse variazioni* si estendono armonicamente anche allo stare in giudizio per far valere o per difendere quei diritti od interessi. Così, per esempio, il minore non emancipato, di regola, non può stare personalmente in giudizio, ma se abbia compiuti i 18 anni può starvi per le azioni di cui all'art. 3 cod. civ. e per quelle di cui all'art. 2580; l'emancipato di solito non può stare in giudizio senza l'assistenza del curatore, ma può starvi però per le azioni di cui all'art. 397 sec. cap.; così il genitore ed il tutore devono munirsi or sì or no di preventive autorizzazioni, or sì or no devono munirsene gli organi di certe persone giuridiche.

zione-competenza). Tutti quei casi devoluti a giurisdizioni speciali esulano ormai dalla nostra trattazione.

Ancora una volta bisogna risalire *ab ovo* ai nn. 8-bis, 32 e 25 con rinvio in parte qua ad altre trattazioni. Per il seguito del presente trattato: n. 42.

42. LA « PUBBLICA AMMINISTRAZIONE » DELLO STATO DAVANTI ALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA ORDINARIA. — I. *L'autorità giudiziaria ordinaria* (la sola di cui dobbiamo occuparci nel seguito) per regola generale ha giurisdizione-competenza in quei casi in cui si faccia valere *contro lo Stato* una azione-pretesa fondata su di un (vero o presunto) *diritto soggettivo*, che in astratto sia riconosciuto od ammesso come tale dalla legge, non mai quando si agisca (cioè si ricorra) contro lo Stato, adducendo la violazione di interessi legittimi.

Tutto ciò si ricava da una vecchia legge 20 marzo '65 all. E e dalle disposizioni particolari di innumerevoli leggi amministrative o relative alla istituzione di singole giurisdizioni speciali. Ma anche quando la giurisdizione-competenza sia data all'autorità giudiziaria ordinaria, i suoi *poteri* di provvedere in merito alla domanda possono essere, secondo i casi, *pieni* o *men pieni*; e qui bisogna ulteriormente distinguere.

Mantiene intanto tutto il suo valore a questi effetti la distinzione tradizionale fra atti compiuti *iure gestionis* ed atti compiuti *iure imperii*.

Si versa nel primo ordine di casi quando lo Stato, per mezzo dei suoi organi amministrativi, compia nei rapporti con altri soggetti degli atti o negozi giuridici secondo le norme del diritto privato ordinario, *more privatorum*. L'atto od il negozio, dovrà esser preceduto da una deliberazione, con cui si presceglie di adottare questo modo o questo metodo per raggiungere lo scopo voluto. Ma appunto per questo, quando poi l'organo amministrativo addivene al compimento dell'atto (negozio giuridico), si pone di fronte alle altre parti nella posizione di un qualsiasi altro soggetto di diritto, e non opera più, in quel momento e di fronte a costoro, nell'esercizio di poteri sovrani. Così all'atto pratico vediamo che lo Stato per mezzo dei suoi organi compra, vende, dà o prende in locazione, contrae dei mutui eccetera. Dai rapporti così istituiti, possono sorgere allora contro lo Stato o per lo Stato *le stesse azioni*, che potrebbero sorgere *hinc et inde* fra altri sog-

getti qualsiasi. L'autorità giudiziaria potrà esercitare in proposito *nella loro pienezza* i suoi *poteri* giurisdizionali. Anche il processo si svolgerà a sua volta *nelle forme ordinarie*. Non si nota, in altre parole, nessuna singolarità veramente saliente, nella posizione sostanziale e processuale delle parti, salvo qualche disposizione di comodo per lo Stato in tema di competenza territoriale e qualche altra minuzia nelle forme degli atti.

Diverso è il quadro quando gli organi amministrativi operino *iure imperii*, cioè esercitando dei poteri sovrani di disposizione nei rapporti con gli altri soggetti. Per esempio (attenendoci agli esempi più banali): lo Stato, abbiamo detto, per procurarsi certi beni di cui abbia bisogno, può bensì comprare o prendere in locazione *iure gestionis*. Però può anche procurarsi quei beni espropriando o requisendo, ed allora opera *iure imperii*. Anche l'esercizio dei poteri sovrani è contenuto e disciplinato tuttavia da norme giuridiche, che qualche volta sono poste proprio a protezione di interessi altrui, a tal segno che questi assumono o conservano, anche di fronte allo Stato che opera *iure imperii*, il carattere di veri e propri *diritti* soggettivi. Per esempio abbiamo detto che lo Stato può espropriare, ma rispettando le disposizioni di cui all'art. 834 cod. civ. (42 della costituzione), che rappresentano per questa ipotesi una protezione superstite del diritto di proprietà. La eventuale trasgressione di quelle norme viene ad implicare, a sua volta, una violazione o insoddisfazione dei corrispondenti diritti soggettivi. Ne nascono allora per i loro titolari delle *azioni* contro lo Stato, che si possono far valere *nei modi ordinari*, davanti alla autorità giudiziaria ordinaria; ma i *poteri* dei giudici subiscono una notevole *compressione* (se non addirittura una mutilazione), che risulta dalla già ricordata legge del 20 marzo '65. Essi non possono cioè *revocare* nè *modificare* nè possono annullare gli atti amministrativi lesivi, e quindi neppure ferirne l'esecutorietà (neanche per la via delle azioni possessorie). Potranno cioè accertare, potranno condannare lo Stato al risarcimento dei danni, ma non potranno emettere a suo carico provvedimenti costitutivi. Soltanto in un secondo tempo, e cioè quando l'autorità giudiziaria ordinaria abbia accertato il carattere lesivo dell'atto, la parte interessata potrà poi chiedere alle sezioni giurisdizionali del consiglio di Stato (come giurisdizione speciale) l'annullamento o la modificazione (v. l'art. 27 n. 4 del t. u. 26 giugno 1924 n. 1054, modificato con l. 8 febbraio 1925 n. 88). Ma intanto lo Stato come

secondarie o derivative, sono istituzionalmente demandate anche ad *enti pubblici minori* (regioni, comuni e provincie e, in misura sempre decrescente, enti pubblici autonomi ed altri che si chiamavano una volta parastatali e ad altri ancora, che si sarebbero potuti chiamare magari paracomunali o paraprovinciali). Attribuzioni di quell'ordine sono pure delegate od affidate talvolta, per il loro esercizio temporaneo, a persone giuridiche e persino a persone fisiche, in quanto incaricate di pubblici servizi.

È un fenomeno caratteristico dei tempi nostri collegato ai compiti sempre più vasti e molteplici che lo Stato si va assumendo, questa specie di decentramento anzi di smembramento del loro esercizio fra enti minori ormai innumerevoli e più o meno efficacemente controllati molti dei quali non hanno dietro di sé una tradizione storica (come la hanno invece, per esempio, i comuni), nè sembrano sempre chiaramente giustificati da esigenze particolari di sia pur relativa indipendenza. Il fenomeno si va estendendo per altra via in quanto lo Stato viene assumendo con maggior o minore efficacia sotto il proprio controllo anche enti che in origine erano meramente privati e finisce per delegare o riconoscere loro dei poteri di carattere pubblico. Naturalmente però si tratta sempre di poteri limitati, molte volte condizionati nel loro esercizio e non di rado affievoliti nella loro portata, a tal segno che in tantissimi casi marginali resta problematica e discutibile la qualificazione della loro attività (se pubblica oppure privata) e i limiti fra attività dell'uno e dell'altro ordine. Il fenomeno con tutti i problemi che ne sorgono è naturalmente di grandissima importanza anche per i suoi riflessi sulla amministrazione della giustizia.

Infatti quante volte vi sia una investitura, delegazione od affidamento quale che si sia, di poteri pubblici, sia pure limitati (qualche volta limitati magari alla organizzazione interna degli uffici e dei relativi funzionari e al regime dei rapporti d'impiego) se ne deve desumere che tutti questi singoli enti possono compiere *anche degli atti iure imperii* e non più soltanto di mero diritto privato. E allora quello che abbiamo detto, a proposito dello Stato, sulle limitazioni di giurisdizione-competenza, sulla distinzione fra *atti iure gestionis* e *iure imperii*, sulla limitazione dei poteri giurisdizionali di fronte agli atti di questo ultimo ordine, sulla tutela degli interessi c. d. legittimi o sull'affievolimento di diritti soggettivi ecc., si trasporta e si estende anche a questi altri enti.

E resterà da esaminare, volta per volta, a questi effetti, secondo le leggi che li riguardano, natura e limiti dei loro poteri, e da ricercare nelle leggi stesse per mezzo di quali organi possano stare in giudizio.

Avendo riguardo alla identità o all'analogia della posizione giuridica, che possono assumere talvolta questi enti con la posizione dello Stato come parte, tutti quanti si abbracciano, insieme con lo Stato, in una nozione ed in una espressione unica e comprensiva, quando si parla genericamente della *pubblica amministrazione* in giudizio. Tutta questa materia per la sua stessa natura va riservata al diritto amministrativo o al diritto pubblico generale. Per i riflessi che più direttamente ci interessano, ci limiteremo a toccare qualche altro punto problematico a proposito di disposizioni particolari del codice sulla giurisdizione e sulla competenza quando arriveremo a trattare di questi temi.

Risalire sempre agli accenni, di cui al n. 8-bis. Per un ordine particolare di casi critici: n. 182.

44. SOCIETÀ COMITATI E ASSOCIAZIONI NON RICONOSCIUTE IN GIUDIZIO. — Veniamo ora ai casi di parti del processo prive di personalità-capacità giuridica, ciò che (espresso in questi termini) ha tutta l'aria di una contraddizione *in adiecto*.

La nostra legge non riconosce (cioè non attribuisce) la personalità giuridica alle *società semplici*, nè alle *società in nome collettivo* o *in accomandita semplice*. Ciò non ostante prevede la formazione di un « patrimonio sociale », ammette pertanto che la società possa acquistare diritti e assumere obbligazioni e che i terzi possano far valere su quel patrimonio i loro diritti e chiederne la escussione (artt. 2266, 2267, 2293 ecc. cod. civ.). Anche *associazioni* e *comitati* non riconosciuti come persone giuridiche possono formare con contributi degli associati e con oblazioni di terzi un « fondo » (patrimonio), rispetto al quale si applicano delle norme analoghe a quelle del « patrimonio sociale » (artt. 36 e segg. cod. civ.). Per conseguenza società, associazioni e comitati possono anche « stare in giudizio » (agire ed esser convenuti). E per le associazioni e i comitati gli artt. 36 cap. e 41 cap. cod. civ., richiamati e in parte ripetuti nell'art. 75 u. cap. cod. proc. civ., precisano che stanno in giudizio « nella persona di coloro ai quali è conferita la presidenza » o (per le associazioni) « la direzione ».

Come si spiega questo fenomeno che sembra in contrasto con

la regola generale che la capacità giuridica sostanziale e processuale è data o riconosciuta ai soggetti di diritto? Secondo noi bisogna spiegarlo con la tutela che il nostro ordinamento accorda alla destinazione di beni al raggiungimento di certi scopi, del che vedremo fra breve altri esempi a proposito di gestioni patrimoniali autonome. Tale destinazione può esser data ed « impressa » sui beni non solo da provvedimenti d'autorità ma, quando la legge lo consente (come nei casi ora in esame), anche per atti di volontà di privati. E poco importa che lo scopo sia di interesse degli stessi consociati (come nelle società) o a favore di terzi o di interi ceti di persone o *pro populo* (come in certe associazioni o come nei comitati). In ogni caso la attuazione della destinazione spetta *alla collettività* (collegialmente deliberante) dei componenti del gruppo, anche se sia più o meno variabile nel tempo la sua composizione (come avviene soprattutto nelle associazioni). Per ciò chi dispone del fondo comune, chi negozia, agisce e sta in giudizio è (o almeno si dice che sia) la società, l'associazione o il comitato. Ma il gruppo può a sua volta auto-prescrivere per « accordi » interni delle norme o delle discipline organizzative, per cui può esser demandata a qualcuno (o direttamente od anche indirettamente mediante la costituzione di uffici organici) la rappresentanza (diretta od organica) del gruppo (universalità dei consociati, membri e partecipanti). E allora si arriverà a dire che il gruppo dispone, negozia, agisce o sta in giudizio per mezzo di costui e di costoro. Abbiamo così il quadro completo del fenomeno di cui agli articoli citati: sta in giudizio, con effetti per il fondo (patrimonio) sociale, destinato allo scopo, e in dipendenza di atti od operazioni compiute per attuare quella destinazione, il gruppo (società, associazione ecc.) « in persona » del presidente, amministratore o direttore al quale ne sia conferita *la rappresentanza* (diretta od organica).

A questo punto resterebbe piuttosto a domandarsi in che cosa finisca col differire questo regime da quello delle persone giuridiche riconosciute; ma questo è problema generale, che non interessa particolarmente la nostra materia, se non per un punto (che è del resto il più importante). Dispone in modo imperativo la legge che, quando delle obbligazioni del gruppo non rispondono sussidiariamente tutti i componenti (come per esempio nel caso del comitato e anche di società se per queste ultime non vi sia in contrario un patto validamente opponibile ai terzi), devono sempre

quanto meno rispondere (con tutti i loro beni s'intende) coloro che nell'assumere quelle obbligazioni abbiano agito « in nome e per conto » del gruppo medesimo (artt. 38, 40, 2267 ecc. cod. civ.). E poco importa a questo effetto che abbiano agito in virtù di una rappresentanza diretta od organica. Processualmente però i creditori, per procurarsi un titolo esecutivo a loro carico, dovranno convenirli in giudizio *in proprio*, e non più soltanto nella loro qualità. Niente esclude, in linea di massima, che in questo caso (come del resto in tanti altri), se le persone fisiche siano sempre le stesse, possano anche esser convenute per il doppio effetto, e che possano stare in giudizio *in nome altrui* e *in nome proprio*, nello stesso tempo. Nel qual caso diremo che esse nel giudizio fanno una doppia parte; *duas personas sustinent*. Naturalmente però, quando sorga questione sul punto se esse abbiano o non abbiano operato in funzione degli scopi dell'organizzazione, e quindi se risponda o non risponda delle obbligazioni assunte il patrimonio (« fondo ») a ciò destinato, sorgerà un conflitto di interessi, per cui l'associazione o il comitato dovranno designare altri che li rappresenti, o potrà esser nominato un curatore speciale a sensi dell'art. 78 cod. proc. civile.

Per uno studio più approfondito bisogna necessariamente attingere ai trattatisti di diritto civile e commerciale.

45. GESTIONI PATRIMONIALI AUTONOME IN GIUDIZIO. — Ci sono, come abbiamo accennato, anche degli altri casi, in cui si prevede e si organizza una *amministrazione autonoma* per la gestione o talora anche per la liquidazione di determinati patrimoni, destinati a fini o scopi prestabiliti (tra i quali ci può essere anche la soddisfazione di un ceto di creditori), sottraendoli per questo effetto alla libera disposizione dei loro titolari nominali. Altri casi ancora ci sono, in cui si organizza una amministrazione per assicurare la conservazione di patrimoni o di beni, mentre si ignora od è incerto o controverso chi ne sia il vero ed effettivo titolare. In tutti questi casi, gli atti di disposizione e di esercizio dei diritti patrimoniali non possono essere compiuti, se non da coloro che siano investiti dell'ufficio, mansione, compito o missione di amministrare. E questi ultimi a loro volta non operano come dei legali rappresentanti, bensì *nella lor veste o qualità di gestori* autonomi e auto-deliberanti in funzione di quegli scopi-interessi prestabiliti o degli

interessi dell'ignoto od incerto titolare (« per conto di chi spetta », come dicono i pratici). Ne sorge così una figura che non coincide nè con lo stare in giudizio in nome proprio, nè con lo stare in giudizio in nome altrui.

E si può giungere talvolta, per questa via, a situazioni anche più singolari, anzi apparentemente paradossali. Si può vedere infatti *lo stesso titolare* del patrimonio o dei beni, rimanere investito esso stesso della gestione, ma solo per un determinato scopo. In questo caso egli, pur rimanendone nominalmente titolare, non può più compiere atti di disposizione e di esercizio come tale, secondo la libera valutazione che egli faccia dei propri interessi, ma soltanto nella veste o qualità che gli viene conferita, e *in funzione della destinazione* dei beni, e cioè dello scopo o degli interessi che gli siano stati prefissi.

Qualche esempio (... alla rinfusa) del primo gruppo di casi, del resto svariati: curatela della eredità giacente, curatela fallimentare, gestione di beni assoggettati ad espropriazione od a sequestro (se non sia affidata allo stesso titolare dei beni); del secondo gruppo: gestione dell'eredità accettata con beneficio di inventario, gestione di legati destinati ad uno scopo (quando il legatario ne sia il *purus minister*), gestione di beni assoggettati ad esecuzione o sequestro (quando essa sia affidata allo stesso titolare dei beni).

Son tutti, uno per uno, casi singolari, che hanno delle proprie caratteristiche, ma che presentano tutti qualche aspetto comune. In fra gli altri anche questo: che soggetti attivi e passivi (*parti delle azioni* relative al patrimonio od ai beni, diventano, in luogo e in vece dei titolari, i gestori od amministratori oppure (secondo gruppo di casi) continuano bensì ad esserlo i titolari, ma in una veste o qualità diversa, e per interessi (in tutto od in parte) altrui (e non solo lor proprii). E solo costoro possono legittimamente *stare in giudizio nella veste e nella qualità*.

Spetterà cioè fondamentalmente al gestore (o al titolare-gestore) deliberare se agire o difendersi, nonchè deliberare sul modo di condursi nel processo, così come spetta a lui deliberare intorno agli atti di disposizione e di esercizio dei diritti. Normalmente però, sarà soggetto a *vigilanza e controllo* per assicurare che egli agisca in funzione dello scopo, e quindi avrà bisogno di solito di autorizzazioni od approvazioni di altri organi od uffici. Questi ultimi potranno essere, a seconda dei casi, organi amministrativi (se

lo scopo sia di interesse pubblico come, per esempio, di pubblica beneficenza) oppure organi od uffici della stessa autorità giudiziaria in funzione di giurisdizione volontaria o magari in funzione di uffici di esecuzione.

Il gestore (o il titolare-gestore) che operi senza le volute autorizzazioni, si dovrà considerare agli effetti processuali in posizione analoga a quella di una parte imperfettamente capace non debitamente autorizzata, e ne deriverà una ragione di invalidità dei suoi atti. Potrà derivarne a suo carico anche una responsabilità in proprio per le spese, e potrà contrarre con ciò delle responsabilità civili verso terzi interessati, analogamente a quanto avviene per i rappresentanti od assistenti legali a norma dell'art. 94 del codice, già più sopra ricordato. L'art. 94 menziona soltanto (oltre ai rappresentanti ed agli assistenti) « gli eredi beneficiati », ma la disposizione è indubbiamente suscettibile di interpretazione estensiva ed analogica.

In tutti questi casi, vi è una slogatura od una deviazione nella serie consequenziale consueta, che abbiamo posto altre volte e cioè: parte (titolare) del diritto o del rapporto sostanziale, *ergo* parte dell'azione, *ergo* della pretesa eccetera. Fin da allora avevamo annunciato, che vi potevano essere di questi casi: adesso abbiamo ormai positivamente additati gli esempi tipici più salienti. E il punto iniziale di slogatura o di deviazione, va localizzato nella prima articolazione o nella prima giuntura consequenziale che normalmente sarebbe: parte (titolare) del diritto, *ergo* dell'azione. Qui succede precisamente che, per proteggere la destinazione allo scopo o per la impossibilità di identificare il titolare del diritto o per interferenze di interessi altrui protetti dalla legge, il titolare del diritto non è più titolare della azione e questa viene conferita o trasferita invece al gestore in ragione del suo ufficio, dopo di che, se il gestore come tale scenda in campo per farla valere (o per difendersi da attacchi altrui), non si può dire nè che stia in giudizio in nome proprio (perchè non risponde del proprio) nè che stia in giudizio in nome altrui (perchè non c'è dietro di lui un soggetto persona fisica o giuridica di cui sia rappresentante). Ne sorge piuttosto un *tertium genus*, che è lo stare in giudizio in ragione di un ufficio assunto e in questa particolare qualità.

Questa anomalia nella articolazione diritto-azione si inserisce in un fenomeno più generale che si suol caratterizzare di solito come impedimento o privazione del diritto personale (legittima-

zione-facoltà-potere) di disporre del diritto materiale. Ma, detto questo, lo studio più approfondito dei singoli casi va lasciato al diritto sostanziale (civile, amministrativo ecc.), là dove partitamente si studiano i singoli istituti, che vi danno origine, a meno che l'origine non stia negli stessi ordinamenti processuali (per esempio in esigenze particolari dei procedimenti di esecuzione forzata o cautelare), e allora li vedremo nella parte speciale della trattazione a tempo e luogo.

Un altro caso *sui generis* è quello del marito, che sta in giudizio in nome proprio e per interessi propri (*ad sustinenda onera matrimonii*) rispetto a beni altrui, cioè dotali (art. 184 cod. civ.) o in qualche caso rispetto ai beni costituenti patrimonio familiare (art. 173 cod. civ.). Singolare ma non senza qualche affinità con quelli più sopra considerati, è il caso dell'esecutore testamentario (art. 704 cod. civ.). Come ibrido derivato dal confluire di diverse esigenze può considerarsi il regime dei patrimoni sotto controllo (e quindi resi solo imperfettamente autonomi), di cui si vede esempio nel corso della procedura di concordato preventivo e nella amministrazione controllata di cui alla legge fallimentare, non senza qualche analogia col regime della amministrazione giudiziaria, nella procedura di espropriazione immobiliare. E bisognerà che ci fermiamo anche nella esemplificazione che sta diventando troppo lunga.

Per la coincidenza o la consequenzialità (articolazione) fra la posizione di parte (titolare) del diritto, dell'azione e quindi della pretera di parte in senso processuale o di parte che sta in giudizio, risalire *ad evo* al n. 38. Per la identificazione e lo studio dei vari casi attingere (come per il num. prec.) ai trattati di diritto civile e commerciale e per qualche caso anche al diritto amministrativo. Per i casi di diritto processuale, in via esemplificativa: nn. 196, 222 V, 229 IV.

46. SOSTITUZIONE PROCESSUALE. — Con i casi precedentemente considerati non si possono confondere quelli di mera *sostituzione processuale*, sebbene l'art. 81, sotto questa rubricella, contenga una disposizione, che a *contrario sensu* può riuscire piuttosto ambigua: « Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno « può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui ».

In realtà quella qualificazione di « processuale » non può esser correttamente usata a caratterizzare il fenomeno, se non là dove la sostituzione avvenga *soltanto agli effetti dello stare in*

giudizio in un determinato singolo processo e ai suoi fini particolari senza che ciò dipenda da un ufficio, compito o potere di carattere sostanziale di cui il sostituto sia già investito. Il caso è ben diverso cioè da quelli precedentemente considerati, di gestioni patrimoniali autonome nei quali pure si potrà vedere *quodammodo* una sostituzione che però si innesta sul potere di disporre e per fini di carattere sostanziale. Nella sostituzione (meramente) processuale invece la parte in senso sostanziale conserva inalterata la sua posizione di titolare del diritto e dell'azione e la facoltà di disporre personalmente anche se si lascia o si faccia sostituire da altri nelle attività processuali in quel tale processo pendente ed è intuitivo come il regime e le conseguenze possano esser diverse.

L'esempio tipico si può vedere nel caso di chiamata in garanzia. Dispone in proposito l'art. 106: « Ciascuna parte può chiamare nel processo un terzo... dal quale pretende essere garantita ». La prima ragione di questa chiamata fatta dal garantito, come vedremo meglio studiando questo caso nella parte speciale, è di esser difeso in causa dal garante contro il proprio avversario. Prosegue ancora l'art. 108: « Se il garante comparisce e accetta di assumere la causa in luogo del garantito, questi può chiedere... la propria estromissione... ». Il garante continua dopo di ciò a stare in giudizio da solo, precisamente per difendere il garantito estromesso. Ed ecco la sostituzione. Naturalmente però « la sentenza di merito pronunciata nel giudizio » (così conclude l'articolo) « spiega i suoi effetti anche contro l'estromesso » (cioè contro il garantito che si sia fatto difendere dal garante). Altri esempi li vedremo a proposito di successione nel processo.

Per la articolazione della posizione sostanziale con quella processuale di parte e con lo stare in giudizio v. richiami in calce al num. prec. Sulla sostituzione nei casi di garanzia: nn. 88, I, 91, III; sulla successione nel processo: n. 48.

47. MANDATARI AD NEGOTIA COME RAPPRESENTANTI IN GIUDIZIO. — In giudizio si può stare anche per mezzo di un mandatario *ad negotia*, munito di procura. Nel qual caso, invertendo *more solito* i termini, si potrà anche dire che il mandatario sta in giudizio *in nome e per conto altrui* e cioè in nome e per conto *del mandante*.

In astratto si può immaginare anche un mandato al solo effetto di stare in giudizio oppure di esercitare determinate azioni. Di

solito però, il mandato con procura lo si vedrà conferito agli effetti di compiere atti o negozi di esercizio e di disposizione dei diritti sostanziali per conto e in nome del mandante (e per ciò lo si suol qualificare mandato *ad negotia*). Questo può implicare poi, come conseguenza, anche la facoltà (possibilità-potere) di assumere posizione di parte, attiva o passiva, nell'esercizio delle relative azioni e nei relativi processi, e di stare in giudizio sempre in nome altrui. A questo effetto si richiede però, di solito, una clausola espressa. Dispone in proposito l'art. 77 del codice: « Il procuratore generale e quello preposto a determinati affari, non possono « stare in giudizio per il preponente, quando questo potere non è « stato loro conferito espressamente per iscritto, tranne che per « gli atti urgenti e per le misure cautelari. » Tale potere si presume conferito al procuratore generale di chi non ha residenza o « domicilio nel Regno » (oggi: territorio dello Stato) « e all'istitutore ». Sul quale ultimo punto concorda l'art. 2201 del codice civile.

Naturalmente il mandato con procura può esser conferito efficacemente solo nei limiti della capacità, dei poteri e delle facoltà del mandante. Per conseguenza, questi non potrà conferire ad altri il mandato di stare in giudizio per lui, se non in quanto egli stesso possa starvi, e se non in quella qualità o veste in cui possa starvi. Così chi possa stare in giudizio per altri o come gestore nell'interesse altrui, non può subdelegare ad altri le sue facoltà, se non in quanto le norme istituzionali o le clausole del suo proprio incarico lo consentano (in difetto di che si suol dire: *delegatus non potest delegare*).

Gli atti processuali compiuti dal mandatario o nei confronti del mandatario, i rapporti processuali istituiti da lui e contro di lui nella sua qualità, saranno efficacemente e validamente compiuti od istituiti solo in quanto ricorrano tutti gli estremi di efficacia e di validità del conferimento del mandato e della procura, ed il giudice dovrà farne il controllo in modo analogo al controllo che deve fare, come abbiám visto, della capacità, della legittima rappresentanza, assistenza eccetera.

Ai rapporti interni fra mandante e mandatario e alla determinazione dei poteri esterni (nei rapporti con i terzi, e quindi con le altre parti e con il giudice nel processo), dato il silenzio del codice di procedura, bisognerà trasportare con prudente analogia, le regole del codice civile sulla rappresentanza negli atti e negozi

di diritto sostanziale. Ma ne possono sorgere dei problemi piuttosto delicati, per esempio a proposito delle possibilità (...o impossibilità) di sostituzione reciproca del mandante o del mandatario in corso di processo e di cessazione del mandato senza che ci sia immediata sostituzione.

