

LIBRO 1

CAPITOLO I

NORME GIURIDICHE (FUNZIONE): descrivono determinati comportamenti umani qualificandoli, come doverosi, oppure leciti, oppure idonei a produrre determinati effetti giuridici, e così configurando in capo ai soggetti di tali comportamenti le c.d. situazioni di dovere, facoltà o potere.

Il diritto processuale civile è un settore del diritto processuale in generale.

Ora la distinzione tra diritto processuale e sostanziale consiste nel fatto che :

- 1) le norme sostanziali regolano i rapporti tra i soggetti nella loro vita di relazione , fissando reciproci doveri