Per lo studio più approfondito di questo tema non c'è che attingere ai trattati di diritto civile e argomentare poi di là. Sulla cessazione del mandato in corso di processo: n. 48 in fine.

48. SUCCESSIONE E SUBINGRESSO DI ALTRI SOGGETTI NELLA POSIZIONE DI PARTE E NELLO STARE IN GIUDIZIO. — Parte di un processo naturalmente non si diventa, se il processo non c'è. *Quam primum (nec antea)* lo si potrà diventare con l'atto che gli dà vita.

Ma il processo può avere poi, come sappiamo, una certa (e talvolta non breve) durata; appunto per questo la sua tessitura interna si può concepire come un rapporto che si protrae, si svolge e si sviluppa progressivamente. Di solito chi ne diventa parte all'inizio, tale rimane fino in fondo (*semel abbas*, si dice scherzosamente, *semper abbas*); e chi si presenta per stare in giudizio ci sta fino in fondo. In certi casi però, ci possono essere, anche nell'esser parte e nello stare in giudizio, dei mutamenti, dei quali non possiamo fare qui se non una rapida menzione per notizia. Essi sono, del resto, così legati nei loro particolari alle forme dei procedimenti, che un più completo esame non è possibile se non nella parte speciale.

In corso di processo, può sopravvenire intanto la morte di una parte in senso sostanziale, che sia già nello stesso tempo parte del processo medesimo. E siccome la successione avviene nell'azione *in statu et terminis*, così in questo caso la successione *in universum ius* trae seco anche la successione degli eredi al defunto *nella posizione processuale di parte*, quale era a quel momento e quale che fosse l'oggetto o la materia del contendere (cioè la *res in iudicium deducta*). Anzi vi può esser successione, anche se il processo fosse stato istituito *perperam*, senza avere per oggetto una pretesa qualsiasi sulla quale il giudice potesse dare dei provvedimenti di merito. Parti del processo diventeranno cioè *de iure* gli eredi e per conseguenza potranno scendere di fatto essi stessi in giudizio per proseguirlo (*ergo* stare in giudizio) *in locum defuncti*. Se essi non credano di farlo spontaneamente, il processo per il momento si arresta nel suo svolgimento, ma le altre parti po-

tranno prendere esse la iniziativa di chiamarli in giudizio affinché questo proseguiva, salvo sempre a loro (eredi) di scendervi, e starvi effettivamente oppure rimanere assenti ed agnostici, e lasciare che il processo vada al suo destino. Tanto in un caso come nell'altro però, ne subiranno poi tutte le conseguenze, per il merito e per le spese, nonché per ogni altro effetto. Se nessuno prenda l'iniziativa della prosecuzione *post mortem*, anche il processo a sua volta si estinguerà.

Questa è la soluzione di massima adottata in linea generale dalla legge. La quale vi apporta poi alcune varianti, sulle quali sarebbe prematuro intrattenersi; sarà anche questa materia della parte speciale. A proposito del collegamento o delle articolazioni fra diritto azione e processo, preme soltanto ricordare che l'azione e il diritto (anche se allo stato di pretesa) possono trapassare talvolta direttamente (*recta via*) dal morto ad un *legatario*, invece che agli eredi. E allora il processo può tuttavia proseguire, nei modi e nei sensi or veduti, in confronto di costoro (eredi), succeduti al defunto nella sua posizione di parte del processo, però con effetti sostanziali per il legatario (art. 111 u. cap. del codice). Nel che possiamo ravvisare un altro esempio di quella sostituzione meramente processuale, di cui parlavamo poco più addietro. Il legatario, a sua volta, può intervenire o esser chiamato a partecipare al processo e allora gli eredi possono esserne estromessi (art. 111 pen. cap.). In questo ultimo caso, la successione nella posizione di parte del processo medesimo si sposta dagli eredi al legatario, cessa la sostituzione, e costui viene a stare anche di fatto in giudizio al posto del defunto.

Lo stesso collegamento manifesta poi i suoi effetti anche nel caso, in cui il diritto controverso e con esso l'azione vengano alienati e *trasferiti* ad altri *per atto tra vivi* in pendenza di processo. Anche in questo caso il processo prosegue nei confronti della parte originaria, alienante, ma con effetti per l'acquirente (art. 111 al. del codice). Si ha, cioè, anche qui una sostituzione processuale, ma resta sempre salva la possibilità che l'acquirente intervenga o venga chiamato a partecipare al processo, e allora l'alienante può esserne estromesso e la sostituzione cessa. Si ha invece una successione dell'acquirente all'alienante nella posizione processuale di parte e nello stare in giudizio.

Un altro ordine di fenomeni, che può avvenire a processo pendente, con sensibili conseguenze sul suo corso ulteriore, è che muti

lo stato o la capacità oppure la legittima rappresentanza di una delle parti del processo medesimo. Per esempio: un minore di età diventa maggiore, un maggiore d'età viene interdetto, un interdetto riacquista la capacità, muore un genitore esercente la patria potestà, cambia il tutore e così di seguito. In queste ipotesi non scompare e non muta la parte del processo, ma l'evento manifestamente spiega i suoi effetti sullo stare (di fatto) in giudizio, perché, per esempio, chi prima dell'evento non poteva starvi se non per mezzo di un legittimo rappresentante, dopo non può più starvi se non personalmente o viceversa; dove prima poteva starvi il padre o il tutore Tizio, dopo dovrà starvi la madre o il tutore Caio.

La legge se ne occupa; e per il mutamento della persona che sta in giudizio (sebbene non involga mutamento della parte) adotta, come vedremo nel seguito del trattato, regole di procedura analoghe a quelle date per il caso di successione. E regole analoghe bisognerà adottare quando si istituisca in corso di processo una gestione autonoma o questa venga a cessare.

Dubbio rimane invece il caso di cessazione in corso di processo di un mandato con rappresentanza conferito negozialmente. Secondo noi la revoca o la rinuncia del mandato non interrompono il corso del processo e danno luogo soltanto al subentrare del mandante o di un nuovo mandatario a quello cessante, purché ciò avvenga senza soluzione di continuità. Pensiamo invece, ma può essere discusso, che si applichino le stesse regole che valgono per il caso di rappresentanza legale, quando il mandato cessi per morte, perdita di capacità ecc. del mandatario (con qualche prudente analogia al caso dell'art. 85 per il procuratore a liti).

Sul rapporto processuale e sulla sua continuità: n. 30. Sulle modalità per far subentrare nel processo i successori nel luogo del defunto (interruzione e riassunzione): n. 136.

49. IL MINISTERO DEI DIFENSORI. — Le parti di regola non possono stare in giudizio se non col « ministero » di un difensore, legalmente « esercente ». Ciò risulta da una disposizione generale del codice, che completeremo poi parlando dei vari procedimenti. E' l'art. 82: « Davanti ai conciliatori le parti possono stare in giudizio senza ministero di difensore. || Davanti ai pretori le parti non possono stare in giudizio se non col ministero o con l'assistenza di un difensore. Il pretore tuttavia, in considerazione della natura ed entità della causa, con decreto emesso anche su

« istanza verbale della parte può autorizzarla a stare in giudizio « di persona. || Salvi i casi in cui la legge dispone altrimenti, davanti ai tribunali e alle corti d'appello le parti debbono stare in « giudizio col ministero di un procuratore legalmente esercente; e « davanti alla corte di cassazione col ministero di un avvocato « iscritto nell'apposito albo ».

La procedura, si sa, è fatalmente irta di forme e di termini, di nullità, di inammissibilità, preclusioni, estinzioni; il giudice non può decidere *ultra petita*; il giudicato assorbe il dedotto e il deducibile; c'è lo spettro dell'onere della prova; c'è la difficoltà di ridurre in termini giuridici i fatti grezzi della vita: la verità e il buon diritto sono sempre in pericolo in questo pelago del *modus*. Nè si può pensare che il giudice possa soccorrere, se non in ristrettissima misura, le parti od ovviare ai loro errori di tattica o di forme, perchè ciò potrebbe turbare la sua imparzialità e fargli attribuire delle responsabilità, che nuocerebbero al suo prestigio. Di qui la necessità di prescrivere, anche nell'interesse della giustizia, che le parti stesse si affidino a dei tecnici del diritto e della procedura, scelti in certi *albi professionali*, che diano affidamento delle attitudini e della moralità di tutti i loro iscritti: procuratori ed avvocati. La relativa organizzazione risulta dal decreto legge 27 nov. '33 n. 1538, con successive modificazioni, la cui serie non sembra ancora chiusa, ed alle quali dobbiamo rinviare.

Il « ministero » dei difensori si esercita dunque, assumendo nel processo (e solo nel processo) una specie di *rappresentanza tecnica* di chi sta in giudizio (per sé o per altri). Solo nei casi dell'alinea e del capoverso dell'articolo 82, il ministero può degradarsi anche alla semplice *assistenza tecnica*.

E' una rappresentanza (od assistenza) di ordine del tutto diverso da quella di cui abbiamo parlato precedentemente. I rappresentanti legali e i mandatari *ad negotia* con rappresentanza, i gestori di patrimoni ecc. hanno infatti compiti e funzioni deliberative, in ordine al punto se convenga o non convenga agire o resistere e comunque stare in giudizio, ed a quali scopi ed interessi e con quali direttive finali, ciò che si coordina di regola a poteri di disposizione del diritto sottostante e delle relative azioni od eccezioni. Il compito (ministero) del difensore invece, comincia da quel momento in poi. Egli deve prender norma da quelle deliberazioni, farsi dare tutti i materiali e gli elementi utilizzabili (informazioni, prove ecc.) e farsene interprete, traduttore ed artefice

presso il giudice, e cioè nella istituzione e nello svolgimento del processo, onde la parte o chi ha deliberato per lei, ottenga possibilmente il desiderato successo e non incorra comunque in più gravi guai. Per ciò la legge parla di « ministero », e quando pure si parli di « rappresentanza » bisogna apporre gli espressivi attributi di (rappresentanza) « tecnica-processuale ». Tutto ciò è espresso abbastanza chiaramente nel disposto dell'art. 84: « Quando la « parte sta in giudizio col ministero del difensore, questi può compiere e ricevere, nell'interesse della parte stessa, tutti gli atti « del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati. || In ogni caso non può compiere atti che importano di « sposizione del diritto in contesa, se non ne ha ricevuto espressa « mente il potere ».

Egli, nella sua veste di difensore, non potrà, per esempio, rinunciare o transigere (nemmeno in sede di conciliazione) in ordine alle azioni od eccezioni di merito, non potrà rendere confessioni giudiziali, non potrà deferire il giuramento decisorio (e tanto meno prestarlo), non potrà neppure rinunciare agli atti del giudizio. Se al di là dei limiti dei suoi poteri, compia atti di questo genere, essi saranno giuridicamente inefficaci. Però se si lasci sfuggire un termine, se non presenti a tempo le istanze (conclusioni) che converrebbe di presentare, se le formuli in modo inidoneo, se non produca documenti o non faccia sentire dei testi che sarebbe stato utile produrre o far sentire, se non impugni in tempo un provvedimento del giudice, e se tutto questo influisca sfavorevolmente sull'esito del processo, la parte subirà le conseguenze di questo esito, diverso da quello sperato. Ciò si esprimeva una volta dicendo, che *procurator omittendo nocet, committendo non nocet*, con che si voleva dire (non bene per verità) che omettendo quelle diligenze processuali, alle quali sarebbe spettato a lui di provvedere, *nocet*, compiendo viceversa atti che esorbitino dal suo ministero tecnico, *non nocet*, appunto perchè questi atti (di cui abbiamo dato esempio) non sono produttivi di effetti.

Il difensore, per esercitare il suo ministero in un determinato processo, deve esibire al giudice ed alle altre parti del processo una dichiarazione della parte sua mandante o di chi per essa, che lo investe della rappresentanza tecnica-processuale; ed è richiesta per questa dichiarazione la osservanza delle forme di cui all'art. 83: « Quando la parte sta in giudizio col ministero di un difensore, questi deve essere munito di procura. || La procura alle liti

« può essere generale o speciale, e deve essere conferita con atto « pubblico o scrittura privata autenticata. || La procura speciale « può essere anche apposta in calce o a margine della citazione, « del ricorso, del controricorso, della comparsa di risposta o di « intervento, del precetto o della domanda d'intervento nell'esecuzione. In tali casi l'autografia della sottoscrizione della parte « deve essere certificata dal difensore. || La procura speciale si presume conferita soltanto per un determinato grado del processo, « quando nell'atto non è espressa volontà diversa ».

La procura è generale (*alle liti*) quando in essa e con essa la parte dichiara di conferire ad un determinato difensore la rappresentanza tecnica-processuale per tutti i processi nei quali essa parte stia o sia per stare in giudizio, davanti alla autorità giudiziaria ordinaria. E' speciale (*per la lite*), quando sia conferita solo per un certo processo o per una certa fase di un processo. Per il ricorso in cassazione (artt. 365 e 41 cod. proc. civ.), per il procedimento di revocazione (art. 398 cod. proc. civ.), come per i processi davanti a giurisdizioni speciali occorre sempre la procura speciale.

Conseguenza della particolare natura tecnica del ministero del difensore è, che anche coloro che stiano in giudizio in nome altrui, come i legittimi rappresentanti, i mandatari *ad negotia* ecc., possono liberamente scegliere il difensore stesso, conferirgli l'incarico e rilasciargli la procura, senza che vi osti la regola ricordata altra volta *delegatus non potest delegare*.

Il rapporto interno fra la parte (o chi per essa) ed il difensore, è disciplinato dalle regole del mandato, tenendo sempre presente però, anche a questo proposito, che si tratta di mandato tecnico, in cui il mandatario risponde verso il mandante soltanto quando eventuali errori o negligenze da parte sua eccedano i limiti del cosiddetto errore professionale. Una disposizione espressa e particolare sulla responsabilità del difensore si trova inserita *per incidens* nell'art. 162 con una assimilazione occasionale (e per dir vero assai discutibile) del difensore al cancelliere ed all'ufficiale giudiziario. Se la nullità di atti processuali sia imputabile al difensore « il giudice col provvedimento col quale la pronuncia pone le spese della rinnovazione » a carico di lui (« responsabile ») analogamente a quanto avviene nel caso di nullità imputabili a quei funzionari. L'articolo prosegue poi dicendo che il giudice « con la sentenza che decide la causa » può anche condannare il responsabile al risarcimento dei danni « a norma del-

l'art. 60 n. 2 » (cioè per dolo o colpa grave). Ma quest'ultima disposizione riguarda in modo tipico ed esplicito soltanto quei funzionari, in contemplazione del loro ufficio che impersonano. Dobbiamo ritenere veramente estensibile ed estesa dall'art. 162 questa disposizione anche ai difensori? Si può dubitarne. In ipotesi si dovrebbe desumerne che l'errore professionale che non comporta responsabilità per danni, trova il suo limite pratico soltanto in quella colpa grave *quae dolo aequiparatur*. Sempre nei rapporti interni, il difensore è tenuto a seguire le istruzioni del mandante, in quanto non vi ostino le regole di procedura. Ma la parte o chi per essa (mandante) non può opporre alle altre parti, che il suo difensore non si è uniformato alle istruzioni, e può desumerne soltanto una ragione di eventuale responsabilità interna nei loro rapporti.

Nulla vieta, che al difensore venga conferito anche il *mandato speciale* di compiere determinati atti di disposizione. Questo eventuale mandato speciale, che si aggiunge al mandato-procura alle liti, serba sempre però il carattere di mandato *ad negotia* extra-processuale, ed è disciplinato perciò da tutte le regole di un ordinario mandato di diritto sostanziale.

Il difensore con procura può essere assistito coadiuvato o rafforzato da altri *avvocati od esperti*, nell'esercizio del suo ministero. A ciò allude l'art. 87: « La parte può farsi assistere da uno « o più avvocati, e anche da un consulente tecnico nei casi e con i « modi stabiliti nel presente codice ». Questi ultimi non hanno bisogno di esibire un documento formale di incarico. Ma la rappresentanza-tecnica processuale agli effetti di cui sopra, resta sempre esclusivamente affidata al difensore con procura.

Secondo l'art. 85: « La procura può essere sempre revocata e « il difensore può sempre rinunciarvi, ma la revoca e la rinuncia « non hanno effetto nei confronti dell'altra parte finchè non sia avvenuta la sostituzione del difensore ». Il processo si interrompe invece per morte o cessazione legale dall'ufficio di procuratore (art. 301 cod. proc. civ.).

Il difensore, come chi lo assista o lo coadiuvi a norma dell'art. 87, ha diritto a *compenso* regolato in tutto od in parte da apposite tariffe professionali. Ma per evitare che ciò renda impossibile o più difficile o più gravosa la difesa per le parti povere, è fatto obbligo ai procuratori ed agli avvocati di difenderle gratuitamente (*salvo farsi retribuire a vittoria conseguita*) quando sia-

no accertate le condizioni di bisogno e vi sia inizialmente una certa probabilità di buon esito del processo per loro. Questa materia è regolata da una apposita legge speciale « sul gratuito patrocinio »: r. d. 30 dicembre '23 n. 3282.

Lo Stato, come parte in giudizio, è difeso da una sua *avvocatura* stabile, burocraticamente organizzata secondo le disposizioni del d. l. 30 ottobre '33 n. 1611 e successive modificazioni, del quale vedremo parecchi riflessi in materia di competenza e di atti dei vari procedimenti.

Sulla rappresentanza come forma (formalità) di atti processuali: n. 55 II. Sulla costituzione del procuratore e sulla persistenza del ministero del procuratore: n. 107; sulla interruzione in caso di morte o di cessazione dell'ufficio: n. 136. Ogni altro particolare va riservato alle varie parti del trattato descrittive di singoli tipi di procedimenti.

50. DOVERI (GENERICI) DELLE PARTI E DEI DIFENSORI. — Per quanto ciò possa sembrar paradossale, sarà questo il paragrafetto più breve di tutta quanta la nostra trattazione. Altrettanto smunto è del resto il corrispondente capo del codice, al quale qui ci riferiamo e che porta una analoga rubrica: due articoli uno dei quali meramente episodico. La verità è che non si possono costruire utilmente dottrine o discipline generali di quella specie variabilissima ed impropria di obblighi ed oneri ai quali può dar luogo il processo nel suo corso, se si astraie dalle situazioni particolari e contingenti in cui si inquadrano. Per ciò il codice si limita a dare un criterio generico (piuttosto che generale) e vagamente moraleggiante, al quale si dovrebbe costantemente informare la condotta processuale.

Vi leggiamo nell'art. 88: « Le parti e i loro difensori hanno « il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità. || In « caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve ri- « ferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di « essi ». Quando vi sia trasgressione del precetto dell'alinea (*lealtà e probità*), anche la parte può subirne delle conseguenze, che hanno un blando carattere di sanzione, e cioè un aggravamento dell'onere delle spese processuali, di cui parleremo fra un momento.

L'art. 89 aggiunge: « Negli scritti presentati e nei discorsi « pronunciati davanti al giudice, le parti e i loro difensori non « debbono usare espressioni sconvenienti od offensive. || Il giudice, « in ogni stato dell'istruzione, può disporre con ordinanza che si

« cancellino le espressioni sconvenienti od offensive, e, con la sentenza che decide la causa, può inoltre assegnare alla persona offesa una somma a titolo di risarcimento del danno anche non « patrimoniale sofferto, quando le espressioni offensive non riguardano l'oggetto della causa ».

Queste disposizioni di *buon costume* vanno coordinate con quelle dell'art. 598 cod. pen., e della legge professionale, con le quali formano un unico complesso.

Sulla nozione di obblighi e doveri delle parti nel processo, genericamente: n. 30.

51. RESPONSABILITÀ PER LE SPESE E PER I DANNI. — I. Le disposizioni sulla responsabilità per le spese, che vengono nel capo immediatamente successivo a quello dei doveri, apparterrebbero piuttosto (come si è detto parlando dei procedimenti) alle discipline oggettive del processo. Ma poichè anche tale responsabilità inerisce costantemente all'esser parte e sotto qualche aspetto anche allo stare in giudizio, possiamo seguire l'esempio del codice, e menzionare qui alcune disposizioni di carattere più generale, salvo scendere ai particolari trattando poi dei singoli tipi di procedimento.

Dispone dunque l'art. 90: « Salve le disposizioni relative al « gratuito patrocinio, nel corso del processo ciascuna delle parti « deve provvedere alle spese degli atti che compie e di quelli che « chiede, e deve anticiparle per gli altri atti necessari al processo « quando l'anticipazione è posta a suo carico dalla legge o dal « giudice ». Questo *onere* però non deve rimanere in definitiva sulle spalle di chi risulti che era effettivamente nel suo buon diritto, facendo valere in giudizio azioni od eccezioni. Altrimenti il diritto stesso ne uscirebbe ferito nel suo valore economico. Perciò la legge dispone nell'art. 91, che, *nei processi di cognizione*, il giudice « con « la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e « ne liquida l'ammontare ecc. ecc. ». Però il giudice può anche escludere o temperare il carico, che chiameremo del *rimborso* o della *rifusione*, compensando in tutto o in parte le spese, a sensi dell'art. 92 capoverso. « *Compensare* » non allude qui al fenomeno che porta questo nome secondo il codice civile, ma ad un provvedimento con cui il giudice, invece di condannare *in toto* al rimborso,

dispone che ognuna delle parti si tenga a proprio carico le spese (o una quota delle spese) che ha fatte, senza poterle recuperare. Che questo debba accadere quando vi sia una soccombenza parziale reciproca, non è che una applicazione del principio. Meno facile è capire che cosa voglia significare l'articolo parlando di altri « giusti motivi » senza spiegarsi di più. Molto probabilmente accadrà che il giudice li ravvisi nella ragionevole disputabilità delle ragioni fatte valere *hinc et inde*, cosicchè in fondo sia giustificabile e giustificata anche la parte soccombente, se si è difesa in giudizio, senza successo. Sarà questo un temperamento discrezionale di equità e non di pura giustizia legale.

Per i *procedimenti di esecuzione* dispone l'art. 95: « Le spese sostenute dal creditore procedente e da quelli intervenuti che partecipano utilmente alla distribuzione sono a carico di chi ha subito l'esecuzione, fermo il privilegio stabilito dal codice civile ». Qui non si parla più di condanna del giudice. Chi subisce l'esecuzione è automaticamente esposto a sopportare le spese, che in realtà vengono poi *prelevate* dal ricavato, mediante collocazione privilegiata nel reparto (art. 510 cod. proc. civ., in relazione agli artt. 2755, 2770 e 2777 cod. civ.). La cosa si spiega perchè, se gli atti hanno corso, ciò significa che la inadempimento dell'esecutato e la legittimità intrinseca ed estrinseca degli atti stessi sono fuori di discussione. Egli potrà bensì opporsi, e ne sorgerà in tal caso un separato giudizio collaterale di cognizione, ma se, neppure a seguito di questo, gli atti esecutivi vengano sospesi, interrotti od annullati, resta più che mai confermato il presupposto dell'art. 95.

Al fondo di tutte queste disposizioni, sia dell'art. 91 che dell'art. 95, sta un criterio di *responsabilità oggettiva*, per cui (da un lato) chi pone altri in condizioni di poter legittimamente invocare il giudice a tutela delle proprie ragioni, ne deve sopportare *eo ipso* le conseguenze; e (dall'altro lato) chi è posto per fatto altrui in condizioni di poter legittimamente invocare il giudice a tutela delle proprie ragioni, non deve rimaner esposto a subirne un detrimento economico. La disposizione dell'art. 92 cap. ricordata più sopra sui « giusti motivi », non è che una attenuazione del rigore oggettivo della responsabilità.

Naturalmente il principio vale per le spese normali di atti necessari o ragionevolmente ritenuti tali. Se la parte vincitrice abbia fatte spese « eccessive o superflue », il giudice può esclu-

dere la ripetizione, e può viceversa aggravare la condanna del soccombente, che abbia trasgredito il dovere di lealtà e di probità di cui all'art. 88: così dispone l'art. 92 alinea.

Salvo questo temperamento, la parte soccombente deve sopportare in definitiva anche le spese dei provvedimenti che *medio tempore* siano stati annullati o riformati: torna la regola già accennata altre volte che *error iudicis est error partis*.

Se più sono i soccombenti, il *reparto* fra loro può esser fatto dal giudice che condanna, a norma dell'art. 97, altrimenti il reparto si fa per quote. Però il giudice può anche condannarli solidalmente, quando abbiano avuto « interesse comune » al comportamento processuale che li espone alla condanna. Delle eventuali responsabilità o corresponsabilità in proprio, di legali rappresentanti, di curatori ecc. (art. 94), abbiamo già detto.

Cauzione: l'art. 98 autorizza il giudice ad ordinare che « l'attore non ammesso al gratuito patrocinio presti cauzione per il rimborso delle spese, quando vi è fondato timore che l'eventuale condanna resti ineseguita ». Si tratta di una specie di provvedimento cautelare, la cui concessione è rimessa al prudente arbitrio del giudice, in base ad una sua valutazione della solvibilità dell'attore, ma sempre dietro tempestiva istanza del convenuto (art. 85 disp. di att.). Per le modalità relative alla determinazione e prestazione della cauzione, si applicano gli artt. 119 cod. proc. civ. e 86 disp. di attuazione.

II. Il *gratuito patrocinio* è regolato da una legge apposita già ricordata a proposito dei difensori, in quanto si coordina all'ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore. La ammissione a quel « beneficio » importa però anche la temporanea *esenzione da gravami fiscali* (bollo e registro), che pesano sugli atti processuali. S'intende che se la parte ammessa al beneficio in un processo di cognizione riesca vincitrice, l'altra deve pur sempre essere condannata nelle spese. In un processo di esecuzione forzata queste saranno recuperabili, come di regola, con privilegio, anzi con prededuzione sul ricavato di una esecuzione.

In questi casi avvocati e procuratori che abbiano prestato il loro ministero senza esserne compensati, hanno *diritto di esser soddisfatti* su quello che si consegue o si recuperi a carico dell'avversario soccombente. E similmente il fisco, che avrà annotato « a debito » in appositi registri (che nel gergo fiscale prendono

nome di « campione ») le *tasce e imposte* non percepite, ha diritto in questo caso di conseguirne il pagamento. Per ogni altro dettaglio di carattere regolamentare rinviando alla lettura della legge.

III. C'è infine una disposizione singolare a favore dei difensori, che va (anche nel codice) sotto il nome di *distrazione delle spese*. Art. 93: « Il difensore con procura può chiedere che il giudice, nella stessa sentenza in cui condanna alle spese, distragga « in favore suo e degli altri difensori gli onorari non riscossi e le « spese che dichiara di avere anticipate ». Il giudice può condannare cioè la parte soccombente a pagare le spese al difensore anziché alla parte. La disposizione è data evidentemente nell'interesse dei difensori, ma indirettamente anche delle parti non ammesse al beneficio del gratuito patrocinio, perchè può incoraggiare per così dire i difensori a fare qualche anticipazione di lavoro e anche di quattrini di tasca propria, ma è disposizione anomala e singolare, perchè conduce ad una pronuncia a favore di coloro che, prestando soltanto il proprio ministero tecnico, non sono parti neppure in senso processuale. Lo diventano soltanto *per occasione* (come lo diventano del resto, in senso inverso, quando rispondano della nullità di atti compiuti). Con la distrazione a loro favore essi ottengono il titolo esecutivo per riscuotere compensi e rimborsi *dalla parte avversa*, senza che ci sia stato su questo punto un contraddittorio fra di loro e *la parte loro mandante*. Ora può essere che quest'ultima abbia delle eccezioni da opporre o pretenda di avere direttamente provveduto a soddisfare il difensore. Bisognava quindi che la legge desse modo alla parte di far valere queste sue ragioni ed infatti dispone in questo senso il capov. dell'art. 93. « Finchè il difensore non abbia conseguito « il rimborso che gli è stato attribuito, la parte può chiedere al « giudice, con le forme stabilite per la correzione delle sentenze, « la revoca del provvedimento qualora dimostri di avere soddisfatto il credito del difensore per gli onorari e le spese ». Le forme di questa specie di incidente... postumo (correzione) le ritroveremo nella parte speciale dedicata ai procedimenti di cognizione.

IV. Col problema delle spese non va confuso poi il problema dei *danni* del processo. Qui non si tratta più di disciplinare una conseguenza inerente alla partecipazione interna al processo, ma di prendere in considerazione le conseguenze *esterne* od *estrinseche*, che il fatto di averlo promosso o prolungato, può determi-

nare, fuori del suo ambito, nell'economia di una delle parti. Per questo aspetto esso può esser considerato, cioè, sotto il profilo di un *fatto doloso o colposo*. E tanto più poi può esser considerato sotto questo profilo, il fatto di aver compiuti o promossi degli atti, che per la loro stessa natura proiettino i loro effetti fuori dell'ambito del rapporto processuale, quando risultino poi compiuti o promossi senza legittimo fondamento. Dispone in proposito l'art. 96: « Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza. || Il giudice dice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza... ».

A sensi dell'art. 89 cod. proc. civ., è inoltre ammessa, come abbiamo visto, una liquidazione del danno anche non patrimoniale sofferto dalle parti per espressioni offensive che non riguardino l'oggetto della causa. Tutte queste disposizioni hanno indubbiamente carattere singolare, perchè consentono in sostanza di far valere in seno allo stesso processo una *azione nuova* (azione di risarcimento) che deriva la sua *causa petendi* dal fatto del processo medesimo. La giustificazione (di non costringere la parte interessata ad un giudizio autonomo) è abbastanza intuitiva. Riteniamo però che l'azione possa essere proposta anche « in separata sede » (cioè promuovendo un successivo processo *ad hoc*), semprechè il non averla proposta nelle forme dell'art. 96 non possa essere interpretato *de facto* come una rinuncia (rinuncia, per esempio, non ci sarà se i danni si rivelino solo in seguito nella loro vera entità).

V. Fra i rischi economici inerenti al processo, va noverato anche quello di incorrere in *pene pecuniarie*, che possono essere irrogate dal giudice nel corso di esso (se ne vedano per ora degli esempi negli artt. 220 u. cap., 235 al. ecc. cod. proc. civ.). Altri tipi di penalità nel processo si riscontrano nella perdita dei depositi così detti per multa nei procedimenti di cassazione e di revocazione (artt. 381 e 402 cod. proc. civ.).

Ad I e IV: risalire anche al n. 30 (condanna nelle spese e nei danni come casi di proiezione esterna del processo). *Ad II*: sul gratuito patrocinio: n. 49.

52. IL PUBBLICO MINISTERO COME PARTE IN GIUDIZIO. — Il pubblico ministero può assumere posizione di parte nel processo in quanto sia legittimato *ad instar partis* ad agire o concorrere nell'esercizio dell'azione. Altre volte la sua attività processuale (di interveniente o di concludente) si riduce piuttosto a quella di un ausiliario di giustizia. Comunque anche nel primo caso è una posizione *sui generis*.

E' sempre lo Stato che si impersona in lui, ma non per difendere interessi patrimoniali suoi proprii (*pro domo sua*) come allorchè si fa parte per mezzo dei suoi organi amministrativi. Qui invece opera come promotore di una più piena attuazione dell'ordinamento giuridico, perchè c'è in questo senso un interesse generale di tutti di cui si fa interprete (*pro populo*, anche contro i suoi stessi uffici). Tanto ciò è vero, che il pubblico ministero può intervenire nel processo anche quando sia parte la amministrazione dello Stato stesso, cosicchè quest'ultimo viene ad avere non più soltanto una duplice, ma una triplice veste e funzione in giudizio; e (... teoricamente) il pubblico ministero può sempre concludere, nell'interesse della legge, anche contro l'amministrazione. In pratica lo vediamo qualche volta concludere effettivamente così per esempio davanti alla Corte di cassazione.

Davanti ai tribunali ed alle corti, il pubblico ministero sta in giudizio per mezzo degli *organi od uffici* istituiti a latere di essi, e parla e scrive (compie cioè i suoi atti processuali) direttamente per mezzo dei suoi funzionari, purchè investiti legittimamente dell'ufficio, senza ministero di avvocatura. Davanti ai pretori ed ai conciliatori può delegare dei funzionari che intervengano caso per caso.

I singoli *funzionari* debbono astenersi per motivi personali e non possono essere «ricusati» dalle altre parti, a norma dell'art. 73 del codice. Essi, a norma dell'art. 74, sono responsabili in proprio in caso di dolo, frode o concussione, secondo le stesse norme della responsabilità dei giudici-funzionari.

Teoricamente valgono anche per il pubblico ministero le disposizioni degli artt. 88 e 89, sebbene praticamente non avverrà mai che vengano trasgredite.

Non vi sono, nel codice nè altrove, disposizioni espresse in materia di *spese processuali* quando sia parte in giudizio il pubblico ministero. Però, mentre nel caso in cui sia parte l'amministrazione non c'è dubbio che si applichino le regole ordinarie, quando invece stia comunque in giudizio il pubblico ministero, comunemente si ritiene che non vi sia luogo nè *pro* nè *contra* a condanna nelle spese. Il costo delle attività dei suoi organi ed uffici viene considerato infatti come spesa di carattere generale per lo Stato, e non come spesa di carattere specifico per i singoli processi, suscettibile di essere recuperata a sensi degli artt. 90 e seguenti. D'altro canto, questi organi ed uffici non hanno una propria dotazione patrimoniale a vantaggio od a carico delle quali possano ricadere eventuali rimborsi. Nè questi possono andare (si pensa) a vantaggio od a carico del bilancio generale dello Stato, appunto perchè quest'ultimo non viene a stare in giudizio come pubblica amministrazione e non ha alcun interesse patrimoniale in giuoco. Con che però si arriva qualche volta a conseguenze che lasciano per dir vero piuttosto perplessi sulla loro sostanziale iniquità.

Sulla posizione e sulla funzione del pubblico ministero: n. 21 con richiami.

CAPITOLO SESTO
GLI ATTI PROCESSUALI

SOMMARIO: 53. *Atti e fatti processuali.* — 54. *Elementi e requisiti degli atti di parte.* — 55. *Forme e formalità degli atti di parte.* — 56. *Atti e provvedimenti del giudice. Elementi, requisiti e forme.* — 57. *Comunicazioni e notificazioni.* — 58. *La notificazione per pubblici proclami.* — 59. *La notificazione come formalità integrativa e come atto a sè stante.* — 60. *Coordinamento degli atti processuali nel tempo. Termini.* — 61. *Della nullità degli atti di parte: distinzioni circa la natura gli effetti le cause.* — 62. *Della nullità per inosservanza di forme.* — 63. *Della nullità degli atti e provvedimenti del giudice e degli uffici minori.*

53. ATTI E FATTI PROCESSUALI. — Agli atti processuali è dedicata la seconda delle due masse fondamentali del libro primo del codice, che ne costituisce il titolo sesto ed ultimo: artt. 121 a 162. La descrizione e la « regolamentazione » dettagliata di quegli atti secondo le loro sequenze cronologiche nei vari procedimenti, si trova nei libri secondo, terzo e quarto. Ma vi sono delle notazioni concettuali comuni ad intere categorie, vi sono caratteri e delle discipline a loro volta comuni od uniformi, vi sono degli spedienti metodici largamente adottati a scopo di coordinamento, vi sono delle figure formali definite e « nominate » suscettibili di reiterato e largo impiego. Per ciò, e anche per evitare delle ripetizioni tediose o delle eventuali sconcordanze, mettere in evidenza le possibili analogie e facilitare una ricostruzione di principii profittevole alla intelligenza ed alla interpretazione dei dettati particolari, il codice raccoglie ed anticipa in quel titolo sesto un piccolo sistema di regole (relativamente) generali. E sebbene il titolo, tutto lastricato di buone intenzioni, pecchi qua e là per difetto o per eccesso, rappresenta in ogni modo un tentativo di qualche pregio dal punto di vista della tecnica legislativa. Lo seguiremo pertanto abbastanza fedelmente, ciò che gioverà anche alla conoscenza... topografica del codice che è di tanta importanza per la pratica.

In linea di massima si possono qualificare e classificare come *processuali* quegli *atti o fatti* che spiegano effetti primari, diretti e specifici, legalmente preveduti, sulla istituzione, sullo svolgimento e sulla fine (chiusura od estinzione) del processo-rapporto giuridico processuale. Atti e fatti in generale si presentano come accadimenti identificabili in base a definizioni e classificazioni legali o rese legalmente rilevanti. Ma si distinguono poi gli uni dagli altri per ciò che i primi (atti) per definizione spiegano quegli effetti *se ed in quanto siano (od appariscano) volontariamente compiuti* (salvo intenderci meglio sul valore di questa espressione), gli altri invece (fatti) li spiegano *indipendentemente da ogni considerazione di volontarietà*. Comprendiamo sotto la classificazione di atti processuali anche i *provvedimenti* che si formano nel processo e col processo, anche se, « uscendo » poi, come abbiamo detto altre volte, dalla sua sfera possano spiegare effetti fuori di là, come, per esempio, le sentenze anche di merito, la vendita o l'assegnazione giudiziale. E similmente vi includiamo quegli altri atti che, sebbene compiuti anch'essi nella sfera del processo possono a lor volta avere effetti anche fuori di essa, come una rinuncia giudiziale alla azione, una confessione giudiziale e così di seguito. Non vi includiamo viceversa (tra gli atti processuali) quelli che avvengano fuori dell'ambito del processo-rapporto processuale, sebbene possano poi avere dei riflessi delle ripercussioni sul suo corso o sul suo esito, per esempio, la emissione di una dichiarazione « stragiudiziale » di rinuncia ad una azione, una confessione stragiudiziale ecc. Processuale sarà, se mai, la invocazione o la deduzione in giudizio di questi atti, per trarne delle conseguenze in quella sede. Così non sarà attività processuale neppure lo studio che il giudice faccia delle carte del processo, ma lo sarà la relazione che ne faccia in udienza o in camera di consiglio.

Gli atti processuali dei quali possiamo occuparci con qualche utilità in questa sede (sulle tracce del codice) sono quelli delle parti o del giudice o in genere degli uffici giudiziari e di qualche (non occasionale) ausiliario di giustizia o in altre parole gli atti coi quali le parti ed il giudice *esercitano le loro funzioni processuali*. E cominciamo da quelli delle parti anche perchè normalmente precedono, provocano o preparano quelli degli uffici.

Sulla nozione di funzioni processuali e di atti con cui si esercitano, in relazione alla nozione di rapporto giuridico processuale, gioverà risalire *ab ovo* al n. 30; sulla volontarietà: n. 54 II.

54. ELEMENTI E REQUISITI DEGLI ATTI DI PARTE. — I. Negli atti processuali, si possono distinguere due ordini di elementi necessariamente combinati fra loro e cioè (adottando le stesse espressioni usate nelle rubricelle degli artt. 134 e 135) *contenuto e forma*.

Contenuto è l'espressione di un pensiero o (rovesciando i termini) è *un pensiero in quanto espresso*. Comprendiamo con ciò in questa categoria più vasta anche quelle che comunemente si sogliono qualificare manifestazioni *di volontà* (perchè anche la volontà in questo senso è un pensiero-pensamento). Forma è *il modo o il tramite della sua espressione-manifestazione* esterna.

Negli atti *di parte* il pensiero espresso, schematicamente ed in sintesi, potrà essere per esempio di questo tipo: chiedo (al giudice) di dare certi provvedimenti; espongo (al giudice o ad altre parti) dei fatti o dei ragionamenti; affermo, ammetto o nego la loro verità; produco, deduco, adduco, affinchè siano acquisiti al processo, degli elementi di convinzione; invito o diffido (altre parti) a compiere a loro volta certi atti; mi oppongo viceversa che siano compiuti o che vengano presi in considerazione; aderisco, consento o mi associo ad una richiesta altrui; rinuncio a compiere certi atti od agli effetti processuali degli atti compiuti e così di seguito.

II. Il « pensato » in quanto espresso in una qualunque forma idonea, si distacca o si discioglie dalla mente creatrice per obbiettivarsi in un *quid* di apprensibile da altri con i loro sensi e quindi poi con il loro intelletto. E così anche negli atti processuali (e salvo vedere che cosa più specialmente prescriva la legge circa la idoneità delle forme) il *pensiero-« pensato »* si tramuta da elemento soggettivo intellettuale o spirituale interiore in un elemento proiettato all'esterno ed *esternamente materializzato* (sia pure soltanto, come qualche volta avviene, in un *flatus vocis* semprechè pervenga in determinate condizioni all'orecchio altrui). E precisamente in relazione a questa proiezione all'esterno, che deve ricercarsi quell'altro estremo che abbiamo detto essere per definizione essenziale dell'atto, e cioè la *volontarietà*. Si richiede cioè che la espressione esterna del pensiero-« pensato » sia voluta, frutto di una attività volontaria di esteriorizzare e materializzare, con la scienza e coscienza dell'avverarsi di *questo* fenomeno rispetto ad altri soggetti che da quella espressione possano apprendere ed intendere. Di solito però il controllo di questo requisito non ri-

chiede una indagine sul processo psicologico di formazione dell'atto anzi la legge tende per quanto possibile ad evitarla.

Tutte le forme genericamente o specificamente prescritte, tendono infatti a metter fuori di questione, per segni esteriori non equivoci, la sussistenza o il concorso di quel requisito. Allorché, per esempio, la legge richieda, come requisito di forma, la sottoscrizione del procuratore, il deposito o la comunicazione ad altri di un atto scritto con consegna di copia al destinatario o la dichiarazione orale fatta in udienza, non è neanche pensabile che tutto ciò non avvenga volontariamente. Sembra per ciò, che il requisito della volontarietà sia normalmente assorbito nei requisiti di forma, e non possa più essere oggetto di una indagine separata circa la sua sussistenza. Il farne un elemento costitutivo distinto dagli altri, non ha se non una importanza meramente teorica in relazione alla *ratio formae*.

Non è escluso per altro che in qualche caso la indagine possa esser ammessa anche oltre o contro le apparenze della forma. Per fare un caso scolastico, si potrebbe supporre, per esempio, che qualcuno, parte o difensore in causa, stenda uno scritto od un libello e lo chiuda nel proprio cassetto, riservandosi dentro di sé di deliberare se comunicarlo o meno alle altre parti o al giudice. Qualcuno, non autorizzato, lo sottrae di là e di suo arbitrio lo comunica o lo fa notificare. In questa ipotesi l'*iter* della volontarietà non era ancora compiuto, mancava l'ultima (ma indispensabile) tappa. La parte a cui venga attribuito l'atto, dimostrando l'accidente intervenuto, potrebbe disconoscerne la efficacia, salva la sua eventuale auto-responsabilità per aver reso possibile l'accidente. Ma sono casi praticamente fuori della realtà quotidiana.

Inconfondibile con la semplice volontarietà è la c. d. *volontà* (*finale*, causale o intenzionale) nel senso in cui se ne parla a proposito dei negozi di diritto sostanziale. Si dà questo nome all'intendimento soggettivo (interiormente pensato o sentito), che induce e determina in quel tal momento l'agente al volontario compimento dell'atto, e quindi determina e colora la semplice volontarietà. Quando si dice che l'elemento essenziale dei negozi di diritto sostanziale (almeno nei più dei casi) è la volontà, si vuol richiedere in altre parole, che l'agente abbia preveduto, quanto meno in modo empirico, gli effetti, e che abbia (volontariamente) posto in essere l'atto, avendo in quel momento l'intento di raggiungere con quegli effetti, o anche a costo di quegli effetti, un suo determinato

scopo, la soddisfazione di un suo determinato interesse. Come conseguenza, si ritiene nullo od inefficace, come una illusoria parvenza, per esempio (sebbene con varie limitazioni per salvaguardare le legittime aspettative altrui), il negozio posto in essere a scopo di simulazione assoluta, oppure *ludendi causa* o il negozio nel quale la manifestazione o la espressione esterna per accidente non corrisponda alla cosiddetta volontà interna. *Item* si ritiene invalido-annullabile il negozio, nel quale la formazione della volontà sia stata inquinata da violenza, dolo od errore. Questa concezione e questo regime *non* si estende e di regola *non* si applica agli atti processuali, rispetto ai quali la indagine della cosiddetta volontà e della sua formazione rimane pertanto irrilevante e per ciò interdetta. Così chi renda volontariamente ed *in formis* una dichiarazione processuale non potrà almeno di regola negarle o toglierle efficacia sostenendo, per esempio: ho fatto quella tale dichiarazione, ma non sapevo o non volevo che potesse produrre quei tali effetti, mi sono sbagliato, sono stato indotto in errore; sia per non detto. Si spiega anche sotto questo aspetto (e almeno fino ad un certo segno) la preponderante importanza attribuita alle forme negli atti processuali.

Nel campo dei negozi giuridici di diritto sostanziale la storia ci rivela come le forme caratteristiche dei diritti arcaici si siano progressivamente affievolite quanto più si apriva la via alla indagine della interna volontà: i due fenomeni sono manifestamente interdipendenti. Nel campo del diritto processuale una analoga tendenza evolutiva si è arrestata su posizioni di gran lunga più arretrate, proprio perchè non si è creduto di poter ammettere (almeno come regola) quella indagine, troncandola, come si è detto, di fronte alla constatazione della semplice volontarietà. E così si sono conservate, sia pure rendendole meno rigide, anche le forme che ne rappresentano la riconoscibile impronta o il sigillo impresso sull'atto. E si capisce. Prima di tutto la indagine sulla volontà negoziale (causale o finale) tende ad evitare che qualcuno rimanga direttamente ed immediatamente obbligato od assoggettato a determinate conseguenze *nescius vel invitus*. Ma gli atti processuali non sono destinati a produrre *di per sé* effetti di quel genere a carico dell'agente (autore dell'atto) bensì a consentirgli l'esercizio di *funzioni processuali* (presso il giudice ed eventualmente contro le parti avverse) nel proprio interesse. Non ricorre pertanto la stessa *ratio legis* in quel senso. D'altro canto poi se

si aprisse la via a questioni di quel genere, è evidente come si intralchierebbe intollerabilmente il corso del processo, con danno e molestia delle altre parti e dispersione delle attività del giudice; si costruirebbe sulle sabbie mobili, là dove interessa che il processo si svolga passo per passo con la massima sicurezza e chiarezza possibile. In questo senso le forme semplificano anziché complicare le cose; e contro le insidie che possono apprestare sta oltre tutto, come abbiamo avvertito, il ministero tecnico (quasi sempre necessario e in ogni caso opportuno) del difensore.

Questo non toglie, che l'indagine di volontà e della sua formazione, sia tuttavia rilevante e sia ammessa per quegli atti di parte che si compiono nel processo e in forme processuali, ma che una volta compiuti, spiegano poi i loro effetti anche fuori del suo ambito, come per esempio una transazione conclusa in sede di conciliazione. E per eccezione può anche avvenire che una certa indagine della volontà o almeno dell'*animus* interiore sia ammessa per certi atti che sono bensì processuali, ma con effetti dispositivi circa le sorti del processo, per esempio nella delazione del giuramento decisorio. Ma sono sempre casi di eccezione.

Ed è pur vero che la legge appresta dei rimedi contro i processi istituiti e condotti per collusione fra le parti, cioè con l'animo e l'intento di ingannare il giudice, e di provocare da lui un provvedimento finale fondato su false opinioni circa la verità storica dei fatti. Quanti mai processi di annullamento di matrimonio non si tentano, ad esempio, per collusione! A queste e ad altre ipotesi del genere alludono gli artt. 397 n. 2 e 404 cap. E la collusione potrà anche tradursi talvolta in una specie di simulazione di atti processuali. Ma se il giudice se ne avveda, non dovrà dichiarare nulli ed inefficaci gli atti stessi per difetto di volontà (vera e seria), bensì dovrà reagire contro il tentativo di frode alla giustizia tenendo conto della verità, anziché prestarsi all'inganno. Se non se ne avveda, la sua decisione sarà impugnabile dalle parti finché siano in termine, dal pubblico ministero a norma degli articoli 72, 397 n. 2 o da terzi interessati a norma dell'art. 404. Ma anche in questi casi il risultato sarà una riforma della sentenza per il merito, e non una dichiarazione di nullità degli atti di parte. Ciò conferma dunque e non contrasta la esattezza di quanto si è detto più sopra.

III. La linea di discriminazione tra contenuto e forma fino

ad un certo punto si può tracciare con criterii empirici (pregiuridici) di ragion comune, in parte dipende invece da criterii tecnici e può esser spostata ora in un senso ora nell'altro per considerazioni attinenti alla ragione del distinguere. Così, per esempio, tutti diranno probabilmente che l'essere una certa manifestazione del pensiero originariamente scritta o parlata è una differenza di forma, ma che il pensiero espresso sia poi poesia o prosa, sonetto o canzone, racconto storico o dimostrazione matematica o appartenga a quella letteratura che si fa purtroppo in carta bollata e sia più precisamente una citazione, una comparsa o un ricorso o un precetto, può esser considerata secondo lo scopo del distinguere come differenza di contenuto o anche di forma. Per ciò la legge quando si tratta di atti giuridici, anche processuali, soccorre con l'ausilio di criterii suoi propri e ai suoi propri fini, creando all'uopo delle *categorie tipiche di classificazione*. Il rendersene conto non è senza importanza, perchè influisce sensibilmente sul regime dei vari atti e sul sistema delle nullità.

Da questo punto di vista infatti la legge può benissimo elevare a *requisito di forma* di certe figure di atti, quello di assumere un *contenuto classificabile* secondo quelle categorie. Così, per esempio, dispone il codice all'art. 163 che il libello di citazione deve contenere, oltre alla indicazione del tribunale e delle parti, la determinazione dell'oggetto e quella che chiameremo la *vocatio in ius* con certe sue determinazioni; dispone, per esempio, che l'atto di appello o il ricorso per cassazione devono contenere i motivi (artt. 342 e 366); il precetto deve contenere l'intimazione di adempiere (art. 480). Questi nel loro intrinseco (considerati in concreto) sarebbero elementi di contenuto, ma la legge può benissimo considerarli (in astratto) come categorie tipiche caratterizzate e definite o definibili e allora può porre come requisito di forma che l'atto assuma un contenuto classificabile in quella data categoria, senza di che non sarà più (ai suoi occhi) un atto processuale produttivo di effetti o quanto meno non produrrà gli effetti che essa connette agli atti classificati o classificabili a loro volta come citazione, atto d'appello, ricorso, precetto ecc. Solo così e cioè da quelle classificazioni di contenuto-forma si può arrivare infatti anche alla costruzione di quelle *figure tipiche definite o nominate*. Lo stesso avviene, del resto, per quelle figure o categorie di atti o negozi di diritto sostanziale per cui sono ancora conservati o prescritti dei requisiti di forma. Così per esempio dispone la legge

che la cambiale (tratta) deve contenere « l'ordine di pagare ecc. ecc. ». Questo ordine è un elemento di contenuto, ma senza un contenuto classificabile in quella categoria (di cui si è fatto un requisito di forma) non ci può essere una cambiale (tratta) che valga come tale.

IV. In questo modo si determina dunque quale sia l'*oggetto* (contenuto) tipico in astratto caratteristico e distintivo delle varie figure. Quel contenuto tipico sarà poi *materiato* e *specificato in concreto*, volta per volta, caso per caso, da tutto ciò che l'autore dell'atto versi, per così dire, di particolare al caso suo dentro quella casella definitoria: quel che concretamente narra, quel che chiede, indica, intima, denuncia ecc. La casella definitoria sarà come il recipiente o il vaso formale e quasi il veicolo per introdurre nel processo quel materiale.

Chiarito in questo senso che cosa può intendersi come *oggetto* dell'atto processuale (in astratto e in concreto), non crediamo possa distinguersi poi come altro elemento del suo contenuto la *causa*, allo stesso modo in cui la causa si distingue dall'oggetto nei contratti (e si dice che la si possa distinguere anche in altri negozi giuridici di diritto sostanziale). La distinzione della causa dall'oggetto trova infatti la sua ragion d'essere nella volontà causale o intenzionale e nella necessità che anche questa risulti dal tenore dell'atto, mentre abbiamo normalmente già escluso che per gli atti processuali la volontà finale o intenzionale abbia rilevanza.

V. Quanto ai *requisiti soggettivi*, concernenti cioè il soggetto autore dell'atto o i suoi destinatari, nulla da aggiungere in tema di *capacità* a quanto già detto a proposito dei soggetti in generale.

Si richiedono poi, almeno di solito, degli estremi specifici per ciascuna figura, dipendenti dalla posizione processuale dei soggetti al momento dell'atto. Qualche volta ciò emergerà come necessità o come *condicio iuris* connaturale o connaturata con la figura stessa, qualche volta invece dipenderà da prescrizioni legali che ne fanno un requisito di *legittimazione processuale-formale* assimilabile ai requisiti di forma propriamente detti. È naturale, per esempio, che una comparsa di risposta non possa esser presentata se non da una parte citata (convenuta, appellata ecc.). E non avverrà di fatto che altri si sogni di presentarla. Un atto d'appello o un ricorso per cassazione non potrà esser proposto, salvo disposizioni eccezionali in contrario, se non da chi fosse già parte in senso

processuale nella fase precedente. E inversamente una opposizione di terzo non potrà esser proposta se non da chi non fosse parte. Il difetto di questi estremi di legittimazione processuale determinerebbe la irricevibilità formale dell'atto.

VI. Gli atti processuali di parte sono normalmente *unilaterali recettizii*, cioè si perfezionano quando ed in quanto la manifestazione sia portata a conoscenza di altre parti o del giudice oppure (e magari ad effetti diversi) prima a conoscenza di altre parti e poi a conoscenza del giudice o inversamente. Al qual proposito però, di fronte alle difficoltà di far giungere le parole parlate o lo scritto al loro destinatario in persona, la legge introduce degli *equipollenti della recezione* effettiva. Ne vedremo fra breve degli esempi a proposito delle notificazioni, e molti altri ne troveremo più innanzi.

C'è qualche caso di atti processuali *bilaterali* o *polilaterali*, che si formano *inter partes* (esempio nell'art. 541), ma son casi singolari. Per lo più quando la dizione letterale della legge (consenso, accettazione ecc.) potrebbe far pensare ad atti bilaterali, in realtà si tratta piuttosto di casi di concorso o di confluenza di più atti unilaterali recettizii, il che dovrebbe far pensare, se mai, alla figura dell'*atto complesso* (esempio nell'art. 177 n. 1 e nell'articolo 306 al.).

In altro senso finalmente certi atti processuali possono esser *compositi*, in quanto risultano da una *combinazione di più atti elementari*, che si integrano a vicenda, ma senza confondersi. In questi casi la legge, a certi effetti li prende in considerazione come atto unico, ad altri effetti considera i singoli elementi separatamente. Così, per esempio, la citazione costituisce in un certo senso un atto unico introduttivo del processo, ma il testo è compilato a ministero del procuratore, la notificazione invece avviene col ministero dell'ufficiale giudiziario ed a certi effetti (per esempio di nullità) la legge contempla separatamente i due atti elementari, fra i quali se ne inserisce anche un terzo che può avere talvolta la sua importanza autonoma, ed è la richiesta fatta all'ufficiale giudiziario di procedere alla notificazione.

VII. In coerenza a queste premesse la legge determina quali *categorie di effetti* ciascun atto sia idoneo a produrre secondo la sua figura tipica (schema) formale e quando e come il difetto di estremi, requisiti o condizioni formali ne determini la *nullità*

(inefficacia, invalidità, inammissibilità o irricevibilità) o la *inidoneità* a produrre certi dati effetti. Così quando parleremo, per esempio, di atto di citazione, vedremo quali categorie di effetti processuali sia idoneo a produrre e quali conseguenze (di nullità, inefficacia ecc.) possa avere il difetto di uno od altro dei suoi requisiti formali caratteristici e così quando parleremo di ricorsi, di atti di impugnazione e via via enumerando.

In concreto poi quegli effetti che un determinato atto è idoneo a produrre condurranno ad un successo pratico finale più o meno felice, conforme o disforme a quelli che il suo autore poteva sperare, oppure vi condurranno fino ad un certo punto e non oltre, oppure magari condurranno a risultati opposti ed impreveduti. Tutto questo dipenderà da quel contenuto materiale che l'autore dell'atto abbia versato dentro quella tale casella, quel tal vaso, quel tal veicolo introduttivo e dalle combinazioni o dai contrasti che ne sorgano con altre attività processuali dello stesso autore o dei suoi avversari o del giudice (discussione, contraddizione, difesa, apprezzamenti critici ecc.). Così per esempio, una citazione formalmente regolare sarà (formalmente) idonea ad introdurre una domanda giudiziale *ergo* una azione-pretesa e quindi il giudice potrà e dovrà conoscere; ma in esito al processo potrà poi ritenerla proponibile o improponibile, fondata od infondata, accoglierla o rigettarla e magari condannare l'attore-autore della domanda nelle spese del giudizio. Questo dipenderà, ripetiamo, dal contenuto materiale e concreto di quella tale domanda-azione-pretesa versata nella citazione e dalle risultanze degli atti successivi del processo.

Ad II e III: sulla volontà finale negli atti negoziali bisogna risalire ai trattati di diritto civile e di teoria generale del diritto, dove si dovrebbe trovare approfondito anche il contrapposto con la volontarietà e il problema di discriminazione contenuto-forma. *Ad II, III* e segg.: sulle conseguenze dei vizi e difetti di forma o di contenuto: nn. 61 e 62. Sul difetto di capacità, legittima rappresentanza, legittimazione processuale-formale: nn. 40 IV e 61 II. Sulle forme e formalità v., del resto, il n. 55.

55. FORME E FORMALITÀ DEGLI ATTI DI PARTE. — I. Certe esigenze elementari di forma si può dire che siano *connaturali* alla indole stessa e al contenuto degli atti processuali, come più generalmente avviene, del resto, per tutti gli atti giuridicamente rilevanti. Altre esigenze particolari e specifiche sono introdotte o prescritte in modo espresso dalla legge a fini particolari, ed al-

lora si parla di *forme legali* (*formae formarum*) o (qualche volta) di *formalità* anzichè di forme.

A queste ultime si riferisce l'art. 121: « gli atti... per i quali « la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti « ti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo ». La rubricella è: « *libertà di forme* » ed ostenta evidentemente una certa intonazione liberaleggiante (quasi a reagire contro l'eccessivo formalismo). In realtà però il valor pratico effettivo della disposizione è pressochè nullo. La ipotesi che la legge non « richieda forme determinate » non trova riscontro infatti se non in casi o per modalità marginali. Comunque *lo scopo* al quale si richiama l'articolo, non può logicamente esser quello che si proponga in cuor suo l'autore dell'atto, a suo capriccio, ma deve esser quello che l'atto stesso possa produrre nell'esercizio delle funzioni processuali, in quel dato momento e in quelle date contingenze, *secondo la legge e nei limiti della legge*. D'altro canto poi, anche la *idoneità* a produrre quegli effetti (se pur si prescinda dall'enfatico superlativo « la più idonea ») non può esser determinata a sua volta liberamente, con criterii od apprezzamenti soggettivi, bensì solo in relazione ai metodi e al sistema della legge stessa. E allora è chiaro che l'autore avrà poco da sbizzarrirsi nella invenzione o nella scelta. L'articolo si riduce così in definitiva a questo altro e più ragionevole contenuto pratico: che le parti dovranno ispirarsi alle possibili analogie e ai principii generali, per supplire alle eventuali lacune delle disposizioni espresse sulla forma. E allora anche se l'articolo non ci fosse, il risultato sarebbe lo stesso.

II. Le « forme determinate » che la legge richiede nel disciplinare tutte le singole figure di atti processuali all'infuori di quelle di *contenuto-forma* e di *legittimazione (processuale)-forma*, di cui abbiamo già parlato, sono di varia indole e variamente combinate, come risulta dalle disposizioni particolari sui vari procedimenti. Qui possiamo dare per ora soltanto una indicazione sommaria di alcuni ordini di *forme estrinseche* e riprodurre le disposizioni generali del primo libro su alcune di esse.

Assume intanto carattere di esigenza formale per molti atti la *rappresentanza tecnica* (ministero del difensore), quando sia prescritta.

Esigenza di forma connaturale all'indole stessa di tutti gli atti di parte, è la *espressione o manifestazione esteriore*: un pen-

siero inespresso (*in mente repostum*) rimane per ciò stesso irrilevante. Da questo punto di vista però, potrebbe essere indifferente che la manifestazione avvenga *verbis vel literis* o magari semplicemente *per gesti*, purchè si capisca: le esigenze legali invece di solito sono più rigorose.

Sempre o quasi sempre troviamo prescritta la espressione *in parole* (e in *lingua italiana*: art. 122 alinea), salvo vedere se debba essere *orale* oppure *scritta*. Qualche volta la legge lascia la scelta; qualche altra volta pretende tassativamente una delle due forme. Negli scritti innalza di solito a requisito di forma anche la specificazione di certe *indicazioni* e la *sottoscrizione*. Tipico in proposito l'art. 125, nel quale vediamo menzionate *per occasionem* una serie di *figure nominate* di atti scritti (nomi già noti, per quel che s'è detto): « Salvo che la legge disponga altrimenti, la citazione, il ricorso, la comparsa, il controricorso, il precetto debbono indicare l'ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni o la istanza, e, tanto nell'originale quanto nelle copie da notificare, debbono essere sottoscritti dalla parte, se essa sta in giudizio personalmente, oppure dal difensore munito di procura ».

Naturalmente anche i modi di *comunicazione-recezione* riescono a loro volta diversi, a seconda che l'atto sia orale o scritto. Nel primo caso si capisce che le parole abbiano da essere (o da poter esser) udite dal destinatario, ma per le esigenze legali non basta che ciò avvenga dovunque e comunque. La legge specifica di solito il luogo, il momento e le modalità, organizzando anche dei meccanismi processuali *ad hoc*.

Tipico e normale è quello delle *udienze*, che i giudici (siano uffici dell'ufficio, come il giudice istruttore o il giudice dell'esecuzione, oppure uffici giudicanti, anche se collegiali) devono tenere nella loro sede, in giorni ed ore fissate (e vedremo poi come si fissino) alla presenza (effettiva o virtuale) delle parti e dei loro difensori. Il «tenere» udienza, in sè e per sè sarebbe, a dir vero, fondamentalmente attività del giudice stesso. Ma come episodio processuale voleva esserne anticipata la menzione, perchè serve anche ad attività delle parti. Serve cioè perchè si facciano udire e si odano fra loro oppure odano ciò che sian per dire, per esempio, testimonii o consulenti o ciò che i giudici medesimi siano per chiedere, disporre o pronunciare oralmente. Alla udienza dovrà assistere il cancelliere, che ne redigerà una documentazione

ufficiale (processo verbale, di cui più oltre) più o meno estesa o sommaria, secondo i casi.

Dispongono sulla *direzione* e sulla *polizia delle udienze* (sezione seconda di questo capo) gli articoli 127 e 128 che riportiamo. Art. 127: « L'udienza è diretta dal giudice singolo o dal presidente del collegio. || Il giudice che la dirige può fare o prescrivere quanto occorre affinchè la trattazione delle cause avvenga in modo ordinato e proficuo, regola la discussione, determina i punti sui quali essa deve svolgersi e la dichiara chiusa quando la ritiene sufficiente ».

Art. 128: « L'udienza in cui si discute la causa è pubblica a pena di nullità, ma il giudice che la dirige può disporre che si svolga a porte chiuse, se ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume. || Il giudice esercita i poteri di polizia per il mantenimento dell'ordine e del decoro e può allontanare chi contravviene alle sue prescrizioni ».

L'art. 129 aggiunge qualche altra disposizione sui doveri di chi interviene od assiste (come pubblico) all'udienza (non portare armi, stare a capo scoperto ecc.).

Da qualche disposizione dei libri successivi del codice rileviamo, che qualche volta il giudice, assistito dal cancelliere, può recarsi fuori della propria sede per interrogare parti o testimonii, ispezionare luoghi ecc.; e in tali occasioni le parti possono compiere davanti a lui atti processuali orali, come all'udienza (esempii negli artt. 195, 224 in fine, 259 ecc.).

Il *processo verbale*, che deve in ogni caso esser redatto dal cancelliere, deve contenere, di regola, a norma dell'art. 126: « l'indicazione delle persone intervenute e delle circostanze di luogo e di tempo nelle quali gli atti che documenta sono compiuti; deve inoltre contenere la descrizione delle attività svolte e delle rilevazioni fatte, nonchè le dichiarazioni ricevute. || Il processo verbale è sottoscritto dal cancelliere. Se vi sono altri intervenuti, il cancelliere, quando la legge non disponga diversamente, dà loro lettura del processo verbale e li invita a sottoscriverlo. Se alcuno di essi non può o non vuole sottoscrivere, ne è fatta espressa menzione ».

Soltanto per le udienze pubbliche che non assumano carattere istruttorio (come nel caso dell'art. 281), ma servano solo alla discussione (illustrazione) orale delle ragioni delle parti, il processo verbale può ridursi alla forma più sommaria dell'art. 130.

Disposizioni particolari per il caso che « debba essere sentito chi « non conosce la lingua italiana » oppure un sordo od un muto (... nel qual ultimo caso per dire vero sarà un po' difficile « sentirlo ») contengono gli artt. 122 cap. e 124.

Quanto agli atti scritti, la comunicazione ai destinatari con cui l'atto si perfeziona, deve avvenire di solito (e anche queste sono forme legali) mediante *consegna di copia* a loro od a chi per loro oppure mediante *deposito in cancelleria* (accompagnato o non accompagnato, secondo i casi, dalla comunicazione di un avviso). Su di che incontreremo nel seguito disposizioni varie per i vari casi. Un modo particolare (solenne) di comunicazione per copia, è la *notificazione* (nel significato processuale più proprio e ristretto della parola) per ministero di ufficiale giudiziario; del che diremo più oltre.

Un'ultima categoria di forme può vedersi là dove la legge prescrive l'uso di formule sacramentali, *verba sollemnia*, come nella prestazione del giuramento (art. 238). Ma son casi rarissimi. Siamo ben lontani dai tempi in cui un tale, come ci narra Gaio, perdetto la causa perchè aveva agito *de vitibus succisis cum debuisset arbores nominare*.

Sul carattere e sulla importanza delle forme in generale, sul contenuto-forma e sulla legittimazione (processuale)-forma: n. 54. *Ad II*: sulla rappresentanza tecnica: n. 49; sulle comunicazioni notificazioni: nn. 57 e segg. Casistica e maggiori dettagli sulle varie forme vanno riservati del resto alle parti speciali (descrittive) del trattato.

56. ATTI E PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE. ELEMENTI, REQUISITI E FORME. — I. Le attività del giudice sotto le sue varie spoglie di istruttore, di giudicante, di esecutore ecc., nell'esercizio delle sue attribuzioni stromentali e finali, sono estremamente varie: convoca alle sue udienze, le tiene e le dirige (come si è visto); ascolta, ammonisce, coordina; promuove la regolarizzazione di atti; tenta di conciliare; ammette o non ammette deduzioni, produzioni, difese, interventi, prove; nomina ausiliari e, se ammette prove, le esegue; interroga, ispeziona, ordina sequestri, cautele, immissioni; può sospendere e dichiarare estinto il processo; pronuncia su problemi, questioni e domande di rito e di merito; accerta, costituisce, condanna; vende, fa vendere, riparte, autorizza; approva, omologa, inventaria..., la esemplificazione può allungarsi all'infinito.

Variando in questo modo il *contenuto* intellettuale dei suoi atti, questi prendon *forme* sia *connaturali*, che *legali* altrettanto varie, particolari o singolari, secondo i casi ed i momenti; ed in mancanza di altre disposizioni espresse si applica l'art. 131 cap. (con un certo parallelismo all'art. 121 già veduto, ma con latitudine anche maggiore), secondo il quale i provvedimenti possono esser dati « in qualsiasi forma idonea al raggiungimento del loro scopo » (dovendosi intendere anche qui, come nel caso dell'art. 121: scopo, così e come veduto od inteso dalla legge).

Però la legge stessa, nei casi e nei momenti più importanti, tende a ridurre i provvedimenti del giudice a tre tipi fondamentali nominati, che si distinguono sia per i caratteri del loro contenuto, sia per l'occasione, il momento o la situazione in cui possono essere emanati, sia per i caratteri formali-legali esteriori. Dispone infatti l'art. 131, alinea, che « la legge prescrive in quali casi il giudice pronuncia *sentenza*, *ordinanza* o *decreto* ». E poi negli articoli successivi ne determina sommariamente i vari ordini di caratteri, con disposizioni che vanno per altro integrate con altre sparse qua e là nei libri successivi.

II. La *sentenza* è la figura più solenne di tutte, quella delle pronunce con cui il giudice conclude il processo con decisioni definitive, sia di procedura o di merito, o ne risolve, in modo per lui definitivo, dei singoli punti di questione, suscettibili di separata decisione. Normalmente essa trova luogo per ciò soltanto nei procedimenti che abbiano già avuta una precedente e idonea istruzione in contraddittorio (effettivo o virtuale) delle parti. Nella sua forma finale essa appare materialmente come *atto scritto*, e a prescindere dalla formula iniziale (« In nome del popolo »), deve contenere a sensi dell'art. 132 (come estremi di contenuto-forma): la identificazione del giudice e delle parti, le conclusioni (cioè la formulazione sintetica e conclusiva data dalle parti stesse a domande e difese), « la concisa esposizione dello svolgimento del « processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione, il di « spositivo, la data della deliberazione e la sottoscrizione del giudice ». *Dispositivo* è la formulazione (a sua volta sintetica e conclusiva) del contenuto decisorio del provvedimento. I *motivi* ne rappresentano la giustificazione giuridica, e in questi dovrebbe ravvisarsi quel ragionare per sillogismi, a cui abbiamo fatto cenno nel primo capitolo.

L'atto scritto, nella sua materialità, è formato dal cancelliere (art. 119 disp. di att.), ma il suo contenuto sostanziale (esposto, motivi e dispositivo) deve provenire naturalmente dall'ufficio giudicante, il quale deve prima deliberare il dispositivo (arg. dall'art. 276 del codice, scritto per i procedimenti in tribunale), poi provvedere alla redazione dell'esposto e dei motivi (artt. 118 e 119 disp. di att.), fornendone al cancelliere la minuta. L'atto-documento viene poi sottoscritto dal giudicante o dai giudicanti. Quando l'ufficio è collegiale, « se alcuno dei giudici che ha deliberato la sentenza non può sottoscrivere per morte o altro impedimento, è sufficiente la sottoscrizione degli altri componenti il collegio, purchè prima di essa sia menzionato l'impedimento » (art. 132 u. cap.).

Dopo di ciò, l'atto viene depositato in cancelleria. « Il cancelliere dà atto del deposito in calce alla sentenza e vi appone la data e la firma, ed entro cinque giorni, mediante biglietto contenente il dispositivo, ne dà notizia alle parti che si sono costituite ». Da questo momento chiunque può prenderne visione e farsene rilasciar copia. Per ciò si dice (art. 133 al.), che la sentenza (il cui tenore fino a questo momento dovrebbe restare segreto) viene « *resa pubblica* ».

L'*ordinanza* è una figura di provvedimento, che di regola può esser dato nel corso di un procedimento in contraddittorio, sentite in udienza le parti. Essa serve normalmente alla emanazione di provvedimenti ordinatorii od istruttori (ordine di regolarizzazione degli atti, provvedimenti sull'intervento di altre parti, riunione di cause, ammissione di prove, provvedimenti sull'esecuzione di prove, sospensione del procedimento, atti strumentali del procedimento di esecuzione ecc. ecc.) oppure alla emanazione di provvedimenti cautelari (sequestri, immissioni ecc.) o alla risoluzione provvisoria di questioni o di difficoltà, quando il giudice, risolvendole, ordini la prosecuzione del procedimento. Qualche volta può anche essere adottata per chiudere il procedimento davanti ad un dato giudice, quando ciò avvenga senza che occorra o che possa esser pronunciata una decisione definitiva (così ad esempio per dichiarare la estinzione o la rimessione del processo ad altro giudice). Questo implica che là dove l'organo abbia un ufficio giudicante collegiale, le ordinanze possono essere date (e così avviene di solito) anche da un ufficio dell'ufficio e cioè dal

giudice istruttore o, secondo i casi, dal giudice dell'esecuzione, dal presidente o da un giudice delegato.

Fondamentalmente il provvedimento dovrebbe essere *orale*, dato in udienza dal giudice e inserito (dettato) a verbale: può trasformarsi praticamente in un provvedimento scritto allegato al verbale, quando la legge consenta che il giudice in udienza si riservi di pronunciarla (esempio nell'art. 186). Qualche volta, eccezionalmente, la legge usa la espressione *ordinanza* anche per provvedimenti dati nel corso di un procedimento in contraddittorio, senza che sian stati preceduti da una udienza *ad hoc* (esempio negli artt. 307 e 308). Sul contenuto sostanziale-formale dell'*ordinanza* e sulle relative modalità dispone l'art. 134: « L'*ordinanza* è succintamente motivata. Se è pronunciata in udienza, è inserita nel processo verbale; se è pronunciata fuori dell'udienza, è scritta in calce al processo verbale oppure in foglio separato, munito della data e della sottoscrizione del giudice o, quando questo è collegiale, del presidente. || Il cancelliere comunica alle parti l'*ordinanza* pronunciata fuori dell'udienza, salvo che la legge ne prescriva la notificazione ».

Il *decreto* è una figura di provvedimento che viene dato *inaudita altera parte*, o qualche volta anche « sentite » tutte le parti, ma senza che vi sia in atto e formalmente pendente fra loro un procedimento in contraddittorio, o quanto meno senza che vi sia stata una udienza *ad hoc* nelle forme ordinarie. E' provvedimento *scritto* oppure anche *orale* (ma consacrato in questo caso a *processo verbale*), a seconda che sia orale o scritta l'istanza (nel qual caso essa prende nome di *ricorso*). Dispone in proposito l'art. 135: « Il decreto è pronunciato d'ufficio o su istanza anche verbale della parte. || Se è pronunciato su ricorso, è scritto in calce al medesimo. || Quando l'istanza è proposta verbalmente, se ne redige processo verbale e il decreto è inserito nello stesso. || Il decreto non è motivato, salvo che la motivazione sia prescritta espressamente dalla legge; è datato ed è sottoscritto dal giudice o, quando questo è collegiale, dal presidente ».

III. Alla distinzione fra *contenuto* e *forma* dei provvedimenti del giudice si possono generalmente trasportare o adattare, del resto (almeno in gran parte), le considerazioni fatte a proposito della stessa distinzione per gli atti di parte.

Bisogna avvertire invece che solo impropriamente si può par-

lare per gli atti del giudice, di *volontarietà* ed eventualmente di *volontà* causale o finale. Prende il posto di questi estremi il *deliberato esercizio* (da parte dell'organo o dell'ufficio) *delle pubbliche attribuzioni* (funzioni-poteri) di cui è investito e che risulta anche da contrassegni esteriori inconfondibili. È questo un fenomeno per definizione diverso dalla formazione della volontà individuale di un soggetto nel suo proprio interesse, *pro domo sua*. Alle attribuzioni deliberatamente esercitate, bisogna far risalire anche la autorità-efficacia dei provvedimenti finali di merito, a proposito della quale abbiamo già escluso fin da principio che la si possa far risalire alla « volontà » della legge. Anche il controllo, che è pur consentito ampiamente, della legittimità, della validità e della intrinseca giustizia (« giustezza ») delle sentenze e di altri provvedimenti del giudice sotto specie di impugnazioni, di opposizioni o di reclami, non può esser posto menomamente in parallelo con la impugnazione di atti di volontà negoziale, nè per il fine, nè per il tema e il metodo dell'indagine, nè per l'autorità delle decisioni. In fondo anche questa non è se non una prosecuzione (se pur da parte di altri organi) dell'esercizio delle stesse pubbliche attribuzioni e presenta gli stessi caratteri che aveva il provvedimento impugnato.

Quanto alla *legittimazione processuale formale* dell'organo o dell'ufficio possiamo rimetterci per il momento a quanto già detto parlando del giudice come soggetto del processo, salvo tornare anche su questo tema quando parleremo delle impugnazioni.

IV. I provvedimenti del giudice sono sempre per loro natura *unilaterali*, e di regola non *recettizii*, in quanto sono già perfetti di per sé al momento in cui ne sia stata formata la documentazione ufficiale. Anche il deposito della sentenza in cancelleria è una forma di divulgazione, e non di comunicazione a determinati destinatarii. Le ordinanze pronunciate in udienza in realtà possono essere apprese direttamente dalle parti presenti, ma questo sembra piuttosto un accidente, che dipende dal momento in cui la pronuncia vien data, che non un requisito integrativo o integrante dell'atto.

La legge provvede poi a far avere alle parti notizia delle sentenze e anche delle ordinanze pronunciate fuori di udienza, e dispone a questo effetto delle comunicazioni, da farsi a cura della cancelleria. Ma questo è un atto successivo e distinto del mec-

canismo processuale (sebbene possano tuttavia derivarne delle conseguenze processuali, come decorso di termini ecc.), che rimane estraneo alla formazione dell'atto del giudice. E assolutamente estranea ed indipendente poi rimane la eventuale notificazione, che è, come vedremo, atto di parte.

Ad I, II e III: sulla distinzione contenuto-forma (a proposito di atti di parte): n. 54 II e III. Sulla natura del deliberato esercizio di funzioni-poteri: n. 8, anche in relazione al n. 31. *Ad III:* sulla legittima costituzione del giudice: nn. 31 e 63. Sulla nullità e impugnabilità dei provvedimenti del giudice: n. 63. Anche per gli atti del giudice, casistica e maggiori dettagli non possono esser dati se non nelle parti speciali (descrittive) del trattato.

57. COMUNICAZIONI E NOTIFICAZIONI. — Il codice nelle disposizioni generali fa un posto a sé alle comunicazioni e notificazioni, che sono attività (se non sempre atti autonomi) degli uffici minori, cioè della cancelleria o degli ufficiali giudiziari. La cosa si giustifica (come sarebbe giustificata, del resto, anche per altre attività) perchè esse trovano luogo in numerose e svariate occasioni ed era bene regolarle una volta per sempre. Seguiamo la traccia.

I. Le *comunicazioni* sono attività demandate alla cancelleria. Esse si risolvono in un modo di dar notizia ufficiale alle parti, di atti dei giudici che le riguardano, e dai quali debbono prender norma per le loro attività successive. Per esempio, quando il giudice fissa un'udienza (luogo, giorno ed ora) in cui debbano o possano comparire davanti a lui, bisognerà pure che le parti lo sappiano, e non si può pretendere che vadano ogni giorno ad informarsi se e come la fissazione è avvenuta. Così, se venga pronunciata fuori di udienza una ordinanza che concerna il corso ulteriore o la estinzione del processo, così anche se sia pronunciata una sentenza, perchè anche questa può influire sull'eventuale corso ulteriore del processo, davanti allo stesso o davanti ad altri giudici, o può rappresentarne, se non sia impugnabile, la conclusione finale. Dispone in proposito l'art. 136: « Il cancelliere, con biglietto di cancelleria in carta non bollata, fa le « comunicazioni che sono prescritte dalla legge o dal giudice al « pubblico ministero, alle parti, al consulente, agli altri ausiliari « del giudice e ai testimoni, e dà notizia di quei provvedimenti « per i quali è disposta dalla legge tale forma abbreviata di co-

« municazione. || Il biglietto è consegnato dal cancelliere al destinatario, che ne rilascia ricevuta, o è rimesso per posta in « piego raccomandato, oppure a mezzo di ufficiale giudiziario ».

II. La *notificazione*, a sua volta, è un meccanismo processuale, che serve alla comunicazione integrale di un atto scritto (e non soltanto per dare semplice notizia del fatto, che l'atto è stato compiuto). Essa avviene per mezzo dell'*ufficiale giudiziario*; e dispone in proposito l'art. 137: « Le notificazioni, quando non è disposto altrimenti, sono eseguite dall'ufficiale giudiziario, su « istanza di parte o su richiesta del pubblico ministero o del « cancelliere. || L'ufficiale giudiziario esegue la notificazione mediante consegna al destinatario di copia conforme all'originale « dell'atto da notificarsi » (particolari prescrizioni relative all'orario per l'esecuzione delle notificazioni sono poi contenute nell'art. 147).

La dizione dell'ultimo capoverso dell'art. 137, per dir vero, non è esatta nè completa, perchè risulta poi dagli articoli successivi, che la *consegna* vien fatta effettivamente al destinatario... se l'ufficiale giudiziario ci riesca, e cioè se lo rintracci. Altrimenti la legge ammette degli equipollenti (o... quasi equipollenti); e non avrebbe potuto fare diversamente per non porre il processo a rischio di arenarsi. Di più la legge ammette come vedremo (*sub* III) che l'ufficiale giudiziario impieghi talvolta come tramite delle consegne il servizio postale.

Dispone infatti l'art. 138: « L'ufficiale giudiziario può sempre eseguire la notificazione mediante consegna della copia nelle mani proprie del destinatario, ovunque lo trovi nell'ambito « della circoscrizione dell'ufficio giudiziario al quale è addetto. || « Se il destinatario rifiuta di ricevere la copia, l'ufficiale giudiziario ne dà atto nella relazione, e la notificazione si considera « fatta in mani proprie ». Se però l'ufficiale giudiziario non rintraccia il destinatario in persona, può egualmente eseguire la notificazione non più *a mani proprie*, ma *di altri*, nei modi minuziosamente descritti negli artt. 139 e seguenti. Quando l'ufficiale giudiziario vi si sia diligentemente uniformato, la notificazione si ha per avvenuta. Soltanto se l'ufficiale giudiziario trasgredisca quelle prescrizioni, essa (notificazione) può considerarsi (eventualmente) come inefficace o invalida; e allora la legge prevede vari possibili rimedii, come, per esempio, la rinnovazione per or-

dine del giudice a sensi dell'art. 291 o la rimessione in termini a sensi dell'art. 294.

Ad escludere qualunque incertezza sul modo in cui l'ufficiale giudiziario ha proceduto, l'art. 148 (« *Relazione di notificazione* ») dispone: « L'ufficiale giudiziario certifica l'eseguita notificazione « mediante relazione da lui datata e sottoscritta, apposta in calce « all'originale e alla copia dell'atto. || La relazione indica la « persona alla quale è consegnata la copia e le sue qualità, non- « chè il luogo della consegna, oppure le ricerche, anche anagra- « fiche, fatte dall'ufficiale giudiziario, i motivi della mancata con- « segna e le notizie raccolte sulla reperibilità del destinatario ». Come si è detto nel capitolo precedente, alla relazione dell'ufficiale giudiziario è attribuita pubblica fede, e le sue risultanze non possono pertanto essere impugnate che con la querela di falso.

Quanto alle prescrizioni alle quali deve attenersi l'ufficiale giudiziario, rinviamo senz'altro alla lettura degli articoli, i quali successivamente prevedono la notificazione nella residenza, nella dimora o nel domicilio (art. 139), mediante consegna della copia « a una persona di famiglia o addetta alla casa, all'ufficio od all'azienda » e, in difetto, al portiere o ad un vicino di casa (che però, se vi consentano, devono sottoscrivere) oppure, per chi vive a bordo di una nave mercantile, al capitano; poi prevedono il caso di irreperibilità delle persone di cui sopra o di rifiuto di ricevere (art. 140), nel qual caso la copia va depositata nella casa del comune, ma deve esserne affisso avviso alla porta e data notizia per posta. Proseguendo (e saltando per il momento l'articolo 141) prevedono (artt. 142 e 143), che il destinatario non sia nè residente, nè dimorante, nè domiciliato nella Repubblica o che non abbia nè residenza, nè dimora, nè domicilio conosciuti (o determinabili con la ordinaria diligenza). Nei casi previsti agli articoli 142 e 143, « la notificazione si ha per eseguita nel ventesimo giorno successivo a quello in cui sono compiute le formalità prescritte » (art. 143 u. cap.); il che significa che qui la legge, prescindendo dalla dimostrazione che l'atto sia pervenuto effettivamente al destinatario, pone una specie di presunzione, stabilendo una data, successiva alla esecuzione delle formalità da essa disposte (venti giorni dopo), dalla quale decorrono tutti gli effetti della notificazione. Un'altra disposizione (art. 146) prevede che il destinatario sia militare in attività di

servizio, nel quale caso bisogna che l'ufficiale giudiziario adempia tutta una serie di altre formalità. Disposizioni particolari regolano la notificazione a persone giuridiche, « mediante consegna di copia dell'atto al rappresentante o alla persona incaricata di ricevere le notificazioni ecc. ecc. » (art. 145), e alle amministrazioni dello Stato (art. 144), con rinvio alle leggi speciali (t. u. 30 ottobre '33 n. 1611, art. 11), che prescrivono di regola la notificazione presso la avvocatura.

III. Le modalità che sopra abbiamo illustrato riguardano le notificazioni eseguite per consegna *diretta* da parte dell'ufficiale giudiziario.

Ma il codice all'art. 149 ammette anche come abbiamo accennato, la notificazione *per consegna a mezzo (per tramite) del servizio postale*: « Se non ne è fatto espresso divieto dalla legge, la notificazione può eseguirsi anche a mezzo del servizio postale. » « In tal caso l'ufficiale giudiziario scrive la relazione di notificazione sull'originale e sulla copia dell'atto facendovi menzione dell'ufficio postale per mezzo del quale spedisce la copia al destinatario in piego raccomandato con avviso di ricevimento. Quest'ultimo è allegato all'originale ».

L'art. 89 dell'Ordinamento degli ufficiali giudiziari e degli aiutanti ufficiali giudiziari (legge 18 ottobre 1951, n. 1128) sembra si sia spinto più in là disponendo che « l'ufficiale giudiziario è obbligato ad avvalersi del servizio postale per la notificazione degli atti in materia civile ed amministrativa da eseguirsi fuori del comune di sua residenza, eccetto che la parte chieda che la notificazione sia eseguita di persona »; seguono le prescrizioni relative al modo in cui deve risultare questa ultima richiesta ed infine una disposizione di rinvio: « La notificazione a mezzo del servizio postale è eseguita secondo le norme previste dal regio decreto 21 ottobre 1923, n. 2393 ».

Non è il caso qui di soffermarsi su queste modalità regolamentari. Importa però ricordare che a sensi dell'art. 6 la prova dell'eseguita notificazione è data dalla ricevuta di ritorno e che « i termini, che decorrono da una notificazione eseguita per posta, si computano dalla data della consegna del piego, risultante dalla ricevuta di ritorno, e se la data non risulti, dal bollo apposto sulla ricevuta medesima dall'ufficio postale che la restituisce ». Così pure deve desumersi dall'art. 7 che non è am-

messa la notificazione per posta a mezzo consegna del piego postale al portiere o al vicino (2° e 3° cap. dell'art. 139 cod. proc. civ.), e che per il caso di irriperibilità del destinatario non è applicabile l'art. 140 cod. proc. civ., dovendo l'agente o l'ufficiale postale restituire il piego all'ufficiale giudiziario mittente che potrà a sua volta rispedire al sindaco del comune copia dell'atto con particolari modalità (art. 9 delle norme su richiamate).

IV. Mentre le attribuzioni della cancelleria in materia di comunicazioni sono meramente ausiliarie, queste dell'ufficiale giudiziario in materia di notificazioni sono attribuzioni *autonome* a cui esso deve provvedere, cioè, almeno di regola, indipendentemente dagli altri uffici elementari dell'organo del quale fa parte, e nel cui esercizio non impersona in sé l'organo stesso ma opera come fosse un ufficio distinto ed a sé stante. Di qui discende che le sue attribuzioni hanno dei propri limiti diversi da quelli di giurisdizione e di competenza dell'organo, limiti che in difetto di una più esatta terminologia si sogliono qualificare come limiti di una sua (propria) competenza o (*rectius*) « attribuzione ».

La materia è regolata attualmente dalla legge 18 ottobre '51 già richiamata più sopra (artt. 88 e segg.) e in modo per dir vero non sempre perspicuo. Ciascun ufficiale giudiziario può procedere a notificazioni *per consegna diretta di copia* soltanto dentro i limiti della circoscrizione territoriale dell'organo di cui fa parte. Questa prima regola è generale e non soffre eccezioni. Quindi la parte che vuol procedere ad una notificazione per consegna diretta di copia ad una determinata persona in un determinato luogo (*locus loci*), dovrà rivolgersi in ogni caso ad un ufficiale giudiziario dell'organo nella cui circoscrizione si trovi quel determinato luogo (di notificazione). Ma potrà scegliere indifferentemente un ufficiale giudiziario di pretura, di tribunale o di corte? Se il luogo di notificazione si trova *dentro al mandamento* del luogo in cui ha sede l'organo competente per il processo a cui l'atto si riferisce, l'attribuzione di notificare spetta esclusivamente agli ufficiali giudiziari addetti a quell'organo (competente). Per esempio se si tratta di notificare dentro al mandamento della pretura di Roma una citazione o un atto d'appello davanti al Tribunale di Roma, la attribuzione *esclusiva* spetta agli ufficiali giudiziari del tribunale di Roma. Ma se il luogo di notificazione sia fuori di quella circoscrizione mandamentale co-

me per es. a Napoli o a Milano o magari a Frascati, la attribuzione di notificare per consegna diretta (secondo il linguaggio della legge) è « *promiscua* ». Si potrà scegliere l'ufficiale giudiziario della pretura locale, un ufficiale giudiziario del tribunale o della Corte, semprechè s'intende il luogo della notificazione stia dentro alla circoscrizione dell'organo a cui è addetto.

Ma se si tratti di notificare in luogo che sia fuori del Comune in cui ha sede l'organo competente per il processo e la parte intenda far notificare o lasciar notificare *per tramite del servizio postale*, allora torna in campo a questi effetti (del tramite postale) una attribuzione esclusiva degli ufficiali giudiziarii addetti a quell'organo (competente per il processo). Così ad esempio, volendo far notificare per tramite postale a Frascati, a Firenze, a Milano o a Napoli una citazione davanti al Tribunale di Roma bisognerà rivolgersi (esclusivamente) agli ufficiali giudiziarii del Tribunale di Roma. Questo è il solo significato che ragionevolmente si può ricavare dal coordinamento della legge del '51 con l'art. 3 del r. d. 21 ottobre '23 n. 2393 ivi espressamente richiamato.

Può parer strano di doversi occupare di queste minuzie nella parte generale di un trattato. In realtà sono di non trascurabile importanza pratica per le nullità a cui possono dar luogo. E comunque ciò consegue da un lato all'ordinamento del codice che (non senza qualche giustificazione) ha portato il tema dentro al primo libro e dall'altro alle regole integrative introdotte con le leggi speciali più sopra ricordate. Il che può prendersi del resto come prodotto esemplare di quel genio delle complicazioni che presiede alla preparazione burocratica delle nostre leggi.

V. Fa parte a sè l'art. 141 del codice, che si coordina alla figura dell'elezione di domicilio, prevista nel codice civile all'articolo 47 e nel codice di procedura in una serie di disposizioni, che vedremo nella parte speciale (esempi negli artt. 330, 480 pen. cap.; una elezione che si ritiene implicita *ex lege* si vede nell'art. 170 al.). L'articolo presuppone che la elezione, non indichi soltanto una località territoriale, ma anche il cosiddetto *locus loci* e dispone: « La notificazione degli atti a chi ha eletto « domicilio presso una persona o un ufficio può essere fatta mediante consegna di copia alla persona o al capo dell'ufficio in « qualità di domiciliatario, nel luogo indicato nell'elezione. »

« Quando l'elezione di domicilio è stata inserita in un contratto, « la notificazione presso il domiciliatario è obbligatoria, se così « è stato espressamente dichiarato. || La consegna, a norma dell' « art. 138, della copia nelle mani della persona o del capo dell' « ufficio presso i quali si è eletto domicilio, equivale a consegna « nelle mani proprie del destinatario. || La notificazione non « può essere fatta nel domicilio eletto se è chiesta dal domiciliatario o questi è morto o si è trasferito fuori della sede indicata nell'elezione di domicilio o è cessato l'ufficio ».

VI. Queste sono le forme legali *ordinarie* delle notificazioni. Il codice ammette tuttavia che, in vista di particolari circostanze (opportunità di maggiori cautele, ragioni d'urgenza ecc.), la notificazione avvenga in forme particolari, caso per caso *ordinate dal giudice*. Dispone in proposito l'art. 151: « Il giudice può prescrivere, anche d'ufficio, con decreto steso in calce all'atto, « che la notificazione sia eseguita in modo diverso da quello stabilito dalla legge, e anche per mezzo di telegramma collazionato con avviso di ricevimento quando lo consigliano circostanze particolari o esigenze di maggiore celerità ».

Sulle attribuzioni della cancelleria e degli ufficiali giudiziarii in generale: nn. 33 e 34. Sui caratteri della notificazione (integrativa o autonoma) e sulla sua natura di atto composito: n. 59. Sulle nullità di notificazione: nn. 33, 34, 63 in fine. E... del « genio della complicazione », v. il proemio all'appendice prima.

58. LA NOTIFICAZIONE PER PUBBLICI PROCLAMI. — L'art. 150 prevede finalmente come altro caso particolare, una notificazione *per pubblici proclami*, quando il procedervi nei modi ordinarii (così esso dice) « è sommamente difficile per il rilevante numero dei destinatari o per la difficoltà di identificarli tutti ».

Qui però non si tocca soltanto di una forma straordinaria del singolo atto, ma si contempla, quasi di straforo, la possibilità di promuovere dei giudizi ordinarii di cognizione contro intere categorie o ceti di persone, non tutte identificate nominativamente, ed anzi identificate per la maggior parte solo in base a certe qualificazioni od a certe situazioni in cui si possano trovare (per esempio: tutti i portatori di certi determinati titoli obbligazionarii di prestiti pubblici o privati, gli utenti di certi usi civici, i comunisti di una certa frazione comunale ecc.). Questo implica senza dubbio la necessità di particolari forme e

di particolari cautele per la notificazione-diffusione dell'atto introduttivo del processo (citazione), e più tardi anche per la notificazione delle sentenze e di altri atti. È tutta la struttura del processo, che risente di questa impostazione e viene ad assumere sotto vari aspetti delle caratteristiche singolari ed anomale.

C'è del resto anche qualche altro caso pur esso di carattere eccezionale, e che forse partecipa della giurisdizione volontaria più che della contenziosa (come per esempio in tema di omologazione dei concordati fallimentari o prefallimentari) in cui il processo sembra che s'instauri e si svolga *in confronto di un'universitas partium* (allo stato di categoria d'individui definiti ma non organizzata). Il che a sua volta ha qualche parentela con quei casi di procedimenti *provocatori* di cui abbiamo fatto menzione parlando di giurisdizione volontaria. Questi casi (comprendendovi anche quelli che danno luogo a notificazioni per pubblici proclami) non sono mai stati studiati a fondo dal punto di vista processuale e del resto esorbitano per i loro presupposti di diritto sostanziale dal campo del nostro trattato. Ci limitiamo per ciò a questa semplice menzione.

Quanto alla forma delle notificazioni per proclami è evidente che il codice ha avuto presente soltanto il caso della citazione introduttiva di un processo, disponendo che in tal caso occorrerà fino dall'origine una autorizzazione *ad hoc*, data dal giudice (autorizzazione che riguarda dunque il processo e non solo le singole formalità). Per portare ufficialmente a conoscenza di tutta la categoria o ceto interessato la citazione e quegli altri atti, che nei casi ordinari sarebbero soggetti a notificazione personale, soccorrono poi delle forme di pubblicità, che in parte (per un certo minimo indispensabile) sono stabilite dallo stesso art. 150, in parte dovranno esser disposte caso per caso dal giudice nel decreto autorizzativo. Rinviamo del resto alla lettura dell'articolo.

Sul processo plurimo: nn. 65 e 87. Per qualche altra notizia sulla citazione introduttiva per pubblici proclami: nn. 102-104.

59. LA NOTIFICAZIONE COME FORMALITÀ INTEGRATIVA E COME ATTO A SÈ STANTE. — La notificazione come *atto processuale*, è già di per sè atto composito, perchè viene *eseguita* dall'ufficiale giudi-

ziario, ma *a istanza* di parte (della quale l'ufficiale stesso deve dare atto nella sua relazione). Vi concorrono pertanto la parte stessa e l'ufficio.

Essa può far parte di più vaste combinazioni, quando non sia che un modo solenne di comunicazione *di un altro atto*, il quale solo così giunga a perfezione. Abbiamo già ricordata, come esempio, la citazione, che non esiste come tale, e cioè *non si perfeziona*, se non con la notificazione del libello e cioè nel momento in cui questa sia eseguita con l'esaurimento di tutte le relative formalità. In questo senso il citare in giudizio è atto unico, anche se richieda attività diverse (del procuratore e dell'ufficiale giudiziario). A certi effetti, per altro queste si devono tener distinte. Così, per esempio, la nullità della parte sostanziale (scritto del procuratore) ha conseguenze diverse dalla nullità in cui sia incorso l'ufficiale giudiziario nel procedere alla notificazione (e lo si vede per esempio dal confronto fra l'art. 164 e l'art. 291). Qualche cosa di simile può ripetersi per il precetto, come atto preliminare alla esecuzione forzata (artt. 479 e 480).

E viceversa atto *autonomo* la notificazione se sia usata per una comunicazione in forma solenne di atti giudiziali o anche stragiudiziali, già perfetti di per sè, onde produrre, proprio con lo adempimento successivo di quella attività, determinati *altri* effetti processuali. Così, per esempio, la notificazione della sentenza fa decorrere certi termini per impugnarla (art. 326); la notificazione del titolo esecutivo è formalità preliminare necessaria per poter iniziare gli atti esecutivi (art. 479).

Si risolve con queste osservazioni una certa apparente contraddizione che si nota nel linguaggio corrente, nel quale ora si sente dire che la notificazione è atto di parte, ora si sente dire che è atto dell'ufficiale giudiziario. In fondo può esser vera tanto l'una quanto l'altra proposizione: tutto sta nel sapere a che cosa ci si riferisca. Se si considera nella sua unità finale l'atto composito risultante dalla combinazione dei suoi vari elementi (tanto nella notificazione integrativa quanto in quella autonoma) correttamente si può dire che quello è *atto di parte*, perchè serve all'esercizio delle sue funzioni processuali. In fondo l'ufficiale giudiziario non ne è che uno stromento (ministro) di attuazione o di esecuzione; e non si mette in moto infatti se non su istanza e in conformità della istanza di lei. Essa sola processualmente quindi vi ha interesse e ne porta la responsabilità. Se si guarda vice-

versa alla attività del notificare (portare e consegnare la copia) distintamente considerata, allora quella è attività *ergo atto dell'ufficiale giudiziario*.

Come stromento legalmente necessario per il compimento di atti di parte il ministero dell'ufficiale giudiziario si può considerare come un *servizio pubblico* (distinto da quello dell'organo giurisdizionale di cui fa parte) posto dallo Stato a disposizione di chi ne abbia bisogno. E vedremo nei varii procedimenti, che la legge provvede per non far ricadere a danno della parte gli eventuali vizi di funzionamento di quel servizio (per esempio disponendo la rinnovazione della notificazione della citazione nel caso di cui all'art. 291).

Sulla notificazione come atto composito autonomo o non autonomo, v. già nn. 54 in fine e 55 in fine. Sulla responsabilità per la nullità di notificazione: n. 63 in fine. Sugli ufficiali giudiziari: n. 33.

60. COORDINAMENTO DEGLI ATTI PROCESSUALI NEL TEMPO. TERMINI. — Il coordinamento degli atti processuali molto spesso è determinato logicamente dai loro stessi presupposti e dagli effetti a cui tendono. È chiaro, per esempio, che il convenuto in un processo ordinario di cognizione non può costituirsi, depositando la comparsa di risposta, se prima di tutto egli non sia stato citato in giudizio o che non si può appellare da una sentenza... se questa non sia stata pronunciata.

Ma non di rado la legge introduce delle disposizioni legali-formali *ad hoc*, onde evitare sovrapposizioni, inversioni, accavallamento di atti o per garantire la possibilità di difesa e la lealtà del contraddittorio od evitare che il processo si prolunghi all'infinito. Possiamo trovare in questo senso delle prescrizioni sull'ordine successivo di singoli atti (*pregiudizialità* di certi atti rispetto ad altri) o sulle *preclusioni* (interdizione di compiere certi atti dopo che ne siano già stati compiuti certi altri). Ne vedremo varii casi nella parte speciale. Sempre a scopi dello stesso ordine, non di rado la legge si serve anche di *termini*; e intorno a questi (o almeno ad alcuni di questi) vi sono alcune definizioni e disposizioni di carattere generale.

I termini si dicono *dilatorii* quando tendono ad introdurre una certa distanza di tempo (o almeno questa, come minimo) fra un atto processuale ed altri che possono seguire (*terminus post quem; ne ante quem*). Ce ne sono varii esempi, ma così diver-

samente atteggiati, che è difficile farne una categoria generale.

Si dicono *finali* invece i termini, quando tendono a fissare uno spazio di tempo dentro al quale si può o si deve compiere un atto (*terminus intra quem*). Ci può essere talvolta anche un termine a duplice effetto, perchè per una parte può esser dato come spazio entro il quale (*intra quem*) compiere un atto, mentre per l'altra parte è *terminus a quo* (*dilatorio a parte antea*) per il compimento di altri atti.

I termini finali si distinguono poi in *ordinatorii* o *perentorii*. Dispone infatti l'art. 152: « I termini per il compimento degli atti del processo sono stabiliti dalla legge; possono essere stabiliti dal giudice anche a pena di decadenza, soltanto se la legge lo permette espressamente. || I termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiara « espressamente perentori ».

Che nel primo caso (« a pena di decadenza ») il termine si chiami perentorio, risulta indirettamente dal successivo art. 153: « I termini perentori non possono essere abbreviati o prorogati, nemmeno sull'accordo delle parti ». E decadenza significa: impossibilità giuridica (se non sia addirittura materiale o meccanica) di compiere l'atto dopo scaduto il termine; inefficacia o inammissibilità dell'atto tardivo. Esempio di termini perentorii legali: quelli per impugnare le sentenze, artt. 325 e 326; esempio di termine perentorio che può essere fissato dal giudice: quello per l'integrazione del contraddittorio, artt. 102 e 331 cap.

Quanto ai termini ordinatorii, dispone l'art. 154: « Il giudice, prima della scadenza, può abbreviare o prorogare, anche d'ufficio, il termine che non sia stabilito a pena di decadenza. « La proroga non può avere una durata superiore al termine ordinario. Non può essere consentita proroga ulteriore, se non per motivi particolarmente gravi e con provvedimento motivato ».

È dubbio, se la scadenza del termine ordinatorio, senza che sia stato compiuto l'atto e senza che sia stata chiesta la proroga, nonchè la scadenza del termine prorogato abbiano senz'altro effetto perentorio. Ma sembra che sia per prevalere l'opinione, che l'atto possa esser compiuto dalla parte interessata anche dopo, purchè però l'altra parte non abbia chiesta la pronuncia della decadenza o non sia sopravvenuta nel frattempo altra ragion di preclusione.

L'articolo 155 dispone sul computo dei termini escludendo

dal conto il giorno *a quo* (*dies a quo non computatur in termino*) o, se il termine è computato ad ore, l'ora *a qua*. Se il giorno della scadenza è festivo, essa è prorogata di diritto al primo giorno seguente non festivo.

Casistica e maggiori particolari non si possono dare se non nelle parti descrittive del trattato. Sulla nullità per preclusione formale o per decadenza di termini: n. 62.

61. DELLA NULLITÀ DEGLI ATTI DI PARTE: DISTINZIONI CIRCA LA NATURA GLI EFFETTI E LE CAUSE. — Al tema delle *nullità*, è dedicato, secondo la sua rubrica, l'ultimo capo del titolo sesto. Ma si riduce a poche disposizioni e anche queste assai imperfette. Gravissime infatti le lacune e non lievi neppure le difficoltà di interpretazione.

I. Par certo intanto che parlando solamente di « nullità » che possono e *debbono* essere « *pronunciate* » dal giudice il codice non prospetti e non consideri la ipotesi di *nullità radicale ed assoluta* (*inefficacia-inesistenza*). Eppure bisogna pur riconoscere che anche queste sono nell'ordine del possibile, *in rerum natura*. Predicare inesistente un atto sembra a dir vero una *contradictio in terminis* ma in realtà si suole alludere con quella espressione al contrasto fra la pretesa di attribuire una qualificazione ed una efficacia giuridica ad una certa attività *de facto* e la effettiva inidoneità di quest'ultima ad esser presa in considerazione sotto quel profilo. Ora anche in un preteso asserito o sedicente atto processuale il difetto di requisiti essenziali può esser tale, che l'atto non possa esser preso in considerazione dal giudice, così da riuscire in conclusione processualmente *trascurabile*, anche senza bisogno di una pronuncia. In tal caso non trovano più applicazione gli artt. 156 e segg.; la nullità-inesistenza può esser rilevata cioè in qualunque altro modo, in qualunque tempo ed occasione dal giudice e da qualunque interessato ed è per definizione insanabile ed irrimediabile. Il difficile sarà piuttosto determinare quale sia il confine fra questa ipotesi estrema e la ipotesi di applicabilità di quegli articoli (anche in considerazione del tenore dell'art. 156 cap.). Facciamo, se si vuole, una scala di ipotesi circa il difetto di estremi o di requisiti di un atto, nella quale ad un certo punto bisogna trovare e fissare quel confine. Supponiamo che qualcuno pretenda di aver fatta una citazione in giudizio mediante una inti-

mazione verbale o di aver verbalmente proposta una impugnazione da una sentenza. Anche se riuscisse a dimostrare di averla fatta (magari *duobus testibus adhibitis*), non potrebbe mai ottenere neanche meccanicamente (per impossibilità di iscriverla a ruolo) che il giudice prenda in esame la istanza; caso di inesistenza-inefficacia assoluta; fin qui non c'è dubbio. Ma seguiamo nelle supposizioni. Il nostro sedicente attore ha steso il libello per iscritto e l'ha comunicato per copia, a mezzo di un suo commesso o di un suo domestico. L'ha comunicato per copia per mezzo di un notaio che ne ha steso processo verbale. Ha creduto di farlo notificare per mezzo di ufficiale giudiziario e questo attesta di aver consegnato la copia, ma non è vero; l'attestazione risulta falsa. L'ufficiale giudiziario ha consegnato, ma era (come malamente si dice) incompetente. Ha consegnato, ma non ha osservato le forme o le diligenze prescritte. Fermiamoci. Dove è in questa scala il limite fra nullità-inesistenza e nullità a sensi degli artt. 156 e segg.? Sarà questo evidentemente un problema di interpretazione sul quale quegli articoli non ci danno alcun lume.

Secondo noi ed in base ai principii, il punto di passaggio sta nella ipotesi di consegna falsamente attestata. In questo caso bisognerà provare nei modi di legge la falsità. Ma data questa prova, la nullità, che ne risulta, è assoluta. A partire da quella ipotesi la nullità è soggetta al regime degli artt. 156 e seguenti.

Ancora: questi articoli sembrano ignorare od escludere la distinzione accuratamente perseguita nel codice civile a proposito dei negozi di diritto sostanziale fra *nullità* e *annullabilità*. È un difetto di redazione o è una diversa concezione che ha la sua base nel diverso carattere degli atti processuali (rispetto agli atti e negozi di diritto sostanziale)? Noi inclineremmo in massima verso questa seconda soluzione interpretativa, ma non senza riserve per qualche caso particolare. L'annullamento (come lo si concepisce nel campo del diritto sostanziale) si può ottenere soltanto con la proposizione di una azione *ad hoc* o quanto meno di una eccezione riconvenzionale ed ha carattere nettamente costitutivo; demolisce cioè con effetto a tergo un negozio o un atto che fino a quel momento era legittimamente produttivo di effetti. La pronuncia di nullità così e come preveduta negli artt. 156 e segg. sembra destinata invece ad accertare che l'atto era già fino dall'origine e di per se stesso inidoneo a produrre effetti processuali; ha piuttosto (almeno all'origine) i caratteri di una *sem-*

plice constatazione dichiarativa e non richiede neppure necessariamente ed in ogni caso la forma di una decisione per *sentenza*. In quanto la constatazione avvenga in corso di processo cioè mentre le parti sono già davanti al giudice e con effetti endoprocessuali, può esser fatta anche con *semplice ordinanza* od *incidenter* nella *motivazione* o nelle *premesse* di un altro provvedimento. La declaratoria per sentenza potrà diventare necessaria tuttavia se la sussistenza o le conseguenze della nullità diventino materia di contestazione (materia del contendere) fra le parti oppure se la nullità si riscontri in un procedimento senza contraddittorio (ad es. negli atti introduttivi di un procedimento di esecuzione forzata), nel qual caso per farla dichiarare occorre istituire un procedimento collaterale. Soltanto se e quando un atto del processo (o compiuto nel processo) abbia anche effetti extra processuali, la pronuncia di nullità verrà poi ad assumere caratteri intimamente affini all'annullamento e che si discostano pertanto da quelli della ordinaria dichiarazione di nullità.

In ogni modo anche costruendo sulle indicazioni del codice una categoria generica di nullità processuali bisognerà distinguere o suddividere: nullità *relative* (« ad istanza di parte ») o *assolute* (« rilevabili anche d'ufficio »), *sanabili* (per ratifica, per rinnovazione, per mancata rilevazione in tempo utile ecc.) o addirittura *non sanabili*; *nullità totali o parziali*; *nullità estensibili o non estensibili ad altri atti consequenziali* e così via. Altre suddivisioni bisognerà poi fare (anche da questo ultimo punto di vista) in relazione alle conseguenze che la legge prospetta come: *inammissibilità*, *improcedibilità* e così di seguito. Sono tutte distinzioni delle quali vedremo meglio il significato commentando fra breve i vari articoli.

II. Quanto alle *cause di possibili nullità*, gli articoli in esame avvertono espressamente (e bisogna averlo ben presente ad effetti interpretativi) che essi si occupano *soltanto della « inosservanza di forme »*. Per altre cause o categorie di cause bisognerà pertanto ragionare per analogia o argomentando dalle esigenze e dallo spirito del sistema.

Una possibile causa non espressamente considerata è, per esempio, quella che può derivare dalla *incapacità o dal difetto di legittima rappresentanza* ecc. del soggetto agente o del soggetto al quale costui indirizza o rivolge un atto recettizio. Se si potesse

porre il caso in parallelo col regime degli atti e negozi di diritto sostanziale, dovremmo dire che ne discende una annullabilità nell'interesse dell'incapace in genere o del soggetto male rappresentato o assistito. Ma abbiamo già avvertito che un siffatto parallelo non calza per gli atti processuali. Ed infatti crediamo che qui si debba logicamente ravvisare una *nullità rilevabile anche d'ufficio* dal giudice, e, almeno di solito, con conseguenze di improcedibilità per il seguito. Sembra infatti contro lo spirito dell'ordinamento che il processo possa proseguire col pericolo imminente di trovarsi poi infirmato e di risolversi in uno spreco di tempo, di spese e di pubblica attività, quando un bel giorno l'incapace rilevi l'invalidità. Da questo punto di vista sembrerebbe dunque trattarsi di una nullità *assoluta*. Senonchè sembra pure di dover ricavare dal sistema, che le attività inficiate da quel vizio possono essere sanate da una *convalidazione* dell'interessato, quando sia cessata la causa dell'incapacità o del difetto di poteri. E non è neppure escluso che, almeno per qualche singolo atto, possa essere non già sanata ma superata per il seguito, da una valida *rinnovazione* dell'atto. La convalidazione (ratifica) da parte dell'autore sembra che debba avere effetto retroattivo; la convalidazione che dipende invece dal destinatario o la rinnovazione sembra abbiano effetto soltanto *ex nunc* (arg. con qualche fatica dagli articoli 164 cap. e 182). Da quest'altro punto di vista comunque non si potrà più parlare di nullità assoluta, ma bensì *sanabile*. Se poi il giudice non si avveda della nullità e pronunci o provveda nel merito in base od a seguito di atti nulli per incapacità, il vizio si ripercuoterà sui suoi provvedimenti, che diverranno pertanto impugnabili a loro volta per questo motivo. Se il provvedimento sia una sentenza, questa non potrà essere impugnata, di regola, se non coi mezzi ordinari (appello, ricorso per cassazione). Però i termini per impugnare non decorreranno, se la sentenza non sia notificata a chi possa validamente impugnare. Se si tratti di altri provvedimenti, la impugnazione di solito non potrà esser proposta se non promuovendo un separato giudizio di annullamento, in confronto delle altre parti per le quali il provvedimento possa avere effetto.

Altre le conseguenze del *difetto di legittimazione processuale specifica*. Di regola porterà ad una *nullità-inefficacia* dell'atto (quale sarebbe per esempio, la proposizione di un appello o di un ricorso per cassazione di un terzo assolutamente estraneo al

processo) oppure quanto meno ad una nullità equiparabile alla *nullità assoluta per inosservanza di forme*.

Normalmente gli atti processuali *non* sono colpiti invece di nullità o annullabilità per vizi del volere (*dolo errore o violenza*), perchè la legge come abbiamo avvertito di regola esclude indagini di questo ordine arrestandosi davanti alla semplice volontarietà. Eccezionalmente una possibilità di impugnazione per quel titolo si deve ritenere però che sia data per quegli atti dispositivi nei quali eccezionalmente viene presa in considerazione anche la volontà (causale-finale). Nullità *assoluta* vi sarà invece se risulti esclusa (non ostante le parvenze di forma) la *volontarietà*.

E finalmente per ciò che concerne i difetti di *contenuto-forma* abbiamo già avvertito a suo tempo che vanno considerati alla stregua di una osservanza di forme, mentre le deficienze intrinseche di *contenuto materiale* (*in concreto*) non possono dar luogo a questioni di nullità. Tutto si ridurrà ad una maggiore o minore idoneità (o inidoneità) *de facto* a spiegare una influenza, favorevole sul seguito del processo, sulla opinione del giudice o sulle sue decisioni. Abbiamo fatto altre volte un esempio relativo all'atto di citazione introduttiva, facciamo se si vuole, anche l'esempio tipico del ricorso per cassazione. Esso deve contenere i motivi (art. 366). Orbene: se manchi materialmente nell'atto qualunque deduzione classificabile come proposizione di motivi, il ricorso dovrà esser dichiarato formalmente inammissibile, ciò che in fondo non è che un modo di rilevarne una nullità formale. Ma se una proposizione di veri o pretesi motivi ci sia, la Corte dovrà esaminarli e farne giudizio e potrà respingerli, magari dichiararli irricevibili (a sensi dell'art. 360 e non dell'art. 366) magari con infamia, ma non mai pronunciare una nullità dell'atto.

Ad I: sulle nozioni comparative di nullità e annullabilità del diritto sostanziale bisogna naturalmente far capo ai trattati di diritto civile.
Ad II: sulla nozione e sulle regole di capacità e di legittimazione formale: nn. 40 IV, 54 III, 55 I. Sulla volontarietà-volontà, contenuto e forme: nn. 54 II e III e 55.

62. DELLA NULLITÀ PER INOSSERVANZA DI FORME. — Le disposizioni del codice, trascurando i casi di cui abbiamo parlato fin qui, si occupano espressamente soltanto dei casi in cui la nullità per inosservanza di forme possa costituire per il giudice un problema da risolvere con una sua pronuncia,

La disposizione fondamentale in proposito dovrebbe essere quella dell'art. 156. « Non può essere pronunciata la nullità per « inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità « non è comminata dalla legge. || Può tuttavia essere pronunciata « quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il « raggiungimento dello scopo. || La nullità non può mai essere « pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato ». Questi tre successivi commi dell'articolo non brillano per chiarezza e per coerenza.

Il primo comma sembrerebbe infatti chiaro, semplice, categorico. Senonchè il secondo ed il terzo smentiscono subito quel carattere, uno (il secondo) in senso rigorista e l'altro (il terzo) in senso apparentemente lassista.

Il secondo sembra avere (in contrasto col primo) un duplice significato e cioè che il giudice può « tuttavia » *ritenere necessarie a pena di nullità* anche delle forme *non espressamente prescritte* se la necessità ne sia implicita nelle disposizioni concernenti la natura e la figura dell'atto e può anche ritenere che siano a pena di nullità delle forme prescritte senza questa espressa sanzione. Per giungere a questi risultati (più rigoristi come dicevamo) bisogna aver riguardo allo « *scopo* » dell'atto. Ma a quale scopo si riferisce l'articolo? Non certamente a quello meramente soggettivo contingente e concreto che si proponeva l'autore dell'atto dal quale in sè e per sè non si potrebbero ritenere auto-imposte o auto-prescritte delle esigenze fatali di forma. Si dovrà piuttosto aver riguardo agli scopi *della legge*, là dove essa consente o prevede la possibilità di atti di quel tal tipo o di quella tale figura. Suggello della volontarietà, chiarezza, certezza, documentazione, controllabilità, lealtà del contraddittorio e integrità della difesa altrui, semplificazione, economia... tutti questi (o altri non dissimili) possono essere scopi della legge, che bisogna salvaguardare ad ogni costo. E allora ci possono essere delle forme necessarie affinché, nel realizzare lo scopo soggettivo dell'autore dell'atto, non si feriscano queste esigenze della legge. Di qui dei requisiti formali concomitanti e indispensabili per il raggiungimento dello scopo.

Col terzo comma continua però quell'andamento dell'articolo che diremmo « a va e vieni ». Dispone infatti che *non* trovano applicazione le sanzioni di nullità previste nel primo e nel secondo comma quando si possa constatare *a posteriori* (e dovrà consta-

tarlo il giudice) che non ostante le inosservanze di forme l'atto « ha raggiunto lo scopo ». E allora torna la domanda: quale scopo? Ancora una volta secondo noi si deve rispondere, che occorrerà aver riguardo non soltanto allo scopo soggettivo e contingente dell'autore dell'atto, ma allo scopo che si proponeva la legge esigendo quelle formalità. Il che, nel caso di forme non espressamente prescritte, viene a coincidere per altra via con quella interpretazione che abbiamo dato più sopra dell'art. 121 a proposito di una « libertà di forme... » che realmente non sussiste, se non nei limiti delle esigenze della legge. Chiariti questi punti possiamo riprendere la lettura del codice.

Le nullità di forma, secondo l'art. 157, apparirebbero di regola *relative* e *sanabili*: « Non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte, se la legge non dispone che sia pronunciata di ufficio. || Soltanto la parte nel cui interesse è stabilito un requisito può opporre la nullità dell'atto per la mancanza del requisito stesso, ma deve farlo nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso. || La nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, nè da quella che vi ha rinunciato anche tacitamente ».

Anche queste disposizioni vanno prese però... con beneficio d'inventario, perchè la necessità di rilevare d'ufficio la nullità può risultare indirettamente dalla ragione per cui è introdotto il requisito di forma, e cioè da disposizioni implicite e non esplicite, seguendo sempre anche a questo proposito un criterio interpretativo analogo a quello additato dall'art. 156 capoverso.

I manifesti inconvenienti che possono nascere dalle nullità sul corso e sull'esito del processo, sono temperati anche dal disposto dell'art. 162 alinea sulla *rinnovazione*: « Il giudice che pronuncia la nullità deve disporre, quando sia possibile, la rinnovazione degli atti ai quali la nullità si estende ». L'inciso « quando è possibile » allude evidentemente *a contrario* alla ipotesi che nel frattempo si sia verificata una decadenza oppure una preclusione.

Alle nullità di forma rilevabili anche d'ufficio, va in qualche modo ascritta anche la nullità (irricevibilità, inammissibilità) derivante dalla inosservanza di regole formali e inderogabili di *coordinamento*. Così, per esempio, nel caso di atti compiuti dopo che si era verificata una preclusione formale o dopo la scadenza

di un termine perentorio. Ed è esclusa in questi casi qualunque possibilità di sanatoria o di rinnovazione.

L'art. 159 contiene finalmente alcune regole varie sulla estensione e sulla ripercussione delle nullità: « La nullità di un atto non importa quella degli atti precedenti, nè di quelli successivi che ne sono indipendenti. || La nullità di una parte dell'atto non colpisce le altre parti che ne sono indipendenti. || Se il vizio impedisce un determinato effetto, l'atto può tuttavia produrre gli altri effetti ai quali è idoneo ».

I due ultimi commi sono molto semplici: riconoscono che la nullità può anche essere *parziale* per una parte dell'atto o per una parte dei possibili effetti dell'intero atto (*utile per inutile non vitiatur*). L'ultimo comma in particolare sembra che voglia accennare anche ad una specie di possibile *conversione* dell'atto processuale. Ma più importante di tutti è il primo comma. Esso conferma intanto *a contrario sensu* una consequenzialità che sarebbe suggerita, del resto, anche dalla semplice logica processuale. Quando in una *serie di atti* quelli successivi presuppongano come loro premessa necessaria il compimento e quindi la sussistenza di quelli anteriori, se questi (anteriori) siano nulli, viene meno la necessaria premessa degli altri; *cascano tutti* come un castello di carte. Così, per esempio, se sia nulla la citazione introduttiva di un processo di cognizione e la nullità non sia sanabile o non sia sanata, tutto il processo ne resta viziato. Il giudice se si avveda che la nullità di un atto produrrebbe queste conseguenze sugli atti successivi, deve tagliar corto ed escludere che questi possono essere ulteriormente compiuti chiudendo la serie. Di qui deriva che molte volte la nullità di un atto si trova prospettata dalla legge sotto il profilo di queste conseguenze. Così, per esempio, si parla nella legge di *inammissibilità* e di *irricevibilità* di un appello o di un ricorso per cassazione. Questo vuol dire che il giudizio (fase) di appello o di cassazione non può aver corso. La nullità dell'atto (per difetto di forma, scadenza di termini ecc.) determina quella conseguenza. E dove c'è la conseguenza vuol dire che c'è la nullità che ne costituisce la premessa. In altri casi si sentirà parlare di improcedibilità (sopravvenuta) di un processo o di una fase già iniziata o già in corso e il ragionamento da fare per il seguito è lo stesso.

Se il giudice non si avveda della nullità-inammissibilità-improcedibilità e pronunci ciò non ostante in merito, anche la sua sen-

tenza ne sarà viziata (per ripercussione) e quindi impugnabile a questo titolo.

Gli stessi criterii d'ordine logico porterebbero a ritenere (e parrebbe cosa banale) che la nullità di un atto *non* reagisce viceversa su quelli *anteriori*: il primo comma dell'art. 159 sembra confermarlo *expressis verbis*. Ma qui va preso invece con molta cautela. Se la nullità dell'atto successivo sia sanabile e venga sanata od eliminata, tutto va liscio e gli atti anteriori restano utilmente compiuti. In caso contrario però, e cioè se dalla nullità derivi una improcedibilità, irrimediabile per il seguito, sarà pur sempre vero che gli *atti anteriori* non cadono in nullità, ma non possono più servire a niente, cioè *diventano inutili* ed è un risultato praticamente non molto diverso. Così, per esempio, una improcedibilità (sebbene successiva) del giudizio di appello fa passare formalmente in giudicato la sentenza di primo grado, non ostante che ci fosse alla base un atto di appello in sé e per sé non colpito di nullità.

Sulle forme e sulla sedicente libertà di forma: n. 55.

63. DELLA NULLITÀ DEGLI ATTI E PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE E DEGLI UFFICI MINORI. — Scarso e deboluccio il codice anche su questo tema.

Niente o quasi niente intanto, per quanto riguarda le sentenze. Non c'è dubbio che dovendosi applicare in queste condizioni lo stesso principio generale dell'art. 156 cap., anche le sentenze possano esser colpite da nullità per *difetto di requisiti formali indispensabili* e fra questi anche di estremi essenziali di *contenuto-forma*. Ci possono essere inoltre delle nullità derivanti « da vizi relativi alla *costituzione del giudice* », espressamente menzionate queste nell'art. 158 di cui dovremo (purtroppo) riparlarne più sotto. Nullità delle sentenze ci possono essere finalmente, come s'è già detto, per ripercussione di altre nullità (non sanabili o non sanate) di *atti processuali anteriori*, e di cui la sentenza non si sia avveduta o non abbia tenuto conto. Tutte queste nullità sono o sembrerebbero normalmente *relative e sanabili* a sensi dell'art. 161 alinea: « La nullità delle sentenze soggette ad appello o a ricorso « per cassazione può esser fatta valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie di questi mezzi di impugnazione ».

In relazione a questa disposizione e anche ai criteri informa-

tori del sistema, sarebbe stato logico, per dir vero, che venissero inserite nel primo libro le disposizioni generali sulle impugnazioni. Ma sono state decentrate viceversa nel capo terzo del libro secondo. Non volendoci (di proposito) discostare troppo dall'ordine del codice, dovremo rinviare anche noi a miglior tempo lo studio di quell'argomento e limitarci a ricordare per intanto che *appello e ricorso per cassazione* tendono normalmente a riparare *errori o vizi di contenuto* intrinseco della sentenza materiale (al quale effetto però il giudizio di cassazione dovrà avere il suo seguito in un giudizio di rinvio), ipotesi non riconducibili, queste ultime, ai casi di nullità di cui agli artt. 156 e seguenti. Ma secondo quell'art. 161 al., quegli stessi mezzi possono provocare *anche una pronuncia di nullità formale*. In questi ultimi casi dovrà poi vedere il giudice di appello, a seconda delle cause della nullità, se esso stesso possa assumersi una funzione sostitutiva nella decisione o debba rimettere al giudice *a quo*, ordinando la rinnovazione di atti precedenti, od eventualmente fermarsi alla pronuncia della nullità della sentenza, escludendo che il processo possa aver seguito. E similmente dovrà vedere la Corte di cassazione se cassare con o senza rinvio o rimettere (eccezionalmente) al giudice *a quo*.

Comunque poichè appello e ricorso per cassazione sono proponibili soltanto dentro certi termini perentorii, scaduti questi senza che sia stata proposta l'impugnazione, la sentenza passa formalmente in giudicato e quindi a sensi dell'art. 161 la nullità non può più esser « fatta valere ». Praticamente è sanata. Il che porta a ritenere che possa esser sanata anche per accettazione della sentenza o per acquiescenza.

Secondo noi però è forza riconoscere che non ostante il dettato dell'art. 161, anche per le sentenze ci può essere qualche ipotesi di nullità *radicale assoluta insanabile*. Per fare un esempio scolastico estremo, sarebbe senza dubbio insanabilmente nulla una sedicente sentenza, qualificata tale sebbene emessa oralmente e dettata a verbale al modo delle ordinanze. Una nullità assoluta ed insanabile sembra si debba vedere prospettata testualmente nell'art. 161 cap. dove si legge che la regola dell'alinea « non si applica quando la sentenza manchi della sottoscrizione del giudice ». Allora resterà a vedere se sia formalmente possibile un appello od un ricorso per cassazione; ma è certo che se non sia proponibile o comunque non venga proposto in termine il mezzo di impugnazione, la nullità rimarrà pur sempre opponibile in qualunque mo-

mento ed in qualunque sede, di fronte a chiunque voglia invocare a qualunque effetto il provvedimento nullo. Vi saranno anche dei casi in cui la sola possibilità di eccepire la nullità in questo senso, rappresenta una difesa palesemente inadeguata o praticamente insufficiente. Allora bisognerà ritenere che sia possibile altresì far dichiarare la nullità in via di azione, promuovendo un giudizio di accertamento in proposito.

Il labirinto si complica poi per altre disposizioni, anche queste a « va e vieni », contenute nell'art. 158, del quale ci eravamo riservati di riparlare. L'articolo comincia col dichiarare espressamente insanabile e rilevabile d'ufficio la nullità derivante da « vizi relativi alla costituzione del giudice » o « all'intervento del pubblico ministero ». Bene. Senonchè l'articolo prosegue: « salva la disposizione dell'art. 161 », cioè proprio quello in cui si dice che la nullità può esser fatta valere soltanto con l'appello o col ricorso per cassazione, ciò che la rende sanabile. E allora sanabile o insanabile? Chi ci capisce è bravo. E certamente l'antinomia non è risolta neanche dal capoverso del 161 che riguarda soltanto l'accidente materiale della sottoscrizione. Per uscire dalla difficoltà crediamo convenga anche qui distinguere vizi di composizione *veniali* e vizi *capitali*; e sul piano dei primi crediamo possa portarsi anche il non avere sentito il pubblico ministero. Se veniali, saranno sempre rilevabili d'ufficio in corso di processo (anche in sede di cassazione), ma proponibili contro le sentenze solo coi mezzi di impugnazione: vale il richiamo dell'art. 161. Se viceversa i vizi siano capitali, la sedicente sentenza non è più tale e non può divenirlo solo perchè non sia stata impugnata in termine; il richiamo all'art. 161 non serve e non vale più. Per esempio: possono partecipare alla deliberazione soltanto i giudici (funzionari componenti l'ufficio giudicante) che abbiano assistito alla discussione orale della causa e fra questi il più anziano esclude il meno anziano (artt. 276 cod. proc. civ., 114 di att.). Se siano trasgredite soltanto queste norme regolamentari, non crediamo vi si possa vedere una causa di nullità assoluta insanabile. Ma se sedesse *pro tribunali* qualcuno che giudice (funzionario dell'ufficio giudicante) non era, o se la decisione sia stata deliberata (esempio scolastico) da un cancelliere, il difetto di tempestiva impugnazione non sanerebbe.

Sembra finalmente discendere da tutto quanto precede che, se siano infette da nullità veniale e per sua natura sanabile, delle

sentenze non soggette ad impugnazione (per esempio delle sentenze della Corte di cassazione), la nullità perde rilevanza. È impossibile infatti farla valere a sensi dell'art. 161; e sarebbe d'altro canto incongruo ritenere che la nullità diventi viceversa radicale, assoluta ed insanabile. Ma se sia già di per sé insanabile, conserva, ben si intende, questo carattere (anche se la sentenza sia, per esempio, della Corte di cassazione); e produce le conseguenze che già sappiamo.

Rimangono infine, non contemplati e neanche menzionati negli articoli ora citati, i provvedimenti del giudice che non abbiano forma di sentenza (cioè ordinanze e decreti), e che pure possono essere infetti da cause (cagioni) di nullità. Questi provvedimenti qualche volta sono suscettibili di particolari forme di rimostranza, di reclamo (es. artt. 179 cap. e 308) o di opposizione, oppure suscettibili senz'altro di revisione o di modificazione. Qualche altra volta sono dichiarati dalla legge stessa non impugnabili (es. art. 177 u. cap.). Sembra che anche per questi provvedimenti si debba adottare, secondo le varie ipotesi, un regime analogo a quello delle sentenze impugnabili o rispettivamente non impugnabili. Ma siamo sempre senza una base testuale.

Quanto agli atti degli uffici minori, abbiamo una disposizione sulle notificazioni ed è l'art. 160: « La notificazione è nulla se « non sono osservate le disposizioni circa la persona alla quale « deve essere consegnata la copia, o se vi è incertezza assoluta « sulla persona a cui è fatta o sulla data, salva l'applicazione « degli articoli 156 e 157 ».

E finalmente l'art. 162 capoverso genericamente dispone: « Se « la nullità degli atti del processo è imputabile al cancelliere, « all'ufficiale giudiziario o al difensore, il giudice, col provvedimento col quale la pronuncia, pone le spese della rinnovazione « a carico del responsabile e, su istanza di parte, con la sentenza « che decide la causa può condannare quest'ultimo al risarcimento dei danni causati dalla nullità a norma dell'art. 60 « numero 2 ».

Al rimborso delle spese e al risarcimento dei danni non sono tenuti invece i funzionari dell'ufficio giudicante, se non nei casi e nei limiti dell'art. 55, già veduto a suo tempo.

Sul difetto di legittima costituzione del giudice: nn. 31 III e 56 III. Sul sistema delle impugnazioni, parte terza del trattato: nn. 144 e 181. Sulla nullità assoluta di atti di parte (a scopo di analogia): n. 61 I. Sul

difetto assoluto (assolutissimo) di giurisdizione (*item*): n. 31 IV. Sulla nullità delle notificazioni: n. 59. Disposizioni particolari per la citazione introduttiva, ma applicabili ad altre ipotesi (atti di appello, istanza di revocazione ecc.): n. 106. Sulla nullità di altri atti di uffici minori e sulla relativa responsabilità: nn. 33 e 34.

APPENDICE PRIMA

GUIDA ALLE FONTI LEGISLATIVE

(fino al gennaio 1952)

Un quadro completo delle fonti nella nostra materia, non si può dare. Già le loro stesse radici si protendono nei più vari ordini di testi. Purtroppo poi se si prescinde dai testi fondamentali (costituzione e codici), discutibili ma certamente rispettabili, la nostra legislazione appare piuttosto disordinata e sconnessa. Conseguenza questa di eventi che tutti sappiamo, ma anche della carenza di uffici idonei alla preparazione tecnica delle leggi, per cui essa rimane affidata *de facto* alla burocrazia ordinaria, certamente benemerita sotto tanti altri aspetti, ma ossessionata dalla preoccupazione dei casi concreti e in preda ad una specie di genio delle complicazioni.

Dovrò limitarmi pertanto ad alcune indicazioni sommarie circa i testi fondamentali e ad un... campionario esemplificativo di disposizioni sparse o disperse altrove, omettendo comunque tutte quelle che per ragioni didattiche sono oggetto di altri studii. Perciò ho dato a questa rassegna il titolo di « guida ».

FONTI COSTITUZIONALI

Costituzione della Repubblica italiana.

Approvata dall'assemblea costituente, con deliberazione 22 dicembre 1947, promulgata dal capo provvisorio dello Stato il 27 dicembre 1947 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* di pari data, entrata in vigore il 1 gennaio 1948.

Precedenti della costituzione vigente. Legislazione anteriore in materia. Lavori preparatorii.

Soprattutto agli effetti del controllo della efficacia (costituzionalità) delle leggi da parte del giudice (il solo che qui interessi) converrà ricordare:

la legittimazione dell'assemblea costituente a deliberare deriva fondamentalmente da altre leggi (decreti legislativi) emanate a norma del regime costituzionale precedente: dd.legg.lgtt. 25 giugno 1944 n. 151; 10 marzo e 16 marzo 1946 nn. 74 e 98 e 23 aprile 1946 n. 219. La

emanazione e l'entrata in vigore della costituzione sono state precedute da un regime transitorio, durante il quale funzionarono degli organi costituzionali provvisori straordinari a norma del d.leg. 5 aprile 1945 n. 146 e di una serie di altri provvedimenti legislativi (poteri straordinari del governo, istituzione della consulta nazionale). Durante quel periodo ebbe luogo il *referendum*, a cui risale la conversione del regno in repubblica, la elezione dell'assemblea costituente, la nomina del capo provvisorio dello Stato e finalmente la ricostituzione degli organi ordinari legislativi e di governo del nuovo regime (elezione delle camere, nomina del presidente della repubblica ecc.). Per più precise notizie circa questa complessa vicenda dell'ordinamento dello Stato dobbiamo necessariamente rinviare ai trattati e alle collezioni di leggi costituzionali. Fra questi si può vedere segnatamente *Commentario sistematico alla costituzione italiana*, diretto da P. CALAMANDREI e da A. LEVI, vol. I e II, ed. Barbera, Firenze, 1950.

Per i lavori preparatori della costituzione v. atti parlamentari.

Per l'ordinamento anteriore: PERGOLESI, *Manuale di diritto costituzionale e amministrativo* (Raccolta dei testi legislativi con introduzione dottrinale), Roma, Studium urbis, 1941.

Per una raccolta generale delle costituzioni in vigore: *Collana di testi e documenti costituzionali*, promossa dal Ministero della costituzione, Firenze, Sansoni, 1946.

Altre leggi costituzionali.

Con l'art. 7 della costituzione è stato attribuito carattere costituzionale anche alla legge 27 maggio 1929, n. 810 per l'esecuzione dei « patti lateranensi » (trattato, allegati e concordato con la S. Sede 11 febbraio 1929) ed è rimasta abrogata la legge 13 maggio 1871 n. 214 cosiddetta « sulle garantigie ». Una successiva legge cost. 9 febbraio 1948 n. 1 sui *giudizi di legittimità costituzionale* ecc. è ancora in attesa di altre leggi integrative in via di elaborazione.

Statuti regionali.

Sicilia: r.d.leg. 15 maggio 1946 n. 455 e successiva l. cost. 26 febbraio 1948 n. 2 (conversione in legge costituzionale dello statuto della regione siciliana); d.leg. C.P.S. 25 marzo 1947 n. 204 (norme per l'attuazione dello statuto della regione siciliana e disposizioni transitorie); d.leg. C.P.S. 10 maggio 1947 n. 307 (norme relative al commissario dello Stato per la regione siciliana); d.leg. C.P.S. 15 settembre 1947 n. 942 (norme relative all'Alta Corte prevista dall'art. 24 dello statuto della regione siciliana); d.leg. 6 maggio 1948 n. 654 (norme per l'esercizio nella regione siciliana delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato) d.leg. 6 maggio 1948 n. 655 (istituzione di sezioni della Corte dei conti per la

regione siciliana); d.leg. 2 marzo 1948 n. 142 (attribuzioni dell'avvocatura dello Stato nei riguardi della regione siciliana). Ometto altre disposizioni di minore importanza per la nostra materia.

Sardegna: l. cost. 26 febbraio 1948 n. 3 (statuto speciale per la Sardegna); DD.PP. 19 maggio 1949 n. 250 e 19 maggio 1950 n. 327 (norme di attuazione dello statuto speciale per la Sardegna). Omesse altre disposizioni, come sopra.

Trentino-Alto Adige: l. cost. 26 febbraio 1948 n. 5 (statuto speciale per il Trentino-Alto Adige); DD.PP. 12 dicembre 1948 n. 1414 e 30 giugno 1951 n. 574 (norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige). Omesse altre disposizioni come sopra.

Valle d'Aosta: l. cost. 26 febbraio 1948 n. 4 (statuto speciale per la Valle d'Aosta); d.leg. C.P.S. 15 novembre 1946 n. 367 (istituzione della giunta giurisdizionale amministrativa della Valle d'Aosta); d.leg. 3 aprile 1948 n. 371 (norma integrativa dell'art. 5 d.leg. 15 novembre 1946 n. 367); l. 1 marzo 1949 n. 76 (attribuzioni della giunta giurisdizionale amministrativa della Valle d'Aosta, in sede amministrativa, in materia di ricorsi amministrativi e di contenzioso tributario). Omesse altre disposizioni come sopra.

Sono attualmente in via di elaborazione altre leggi costituzionali sull'ordinamento delle altre regioni.

Legislazione costituzionale precedente.

Anteriormente al regime repubblicano in atto, vigeva come legge costituzionale (ma bene o male equiparata di poi per quanto alla sua efficacia, nonchè alla eventuale abrogazione o modificazione, alle altre leggi ordinarie dello Stato) lo statuto promulgato (*octroyé*) per gli Stati del re di Sardegna dal re Carlo Alberto con editto 4 marzo 1848 e successivamente esteso alle provincie (ex-Stati) ed agli altri territori che vennero a formare ed integrare progressivamente il regno quindi lo Stato italiano, in parte poi successivamente disintegrato come ognun sa. Per quanto alla effimera repubblica sociale italiana (c.d. di repubblica di Salò), basterà ricordare il d.leg. 5 ottobre 1944 n. 149 promanante dall'ordinamento costituzionale legittimo, ricordato più sotto.

Con la nuova costituzione sono state abrogate insieme con lo statuto le leggi precedenti che ne avevano modificate in parte le disposizioni. Non è stata abrogata invece per il resto la legislazione precedente nel suo complesso (salve ben si intende le abrogazioni, modificazioni e sostituzioni particolarmente disposte caso per caso). Conservano importanza in proposito per il controllo, anche da parte del giudice, della efficacia di leggi precedenti le disposizioni relative alla loro

legittima formazione ed emanazione o promulgazione. Oltre allo statuto ricordiamo fra queste: le leggi 24 dicembre 1925 n. 2263 (attribuzioni e prerogative del capo del governo), 31 gennaio 1926 n. 100 (facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche) con le modificazioni introdotte con le ll. 8 giugno 1939 n. 860, 4 settembre 1940 n. 1547, 13 dicembre 1928 n. 2832.

Sulla eliminazione dall'ordinamento dello Stato e dalla sua legislazione delle sedicenti disposizioni legislative emanate dalla non meno sedicente repubblica sociale italiana (di Salò): d.leg.lgt. 5 ottobre 1944 n. 249.

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

Tutta questa materia deve o dovrebbe essere interamente e sistematicamente regolata con nuove leggi apposite anche in ossequio e ad integrazione delle disposizioni della costituzione vigente (v. art. VII delle sue disposizioni transitorie e finali). Le leggi stesse sono attualmente in corso di elaborazione preparatoria, ma al momento presente non sono ancora stati resi di pubblica ragione neppure i relativi disegni. Mi riservo pertanto di darne notizia in una apposita appendice supplementare ad un volume successivo, se a quell'epoca leggi o disegni avran veduta la luce.

Della caotica legislazione precedente e (più o meno) tuttora in vigore, mi limito a ricordare le disposizioni che hanno importanza fondamentale per la costituzione degli organi ed uffici e le garanzie di indipendenza della « Magistratura » (nel senso che la costituzione attribuisce a quest'ultima espressione piuttosto ambigua), omettendo invece tutto quanto concerne la nomina e la carriera dei funzionari le destinazioni, il collocamento a riposo ecc. (e sono diecine e diecine di leggi e di leggine, che in realtà non interessano il sistema del diritto processuale e da cui un estraneo al mondo della burocrazia difficilmente potrebbe ricavare un costrutto). Ricorderò dunque soltanto: r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 che porta precisamente il titolo di *Ordinamento giudiziario* (legge organica a suo tempo fondamentale ma in parte poi polverizzata da riforme e da ritocchi successivi); l. 13 dicembre 1949 n. 887 e d.p. 30 agosto 1951 n. 757 (*modificazioni alle tabelle ed alle piante* precedute da numerose disposizioni particolari); r.d.l. 31 maggio 1946 n. 511 e d.C.P.S. 13 settembre 1946 n. 264 (*garanzie della magistratura e formazione del consiglio superiore della Magistratura*); l. 24 maggio 1951 n. 392 (*distinzione dei magistrati secondo le funzioni*). Si chiamano qui « magistrati » i funzionari destinati o destinabili alla composizione degli uffici giudicanti.

Per gli uffici ed i servizi di *cancelleria* (di cui v'è un semplice rinvio ad altre leggi nell'art. 3 della legge precedente): r.d.l. 8 maggio 1924 n. 745 per l'ordinamento del personale delle cancellerie e segreterie giudiziarie. Si veda anche la l. 9 aprile 1948 n. 486 sui diritti spettanti alle cancellerie e segreterie giudiziarie, seguita dalla l. 15 marzo 1951 n. 250.

Per gli uffici ed i servizi degli *ufficiali giudiziari*, l. 18 ottobre 1951 n. 1128 e r.d. 21 ottobre 1923 n. 2393.

Sul *tribunale dei minorenni* oltre alle disposizioni dell'ord. giud.: r.d.l. 20 luglio 1934 n. 1404 e conv. in legge 27 maggio 1935 n. 835; r.d. 20 settembre 1934 n. 1579; r.d.l. 15 novembre 1938 n. 1802 ecc.

Sulla *istituzione e composizione di sezioni specializzate*: l. 10 luglio 1930 n. 1078 (definizione delle controversie in materia di *usi civici*); l. 4 agosto 1948 n. 1094 (proroga dei contratti di *mezzadria, colonia parziaria e compartecipazione*) e l. 18 agosto 1948 n. 1140 (contratto di *affitto dei fondi rustici* e di vendita delle erbe per il pascolo) l'una e l'altra successivamente prorogate e modificate.

IL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

Il codice vigente è stato emanato con r.d.leg. delegato 28 ottobre 1940 n. 1443 in base alla legge di delega 30 dicembre 1923 n. 2814 (delega al governo della facoltà di arrecare opportuni emendamenti al codice civile e di pubblicare nuovi codici di procedura civile, di commercio e per la marina mercantile in occasione della unificazione legislativa con le nuove provincie), ed è entrato in vigore il 21 aprile 1942. Esso è stato integrato agli effetti della sua pratica applicazione con un r.d. 18 dicembre 1941 n. 1368 (*disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie*) e successivamente con altro r.d. 20 aprile 1942 n. 504 (norme per il *coordinamento del codice di procedura civile con il codice civile*).

Legislazione anteriore. Disegni, proposte e progetti di riforma. Lavori preparatorii.

Anteriormente al codice del 1941 vigeva ancora il codice di procedura civile emanato con r.d.leg. delegato 25 giugno 1865 n. 2366, esteso poi con altre leggi e decreti alle nuove provincie e territori annessi, codice concepito in origine con una certa nobiltà di linee tradizionali, ma successivamente malmenato dalla pratica e poi ritoccato e modificato su tanti punti, così da rassomigliare negli ultimi tempi al mantello di arlecchino tutto sbrendoli e rattoppi. Il ministro proponente

dell'ultimo progetto del codice attuale ricordava una quarantina di leggi parziali in materia. Non sono in grado (e non varrebbe la pena) di rifare il conto, ma non doveva essere lontano dalla realtà. Sommarariamente basterà ricordare: il codice risultava intanto integrato da numerose disposizioni del *regolamento generale giudiziario* emanato per r.d. 14 dicembre 1865 n. 1641 («per l'esecuzione del codice di procedura civile, di quello di procedura penale e della legge sull'ordinamento giudiziario») e da altre disposizioni contenute a loro volta nelle leggi sull'*ordinamento giudiziario*. Altre leggi successive più notevoli: quelle sui *giudici conciliatori* e sugli uffici di conciliazione 16 giugno 1892 n. 261, 28 luglio 1895 n. 455 e 25 giugno 1940 n. 763; modificazioni alle *attribuzioni del pubblico ministero* 28 novembre 1875 n. 2781; disposizioni in tema di procedura di vario genere contenute nel *codice di commercio* emanato con r.d. 31 ottobre 1882 n. 1062 (compresa tutta la procedura di fallimento) seguito però dalla *soppressione dei tribunali di commercio* l. 25 gennaio 1888 n. 5174; abolizione dell'*arresto personale per debiti* l. 26 dicembre 1877 n. 4166; l. 24 maggio 1903 n. 197 sul *concordato preventivo* e sui *piccoli fallimenti* con modificazioni successive, fino alla legge 10 luglio 1930 n. 995 sulla intera materia fallimentare. Di capitale importanza per l'ordinamento del processo di allora: l. 31 marzo 1901 n. 107 sulla *riforma del procedimento sommario* integrata con le disposizioni di attuazione 31 agosto 1901 n. 413; modificazioni sulla *competenza* per valore dei pretori e conciliatori, l. 15 settembre 1922 n. 1287 e r.d. 20 settembre 1922 n. 1316; disciplina dei *procedimenti per ingiunzione e per convalida di sfratto* r.d. 7 agosto 1936 n. 1531, che supera ed assorbe altri provvedimenti legislativi precedenti; sulla decisione delle *controversie individuali del lavoro* r.d. 4 ottobre 1928 n. 2299 (anche con riferimento alla legge 3 aprile 1926 n. 563 e al r.d. 1 luglio 1926 n. 1130 sulla disciplina dei rapporti collettivi). Qualche altra legge anteriore al codice del 1941, ma che in tutto od in parte conserva vigore anche oggi si trova citata più sotto fra le leggi complementari del codice stesso. Ometto, del resto, di menzionare altri provvedimenti minori la cui consultazione più difficilmente può ancora avere interesse.

Il codice attuale ha avuta una lunga, lenta e direi tortuosa preparazione. La si può far risalire infatti ai progetti di adattamenti del codice precedente (v. segnatamente progetto Orlando del 1909) e ad una serie di progetti, schemi o disegni preparatori di una riforma più radicale, tutti di varia origine e di vario stile, più o meno legati, uno per uno, ai nomi di CHIOVENDA, MORTARA, CARNELUTTI, REDENTI, del ministro guardasigilli SOLMI e poi del ministro guardasigilli GRANDI. Quest'ultimo poté presiedere alla redazione e finalmente alla emanazione per decreto del testo del 1941. Su questi precedenti e sui lavori

preparatori non abbiamo una raccolta sistematica od analitica completa, ma soltanto delle pubblicazioni ufficiali od ufficiose particolari o parziali che qui sarebbe fuor di luogo ricordare e che hanno ormai perduta in gran parte importanza interpretativa. Per un filo conduttore si può vedere utilmente: CALAMANDREI, *Istituzioni* (citato nell'appendice seconda), I, cap. I; LUGO e BERRI, *Cod. proc. civ. ill. coi lavori preparatorii* (Giuffrè, 1942). Ad effetti interpretativi merita particolare menzione l'ultima *Relazione del ministro guardasigilli* (GRANDI) pubblicata nella *Gazz. ufficiale* del 28 ottobre 1940, riprodotta da LUGO e BERRI e da altri.

Modificazioni al codice.

Il codice ha già subito delle notevoli modificazioni fra le quali meritano di esser particolarmente ricordate le seguenti:

modificazioni ai *limiti di competenza* per valore dei conciliatori e pretori: d.leg. lgt. 5 aprile 1946 n. 247 e legge 12 maggio 1949 n. 273 (che supera ed assorbe il decreto precedente e modifica anche il limite per valore della inappellabilità delle sentenze dei conciliatori); aumento del *deposito per il ricorso per cassazione* e delle *penalità pecuniarie* previste dal cod. proc. civ.: d.leg. 9 aprile 1948 n. 438 convertito in legge 20 ottobre 1951 n. 1135; modificazioni delle *attribuzioni del pubblico ministero* per quanto concerne la impugnazione di sentenze l. 30 luglio 1950 n. 534 («modificazione dell'art. 72 cod. proc. civ.»).

La legge di riforma del 1950.

Di fondamentale importanza per l'ampiezza e la entità delle modificazioni apportate è la legge 14 luglio 1950 n. 581, che nominalmente ratifica e converte in legge, ma in realtà poi trasforma e sostituisce completamente un precedente d.leg. 5 maggio 1948 n. 483 «contenente *modificazioni e aggiunte al codice di procedura civile*». La legge è stata seguita da un D.P. 17 ottobre 1950 n. 857 di coordinamento e di attuazione, con modificazioni e aggiunte a qualche articolo del codice e soprattutto alle originarie disposizioni di attuazione, con in più alcune nuove disposizioni transitorie per l'entrata in vigore della riforma.

Il decreto 5 maggio 1948 sebbene pubblicato a suo tempo e concepito come fosse di prossima applicazione (condizionata per altro alla emanazione di altre norme di attuazione non mai pubblicate), in realtà non è mai entrato in vigore e il suo testo non ha più che una importanza storica fra i lavori preparatorii. La riforma che si vede attuata oggi con la legge del 14 luglio 1950, è entrata in vigore il 1 gennaio 1951. Essa ha avuta una lunga preparazione che risale a ben prima del decreto del 1948 ed è stata preceduta (dal 1946 in poi) da una serie di progetti ufficiosi ed ufficiali di contenuto piuttosto eterogeneo fra

loro, ma che per qualche aspetto possono ancora essere consultati anch'essi fra i lavori preparatorii. Per le indicazioni informative e bibliografiche rinvio a CARNACINI, *Circa la riforma del codice proc. civ.* (Modena 1947) e successivamente ai suoi scritti in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1948, pagg. 244 e 993. Merita una particolare menzione la Relazione al Presidente della repubblica del ministro Guardasigilli sul testo del decreto ottobre 1950 (in *Gazz. Uff. supplemento*, 2 novembre 1950 n. 857).

La legge 14 luglio 1950 è concepita in forma di « novella » o di « novellazione » contiene cioè una serie di nuovi testi da sostituire od aggiungere al testo originario degli articoli del codice conservandone (con alcuni *bis*) la numerazione; di qualche altro articolo è stata disposta la abrogazione senza sostituirlo. Nelle edizioni usuali del codice posteriori a quella data, sono state introdotte a cura dei privati editori le modificazioni, sostituzioni, aggiunte ed abrogazioni, cosicchè vi si trova il testo del codice come oggi risulta dopo la legge modificatrice. Il testo originario, per quanto possa ancora interessare, bisogna praticamente ricercarlo in edizione di data anteriore o nella edizione curata da GALANTE GARRONE citata più sotto.

Ometto alcune disposizioni di minore importanza, o di interesse occasionale e transitorio che non vengono in considerazione se non eccezionalmente, per lo studio di casi particolari o relativi a situazioni ormai superate (es. sospensione di termini, proroghe ecc. in relazione allo stato di guerra, allo stato di prigionia o di internamento, termini e modalità contenute nelle disposizioni restitutive a favore delle vittime di persecuzioni razziali o politiche, *id* relative alla chiusura di aziende di credito a causa di eventi eccezionali, *id* per mancato od irregolare funzionamento di uffici giudiziari, modificazioni di competenza per le controversie relative alle assicurazioni sociali e gli infortuni, norme sulla decisione dei ricorsi per cassazione anteriori al luglio 1945 ecc. ecc.). Altre disposizioni anche di modificazione, di deroga si trovano sparse nelle leggi e disposizioni integrative e complementari citate (...o non citate) più sotto.

C'è già qualche ritocco posteriore nel tempo alla legge del 1950, ad esempio: l. 23 maggio 1951 n. 400 che modifica il secondo comma dell'art. 677 del codice; l. 23 maggio 1951 n. 357 sulle attribuzioni dei pretori in materia di *proroghe degli affitti* nei comuni che presentano eccezionale penuria di abitazioni, e altre sparse in leggi citate ad altro proposito: disposizioni sul servizio delle *notificazioni* nella legge sugli ufficiali giudiziari, disposizioni di procedura nelle leggi che istituiscono *sezioni specializzate* (citate in tema di ordinamento giudiziario) ecc. ecc.

Disposizioni varie sparse in altre leggi ed integrative complementari o di deroga al codice.

È problema non sempre facilmente risolubile quello di determinare se e quali disposizioni legislative anteriori al codice vigente abbiano conservato vigore dopo la sua entrata in vigore o perchè speciali e non incompatibili o perchè non assorbite in questa sfera di (relativa) generalità.

Ricordo comunque alcune delle leggi e delle disposizioni che secondo me hanno conservato vigore o almeno conservano importanza interpretativa.

I. - Di carattere generale:

Legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. E *abolitiva del contenzioso amministrativo* (fondamentalmente in vigore); legge 31 marzo 1877 n. 3761 *sui conflitti di attribuzioni* (assorbita e modificata dal codice, ma che conserva importanza per la interpretazione).

II. - Su punti particolari (ed inevitabilmente citati alla rinfusa): rr.dd. 10 marzo 1910 n. 149 e 26 giugno 1910 n. 429 sul servizio dei *depositi giudiziari*; r.d. 21 ottobre 1923 n. 2393 sulla *notificazione a mezzo della posta* (in parte assorbito dalla nuova legge, sugli ufficiali giudiziari); r.d. 18 aprile 1940 n. 689 regolamento di esecuzione del libro primo del codice postale; r.d. 7 giugno 1923 n. 1244 sulla *consegna in cancelleria dei ricorsi e controricorsi* per cassazione ecc.; l. 3 dicembre 1942 n. 1700 sulla *legalizzazione delle firme*; d.leg.C.P.S. 10 dicembre 1947 n. 1548 sul *pignoramento di stipendii, salarii, indennità* ecc. D.P. 5 gennaio 1950 n. 180: t.u. delle leggi concernenti il *pignoramento e la cessione degli stipendi, salarii ecc., dei dipendenti dalle pubbliche amministrazioni*, con relativo regolamento D.P. 28 luglio 1950 n. 895; rr.dd. 16 luglio 1905 n. 646 e 5 maggio 1910 n. 472 sul *credito fondiario*; r.d.l. 29 luglio 1927 n. 1509 e l. 5 luglio 1928 n. 1760 sul *credito agrario*; legge sulle *espropriazioni per pubblica utilità* 25 giugno 1865 n. 2339 con tutte le leggi successive complementari e connesse (fra cui le ll. 3 aprile 1926 n. 686 e 21 agosto 1949 n. 609) e le leggi speciali di espropriazione (piani regolatori, costruzioni di ferrovie ecc. ecc.), di requisizione ecc.; r.d.l. 15 marzo 1927 n. 436, l. 19 febbraio 1928 n. 510, r.d. 29 luglio 1927 n. 1814 sul *pubblico registro automobilistico*; rr.dd. 14 dicembre 1933 n. 1669 e 21 dicembre 1933 n. 1736 sulla *cambiale, vaglia cambiario, assegno bancario, assegno circolare* ecc.; r.d.l. 1° luglio 1926 n. 2290 sui *magazzini generali*; rr.dd. 29 giugno 1939 n. 1127, 5 febbraio 1940 n. 244, 25 agosto 1940 n. 1411 e 31 ottobre 1941 n. 1354, l. 22 aprile 1941 n. 633; r.d. 18 maggio 1942 n. 1369, r.d. 21 giugno 1942 n. 929 sui *brevetti modelli industriali* e sui *diritti di autore* e sui *mark*; l. 17 luglio 1919 n. 1176 sulla *capacità giuridica della donna*; r.d. 9 luglio 1939 n. 1238 sull'ordinamento dello *stato civile*;

Il. 3 giugno 1949 n. 320 e 13 marzo 1950 n. 109 sulla dichiarazione di morte presunta ecc. ecc.

III. - r.d. 16 marzo 1942 n. 267 disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa.

Sulle sezioni specializzate e sulle relative norme di procedura v. le disposizioni già citate a proposito di ordinamento giudiziario.

Questa che precede non è, ripeto, se non una breve rassegna esemplificativa.

Disposizioni copiose ed importanti di schietto diritto processuale sono inserite poi negli altri codici, nelle leggi sull'ordinamento giudiziario, nelle leggi professionali ecc., citate o menzionate più addietro o più oltre.

Sono omesse di proposito dalla presente rassegna perchè relative a materie non comprese nella mia trattazione e formano oggetto di altri insegnamenti e di altri trattati generali e speciali:

tutte le leggi sulla giustizia amministrativa e in genere sulle giurisdizioni speciali (sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato; giunte provinciali amministrative; tribunali delle acque pubbliche; organi ed uffici di liquidazione degli usi civici ecc. ecc.);

tutte le leggi di carattere fiscale sia che riguardino:

i procedimenti speciali di imposizione e di riscossione dei tributi (imposte e tasse) oppure

il regime fiscale della proponibilità di domande e producibilità di documenti in giudizio nonchè quello degli atti processuali delle parti e del giudice (requisiti di bollo, e di bollatura, registro, marche di assicurazioni obbligatorie ecc. ecc.);

tutte le convenzioni (e fra queste anche le convenzioni cosiddette dell'Aja) e tutti i trattati internazionali e relative leggi, anche se di contenuto processuale (competenza, legittimazione, legislazione applicabile, efficacia delle sentenze straniere ecc.), le leggi consolari e quel che può sopravanzare di legislazione coloniale o relativa a territori amministrati ecc.

Per la ricerca di queste leggi qui omesse si vedano i manuali di fonti citati in fine della presente appendice.

Circolari normative in materia di diritto processuale.

Non fanno parte delle fonti legislative e penso anzi che (almeno in parte) dovrebbero ritenersi abusive (in quanto gli uffici da cui promanano sembrano arrogarsi una autorità che legittimamente non possono avere). Poichè per altro vi si è uniformata e vi si uniforma la prassi giova quanto meno sotto questo aspetto averne notizia. Ricorderemo così, fra le altre: circolare del Guardasigilli 29 aprile 1942 n. 2700 con particolare riferimento ai procedimenti di separazione di

coniugi e di interdizione; circolare del cancelliere capo della Corte di cassazione sull'«invio dei ricorsi e dei controricorsi alla Corte suprema di cassazione» (Roma, 6 aprile 1942); norme per l'applicazione del codice di procedura civile e delle disposizioni sull'ordinamento giudiziario approvato con r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 al funzionamento interno della Corte suprema di cassazione (Roma, 5 febbraio 1942); avvertenze della prima presidenza per l'applicazione del codice di procedura civile e delle disposizioni di attuazione approvate con r.d. 18 dicembre 1941 n. 1368, ai procedimenti civili davanti la Corte suprema (Roma, 5 febbraio 1942); altre circolari del Guardasigilli, aprile, maggio e ottobre 1942 interpretative e con modalità di applicazione del codice; circolare 14 luglio 1943 n. 2105 in materia di dichiarazione del terzo pignorato nel pignoramento presso terzi; circolare 7 novembre 1951 n. 06-1951 sull'ordinamento degli uffici giudiziari.

Il testo di queste circolari si può rintracciare nel Bollettino del Ministero di grazia e giustizia.

Leggi abrogative.

Hanno importanza per il loro valore abrogativo, con riflessi sulla applicabilità e interpretazione del codice e di altre leggi tuttora in vigore il d.leg. 14 settembre 1944 n. 287 relativo alla riforma della legislazione civile (che abroga anche la legge sul valore giuridico della carta del lavoro 30 gennaio 1941 n. 14) e sulla soppressione delle organizzazioni sindacali fasciste (con riflessi sulle disposizioni del codice sulle controversie collettive ed individuali del lavoro).

Leggi professionali, gratuito patrocinio, avvocatura dello Stato.

Anche sull'ordinamento professionale sono in gestazione nuove leggi organiche, di cui devo riservarmi di dare eventualmente notizia in appendice suppletiva ad altro volume. Attualmente sono ancora più o meno in vigore le disposizioni seguenti (trascurando quelle minori che non interessano direttamente la nostra materia):

r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578 (ordinamento delle professioni di avvocato e di procuratore) convertito in legge con modificazioni, l. 22 gennaio 1934 n. 36; r.d. 22 gennaio 1934 n. 37 (norme integrative e di attuazione); Il. 23 novembre 1939 n. 1949, 23 marzo 1940 n. 254, e r.d.l. 13 maggio 1943 n. 509 (modificazioni all'ordinamento forense) e l. 7 dicembre 1951 n. 1333; l. 28 maggio 1936 n. 1033 (norme per l'iscrizione nell'albo speciale per il patrocinio davanti alla corte di cassazione ed alle altre giurisdizioni superiori), r.d. 9 luglio 1936 n. 1482 (norme di attuazione); d.leg. lgt. 19 ottobre 1944 n. 318 (ammissione al patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori e iscrizioni ai relativi albi); d.leg.P. 21 giugno 1946 n. 6 (modificazioni agli ordinamenti pro-

fessionali); d.leg.lgt. 7 settembre 1944 n. 215 (norme concernenti gli esami di procuratore legale); d.leg.lgt. 4 gennaio 1946 n. 11 (riduzione del periodo di *pratica forense* per l'ammissione agli esami di procuratore); d.leg.C.P.S. 5 maggio 1947 n. 374 (riduzione temporanea del periodo di pratica occorrente per l'ammissione agli esami di procuratore); d.leg.C.P.S. 28 maggio 1947 n. 597 (norme sui *procedimenti disciplinari* dinanzi ai consigli degli ordini forensi ed al consiglio nazionale forense); l. 13 giugno 1942 n. 794, l. 19 dicembre 1949 n. 957 (*onorari e diritti di procuratore*); d.m. 10 dicembre 1951 (che concerne in fra l'altro onorari e indennità dovuti agli avvocati e procuratori in materia stragiudiziale).

Sull'ordinamento del gratuito patrocinio (sempre trascurando i provvedimenti speciali o di carattere fiscale):

r.d. 30 dicembre 1923 n. 3282 (testo unico sul *gratuito patrocinio*); l. 21 gennaio 1943 n. 46 (*pubblicazione nei giornali* di provvedimenti dell'autorità giudiziaria nell'interesse di persone ammesse al gratuito patrocinio).

Sulla difesa dello Stato in giudizio e sulla avvocatura dello Stato:

r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611 (testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla *rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato* ecc.); r.d. 30 ottobre 1933 n. 1612 (regolamento per l'esecuzione del testo unico); r.d. 17 settembre 1936 n. 1854 (*modificazioni* al testo unico); l. 16 novembre 1939 n. 1889 e r.d. 8 giugno 1940 n. 779 (norme per l'assunzione da parte dell'avvocatura dello Stato della *rappresentanza e difesa di amministrazioni non statali*).

Numerose altre leggi e leggine concernono la nomina, la carriera e qui si omettono.

GLI ALTRI CODICI

Codice civile.

Approvato nel suo testo attualmente vigente con r.d. 16 marzo 1942 n. 262 per delega legislativa, dopo che erano stati separatamente approvati, pubblicati ed entrati in vigore i vari libri (rr.dd. 12 dicembre 1938 n. 1852; 26 ottobre 1939 n. 1586; 30 gennaio 1941 nn. 16 e 17 e 18), il codice è entrato in vigore nel suo testo unificato il 21 aprile 1942; integrato con r.d. 30 marzo 1942 n. 318 (disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie).

Si trova disciplinata per la massima parte nel codice civile la materia delle sanzioni ed azioni civili, delle prove ecc. introducendo a questo proposito, soprattutto nel libro sesto, anche disposizioni di

schietta procedura. Vi si trovano inoltre disposizioni relative ai provvedimenti cautelari e vi sono preveduti e più o meno completamente regolati moltissimi casi di giurisdizione volontaria e quasi interamente in fra le altre le funzioni del giudice tutelare.

Il codice civile attuale ha assorbito e rifiuto in gran parte, con notevoli modificazioni, oltre al codice precedente che portava lo stesso titolo, anche il codice di commercio, mentre la materia del fallimento, della cambiale e di altri titoli di credito era già divenuta oggetto di apposite leggi particolari (già citate più sopra fra le leggi speciali in materia di procedura). Altra parte del precedente codice di commercio è stata assorbita e rifiuta nel codice della navigazione.

Per la lenta e lunga preparazione delle varie parti del codice e delle altre leggi or citate devo rinviare ai trattati di diritto civile, commerciale, fallimentare ecc. Lo stesso devo dire per le modificazioni che aveva subito il codice precedente e per altre che ha subito anche il codice attuale in relazione al mutamento di regime. *Item* per le numerose leggi integrative e complementari.

Mi limito qui a ricordare gli estremi della pubblicazione ed entrata in vigore dei codici precedenti: codice civile, approvato con r.d. 25 giugno 1865 n. 2358, ed entrato in vigore il 1 gennaio 1866; r.d. 30 novembre 1865 n. 2606, contenente disposizioni transitorie per l'attuazione del codice civile del Regno d'Italia; codice di commercio, approvato con r.d. 31 ottobre 1882 n. 1062, ed entrato in vigore il 1 gennaio 1883; r.d. 14 dicembre 1882, n. 1113, contenente le disposizioni transitorie per l'attuazione del codice di commercio; r.d. 27 dicembre 1882, n. 1139, che approva il regolamento per l'esecuzione del codice di commercio.

Codice della navigazione.

Approvato con r.d. 30 marzo 1942, n. 327, ed entrato in vigore il 21 aprile 1942. Contiene numerose disposizioni in tema di sanzioni ed azioni civili e qualche parte di schietto diritto processuale speciale.

Il codice della navigazione ha assorbita, modificata e rifiuta la materia di vari codici precedenti e di varie leggi speciali. Anche qui devo rinviare ai trattati e mi limito a ricordare fra i codici precedenti: codice di commercio (citato più sopra), *in parte qua*; codice per la marina mercantile, r.d. 24 ottobre 1877 n. 4146, che approva il testo unico; r.d. 20 novembre 1879, n. 5166, che approva il regolamento per la esecuzione del testo unico.

Codice penale.

Approvato con r.d. 19 ottobre 1930 n. 1398, ed entrato in vigore il 1 luglio 1931; r.d. 28 maggio 1931 n. 601 (disposizioni di coordinamento e transitorie per il codice penale). Contiene in fra l'altro le di-

scipline delle sanzioni civili in dipendenza di fatti costituenti reato; discipline particolari in ordine a provvedimenti cautelari anche con effetti civili ecc.

Valgono circa i lavori preparatorii e le leggi speciali le stesse avvertenze e gli stessi rinvii già prospettati per gli altri codici. Codice precedente: approvato con r.d. 30 giugno 1889 n. 6133, ed entrato in vigore il 1 gennaio 1890; r.d. 1 dicembre 1889 n. 6509, contenente le disposizioni per l'attuazione del codice penale.

Codice di procedura penale.

Approvato con r.d. 19 ottobre 1930 n. 1399, ed entrato in vigore il 1 luglio 1931; r.d. 28 maggio 1931 n. 602 (disposizioni di attuazione del codice di procedura penale); r.d. 28 maggio 1931 n. 603 (disposizioni regolamentari per la esecuzione del codice di procedura penale).

Contiene in fra l'altro le disposizioni sull'esercizio dell'azione civile in sede penale, sul coordinamento fra processo penale e processo civile, sulla autorità di cosa giudicata dei provvedimenti penali in sede civile ecc. ecc.

Valgono in proposito sempre le stesse avvertenze e gli stessi rinvii di cui sopra. Codice precedente: approvato con r.d. 27 febbraio 1913 n. 127, ed entrato in vigore il 1 gennaio 1914; r.d. 5 ottobre 1913 n. 1176, contenente le norme di attuazione e di coordinamento, e le disposizioni transitorie per il codice di procedura penale; r.d. 5 ottobre 1913 n. 1177 (contenente le disposizioni regolamentari per la esecuzione del codice di procedura penale).

Ometto di menzionare per la loro importanza tutta speciale e particolare i codici penali e di procedura penale militare e militare marittimo.

EDIZIONI E COMPILAZIONI DI TESTI LEGISLATIVI

I testi originali si trovano pubblicati nella *Raccolta ufficiale delle leggi e decreti della Repubblica* (precedentemente *Raccolta ufficiale delle leggi e decreti del Regno*). Si possono per lo più rintracciare anche nella *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* (precedentemente *Gazzetta ufficiale del Regno*). Pubblicazione semi-ufficiale è la *Collezione celerifera delle leggi, decreti istruzioni e circolari*, edita *quondam* dalla Stamperia reale e poi dai Poligrafici dello Stato.

Pubblicazioni a cura di privati editori ma di utile ed agevole consultazione sono fra altre: *Lex* (legislazione italiana), trimensile (con vari supplementi) a cura della Utet dal 1915.

Le leggi, a cura della soc. ed. Foro it., pubblicazione irregolare dal 1923.

Per la legislazione speciale meno recente si può ancora usare la

raccolta di testi scelti *Leggi usuali d'Italia* a cura di FRANCHI, Hoepli ed. 1934.

Indice utilissimo per rintracciare la indicazione delle singole leggi è *La legislazione vigente Repertorio analitico alfabetico* ecc. UTET (Torino). L'ultimo volume è del 1950 (al corrente fino all'estate 1949).

Servono alla ricerca anche i grandi repertorii di giurisprudenza in quanto portano voce per voce anche indicazioni di fonti; v. specialmente: *Repertorio generale annuale della Giurisprudenza italiana* (Utet) e *item Repertorio* ecc.; *del Foro italiano* (dal 1947, Direz. e redaz.: Roma, Soc. ed. Foro it.).

Volumi di codici e leggi complementari raccolte e coordinate a cura di privati editori, fra gli altri:

Codice di Procedura civile e leggi speciali, a cura di M. BERRI e A. LUOGO, edizione aggiornata con la legge di riforma, ed. Giuffrè, 1951.

Codice e leggi per l'udienza civile (Costituzione della Rep., Statuti Reg., Cod. civ., cod. proc. civ., leggi complementari), a cura di G. GALANTE GARRONE, aggiornato al 5 agosto 1951 riportando separatamente il testo originario del codice del '41 e con richiami per ogni articolo ai codici precedenti (del '65 e dell'83). Soc. Ed. Tor., Torino.

Codice di Procedura civile (con leggi speciali e formulario degli atti del processo civile secondo le norme entrate in vigore il 1° gennaio 1951) a cura di C. FURNO, P. BARILE, A. PREDIERI, sotto la direzione di P. CALAMANDREI, ed. Barbèra, Firenze.

Quattro codici per l'udienza civile e penale, Milano, Hoepli 1951.

Di prossima pubblicazione: *Codici per l'udienza civile*, a cura di CARNELUTTI e BIGIARI, nella collezione biblioteca legislativa fondata da D. DONATI e diretta da E. GUICCIARDI, Cedam, Padova.

Un manuale completo di fonti del diritto processuale finora non l'abbiamo.

Manuali di fonti nelle varie materie che possono interessare il diritto processuale:

Codice delle leggi amministrative a cura di ZANOBINI e CATALDI, Giuffrè, terza edizione, 1948 con appendici di aggiornamento al 30 giugno 1948, al 30 giugno 1949, al 31 ottobre 1950.

Codice delle leggi sul lavoro a cura di LEVI e LUCCHETTI, Giuffrè, 1950, con appendice di aggiornamento al 15 settembre 1950 e al 15 luglio 1951.

Codice delle leggi tributarie, a cura di GIANNINI, SCOCA e BUZZETTI, Giuffrè, 2ª edizione, 1949 con aggiornamento al 28 febbraio 1951.

Codice delle leggi agrarie, a cura di MAROI e PASTINA, Giuffrè, 1951.

APPENDICE SECONDA

GUIDA ALLA LETTERATURA

(fino al gennaio 1952)

Indicazioni e citazioni di letteratura monografica o di decisioni giurisprudenziali non sarebbero nell'indole del presente trattato, al quale mi sono proposto di conservare carattere sintetico istituzionale e non di analisi erudita. Del resto chi voglia approfondire lo studio di qualche singolo argomento o giungere ad una più matura valutazione critica, sarà sempre bene che prenda le mosse dal confronto reciproco di questa con altre opere di carattere generale per arrivare poi agli scritti monografici. A questo *iter* dovrebbero servire le sommarie notizie bibliografiche che seguono.

Il nostro attuale codice di procedura, testo fondamentale della materia, entrato in vigore in tempi già densi di oscuri presagi e fattisi poi, come si sa, tempestosi e catastrofici, ostico e molesto ai vecchi professionisti abituarini e insofferenti, bersagliato non appena fu possibile da critiche clamorose e spesso spropositate e da nostalgiche predicazioni di ritorno all'antico, attuato pessimamente da principio e non mai in modo conforme al suo spirito neanche oggi, per la persistente insufficienza di organi di uffici e di mezzi, ferito adesso nel vivo dalla riforma del '50 entrata in vigore col 1 gennaio '51, piuttosto sciagurata (fuor che in qualche particolare), il nostro codice di procedura, riprendo, non ha suscitato finora opere di vasta mole, quali non erano mancate (buone o men buone, che fossero) sotto l'impero del codice precedente.

Scopi di delucidazione della legge piuttosto che di dottrina generale del processo hanno avuto (ed era naturale) i primi scritti. Ricordo fra i più notevoli: SATTA, *Guida pratica per il nuovo processo civile* (Cedam, 1941); JAEGER, *Manuale pratico del processo civile*, del quale c'è anche una seconda edizione riveduta (Utet, 1943). Le disposizioni transitorie per il passaggio dall'antico al nuovo, irte di molte difficoltà (anche non inevitabili) sono state illustrate in un mio volumetto (REDENTI, *Le disposizioni transitorie per i processi di cognizione civile*, Giuffrè, 1942).

Varii corsi universitari rielaborati con assidua cura fino a dar loro l'impronta di un trattato organico, che può tuttavia consultarsi con utilità, ha pubblicato ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Giuf-

frè: quattro volumi (di cui il primo e il terzo, nella quarta edizione portano la data del 1946, il secondo, pure nella quarta edizione, quella del 1947, ed il quarto, tomo I, nella seconda edizione è stato pubblicato nel 1948). Un voluminoso commento con copiosi richiami, soprattutto ai precedenti legislativi ai vari progetti e ai lavori preparatorii, avevano iniziato nello stesso tempo G. e G. B. NAPPI, *Commentario al cod. proc. civ.* (Soc. ed. libraria, 1941), ma non si è spinto oltre i primi volumi (pubblicati a tutt'oggi tre volumi, il primo nel 1941, il secondo e il terzo nel 1943). È dei primi tempi anche la pubblicazione di un frammento a titolo di saggio, di un mio *Trattato della giustizia civile* (Giuffrè, 1941), che si vede qualche volta citato, ma non è più in commercio e non ha avuto seguito. E se lo avrà, non so.

Cominciavano intanto ad apparire le trattazioni che si possono considerare tuttora fondamentali e che sono state più o meno aggiornate in successive edizioni. Vennero per prime, se non erro, in ordine di tempo, le *Istituzioni del nuovo processo civile italiano* di CARNELUTTI (Soc. ed. del Foro) che sono oggi alla quarta edizione riveduta e aggiornata (con data 1952). Nella prefazione al primo volume (prima ed., 1941) l'autore stesso avvertiva che questa sua trattazione era destinata a chiudere il ciclo delle sue opere generali sul processo civile e « poteva somigliare al vertice della piramide ». Ciò le assegna nella scienza un posto a sè. Si potrà condividere o non condividere la fede dell'insigne teoreta nel valore universale dei suoi concetti e dei suoi schemi definitorii o classificatorii. Ma la genialità del pensiero e la multiforme preparazione di cui son frutto (e di cui citerò più oltre altri saggi) si impongono in ogni caso alla attenzione e alla meditazione di tutti. Di diverso stile, più umane od umanistiche, pervase dal senso della storicità del diritto positivo e del carattere e dei limiti (come io credo) empirici degli studii interpretativi, linde, limpide e discrete, le *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice* di CALAMANDREI. Purtroppo la pubblicazione si è arrestata al secondo volume (Cedam, attualmente primo volume seconda ed. 1943, secondo volume prima ed. unica ed. 1944) ed invano finora se ne invoca dall'autore il seguito. Tutte queste opere, da Zanzucchi in poi, recano varie citazioni e indicazioni bibliografiche (più o meno aggiornate). A queste si è affiancato il *Commento al codice di procedura* di ANDRIOLI (Jovene, tre volumi che nella seconda ed. portano le date 1943, 1945 e 1947; si attende la terza in questi giorni). È il commento più ricco di informazioni sulle fonti legislative e sui loro precedenti, sulla dottrina e sulla giurisprudenza nuova ed antica, illuminato da una vasta, attenta e mediata esperienza. Vi ha fatto seguito recentemente un supplemento sulla riforma legislativa del '50. Un altro ampio commento esegetico a fini prevalentemente pratici, ha apprestato

D'ONOFRIO, *Commento al cod. proc. civ.*, la seconda edizione del quale (Utet) porta la data editoriale 1951.

Di stesura più fresca ed uscito per le stampe negli ultimi anni è SATTA, *Diritto proc. civile* (Cedam, prima ed. 1948, seconda 1950); anche questo volume ha avuto un supplemento sulla riforma del '50 (Cedam, 1951). La trattazione per le sue dimensioni è istituzionale, ma porta su vari argomenti la inapronta della originalità di pensiero dell'autore. Da ultimo (sempre in ordine di tempo) mi resta da segnalare U. Rocco, *Corso di teoria e pratica del processo civile*, primo volume (Libr. scient., ed. 1951). Il volume è di schietta teoria, a largo disegno sistematico, di buona architettura e degno di riflessione nelle sue varie e vaste membrature. Corsi scolastici ma con vedute non trascurabili su punti particolari: LIEBMAN, *Lezioni di dir. proc. civ.* (Giuffrè 1951); JAEGER, *Diritto processuale civile secondo i nuovi codici*.

Ometto di citare altre trattazioni di minor mole non tutte scevre di pregi, ma alle quali non credo si possa ricorrere con molto frutto a scopo di confronto o di consultazione dopo la lettura del mio attuale trattato.

Un posto a parte devo fare al *Formulario della procedura civile* a cura di BERRI, DALLARI, LUGO ed altri (edizione aggiornata con la legge di riforma del '50, Giuffrè 1951). È come dice il titolo una raccolta ragionata di schemi per la formazione e compilazione degli atti processuali, strumento pratico utilissimo, anche per il filo espositivo che li lega e li coordina per cui acquista una particolare efficacia rappresentativa del fenomeno.

Per quanto alla letteratura anteriore al codice vigente: capitale ed esemplare rimane e rimarrà sempre, anche per il suo valore « formativo », l'opera del nostro grande Maestro CHIOVENDA, *Principii di dir. processuale*, (4^a ediz., Jovene, 1928), e *Istituzioni di dir. proc. civ.*, due volumi, 2^a ediz. (Jovene, 1935). I principii possono fornire, fino alla loro data, un buon filo anche per ricerche bibliografiche di dottrina italiana e straniera, sulla quale v. poi anche le indicazioni delle *Istituz.*, I, pag. 135 e segg.

Posteriore e con qualche atteggiamento antitetico al pensiero di CHIOVENDA è il *Sistema di diritto proc. civ.* di CARNELUTTI (Cedam, tre volumi 1936-39) preceduto dalla pubblicazione di vari corsi di lezioni e cui fan corona altre opere di teoria generale (segnatamente: *Metodologia e Teoria generale del diritto*). Dello stesso Carnelutti ho già ricordate più sopra le *Istituzioni*, sul nuovo codice. È sempre scrittore particolarmente suggestivo non di rado affascinante soprattutto per i giovani, soggetto talvolta a beneficio di critica per i suoi ardimenti con-

cettuali e terminologici, ma a queste condizioni fecondo di ispirazioni e di insegnamenti. Diseguale, a mio giudizio, ma profondamente nutrito di dottrina e in vari punti ancor ricco di interesse per gli studii è finalmente BETTI, *Dir. proc. civile*, (soc. ed. del Foro, 1936) con copiose indicazioni bibliografiche.

Risalendo più indietro sulle questioni e questioncine dei tempi andati è ancor consultabile MATTEOLO, *Trattato di dir. giud.*, (Bocca ed., nella quinta edizione, cinque volumi dal 1902 al 1905), scrittore pieno di buon senso esegetico e diligentissimo raccoglitore e commentatore degli scritti e scritture altrui. Nello stesso campo (ma in gran parte superato almeno per quanto ai suoi tentativi di assurgere a più vasti problemi), meno curante del pensiero altrui ma più forte del proprio, MORTARA, *Commentario*, 4ª edizione (Vallardi ed. cinque volumi dal 1903 in poi) che ha esercitato ai suoi tempi grandissima influenza sulla dottrina e sulla pratica.

Un buon filo conduttore per la ricerca bibliografica di monografie, articoli e memorie di questi ultimi anni, si può trovare nelle rassegne bibliografiche pubblicate nella *Riv. trimestrale di diritto e procedura civile*, citata più sotto. E in genere per mettersi e per tenersi al corrente dei movimenti di pensiero e degli scritti dei giorni nostri gioverà seguire le due maggiori riviste dottrinali. La *Rivista di diritto processuale*, (Cedam, dal 1924; fondatori CHIOVENDA e CARNELUTTI, direttori attuali (dal 1938) CARNELUTTI e CALAMANDREI, e la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (Giuffrè dal 1947, direttori CICU, REDENTI, ASCARELLI, BIGIAMI).

Per la giurisprudenza, tengono il primo posto a scopo informativo generale le due maggiori pubblicazioni periodiche *La giurisprudenza italiana* (ed. Utet) e il *Foro italiano* (Soc. ed. Foro e Zanichelli). Ambedue pubblicano annualmente dei *Repertorii* analitici che riproducono voce per voce le massime delle sentenze pubblicate in tutte quante le riviste giuridiche, con indicazioni di legislazione e di dottrina, ambedue pubblicano annualmente anche un *Massimario* delle decisioni della Cassazione che riproduce quello ufficiale compilato e custodito dall'ufficio ruoli della Corte. Alle numerose altre riviste di dottrina e di giurisprudenza, si può risalire sulle indicazioni fornite dai periodici sopra indicati.

INDICE-SOMMARIO

Proemio alla nuova edizione pag. v

PARTE PRIMA

NOZIONI E REGOLE GENERALI

CAPITOLO PRIMO - LA GIURISDIZIONE pag. 3

SOMMARIO: 1. Introduzione programmatica. La giurisdizione come attività e come funzione dello Stato. — 2. La giurisdizione contenziosa e volontaria rispetto al diritto oggettivo. — 3. La giurisdizione contenziosa: sanzioni penali e civili. — 4. La soggettivazione delle norme giuridiche in relazione alle sanzioni: azione pubblica e privata. — 5. Caratteri e figure delle sanzioni civili in particolare. — 6. Il divieto della difesa e della vendetta privata. Esclusività della giurisdizione contenziosa dello Stato. — 7. La giurisdizione volontaria. — 8. La differenziazione di organi di metodi di tecnica e di forme nell'amministrare giustizia. — 8-bis. La indipendenza dei giudici e le garanzie di giustizia.

CAPITOLO SECONDO - LE AZIONI pag. 45

SOMMARIO: 9. Concezione dell'azione privata civile come diritto soggettivo. — 10. Il tipo e le figure dell'azione privata civile. — 11. L'azione privata civile allo stato di pretesa (in concreto). — 12. Le eccezioni di merito. — 13. Nesso tra l'azione e le eccezioni e i diritti soggettivi sottostanti. — 14. L'esercizio delle azioni e delle eccezioni. La deduzione in giudizio e il cosiddetto interesse ad agire ed eccepire. — 15. Effetti del giudizio sull'azione. Il giudicato e i suoi limiti. Le preclusioni pro iudicato. — 16. La protezione dei terzi contro gli effetti riflessi di eventuali provvedimenti inter alios. — 17. Vita e vicende delle azioni: atti dispositivi dell'azione e delle eccezioni fra le parti. Regolamento stragiudiziale di situazioni litigiose. — 18. Vita e vicende delle azioni: la stromentazione preventiva delle azioni e delle eccezioni. Garanzie reali e provvedimenti cautelari. — 19. Vita e vicende delle azioni: successioni e trasferimenti. — 20. Vita

e vicende delle azioni: estinzione delle azioni. — 21. L'azione pubblica civile e l'intervento del pubblico ministero nelle cause civili. — 22. La iniziativa (istanza, ricorso o richiesta) nelle pratiche di giurisdizione volontaria.

CAPITOLO TERZO - I PROCEDIMENTI pag. 91

SOMMARIO: 23. Processi e procedimenti. — 24. Tipi di procedimenti: caratteri differenziali della cognizione penale e civile e dei relativi procedimenti. — 25. Tipi di procedimenti: lineamenti generali del procedimento ordinario di cognizione civile. Procedimenti speciali nel codice e fuori del codice. Procedimenti di giustizia amministrativa. — 25-bis. Coordinamento fra cognizione penale e cognizione civile. Esercizio dell'azione civile in sede penale. — 26. Tipi di procedimenti: procedimenti di esecuzione forzata universale e particolare. — 27. Tipi di procedimenti: procedimenti di episodi cautelari. — 27-bis. Dei procedimenti di giurisdizione volontaria. — 28. Fasi statì e gradi del processo. — 29. Fine del processo. — 30. La concezione del processo come rapporto giuridico. Proiezioni nel mondo esterno. Spese e danni.

CAPITOLO QUARTO - SOGGETTI DEL PROCESSO: IL GIUDICE . . . pag. 127

SOMMARIO: 31. I « giudici » e i limiti generali delle loro attribuzioni. Nozione del difetto assoluto di giurisdizione. — 32. Limiti cosiddetti di giurisdizione fra giudici ordinari e speciali, e fra giurisdizione civile e penale. Nozione del difetto di giurisdizione-competenza. — 33. Organi ordinari della giurisdizione civile. Loro uffici elementari e loro composizione. Astensione, ricusazione e responsabilità dei funzionari. — 34. Limiti analitici di attribuzioni fra i vari uffici elementari. Nozione e conseguenze del difetto di attribuzioni. — 35. Ripartizione dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali fra organi ed organi. Competenza ed incompetenza. — 36. Limiti di giurisdizione-competenza nei rapporti internazionali. — 37. Degli ausiliari di giustizia.

CAPITOLO QUINTO - SOGGETTI DEL PROCESSO: LE PARTI . . . pag. 157

SOMMARIO: 38. L'esser parte e la capacità di esserlo. — 39. La capacità di agire e di stare in giudizio. — 40. Regime della capacità-incapacità di stare in giudizio e della legittima rappresentanza od assistenza nel giudizio (processo). — 41. La « pubblica amministrazione » dello Stato come parte in giudizio. — 42. La « pubblica amministrazione » dello Stato davanti alla autorità giudiziaria ordinaria. — 43. Altre « pubbliche amministrazioni » in giudizio. — 44. Società comitati e associazioni non riconosciute in giudizio. — 45. Gestioni patrimoniali autonome in giudizio. — 46. Sostituzione processuale. — 47. Mandatari ad negotia come rappresen-

tanti in giudizio. — 48. Successione e subingresso di altri soggetti nella posizione di parte e nello stare in giudizio. — 49. Il ministero dei difensori. — 50. Doveri (generici) delle parti e dei difensori. — 51. Responsabilità per le spese e per i danni. — 52. Il pubblico ministero come parte in giudizio.

CAPITOLO SESTO - GLI ATTI PROCESSUALI pag. 197

SOMMARIO: 53. Atti e fatti processuali. — 54. Elementi e requisiti degli atti di parte. — 55. Forme e formalità degli atti di parte. — 56. Atti e provvedimenti del giudice. Elementi, requisiti e forme. — 57. Comunicazioni e notificazioni. — 58. La notificazione per pubblici proclami. — 59. La notificazione come formalità integrativa e come atto a sè stante. — 60. Coordinamento degli atti processuali nel tempo. Termini. — 61. Della nullità degli atti di parte: distinzioni circa la natura gli effetti le cause. — 62. Della nullità per inosservanza di forme. — 63. Della nullità degli atti e provvedimenti del giudice e degli uffici minori.

Appendice prima: Guida alle fonti pag. 239

Appendice seconda: Guida alla letteratura » 255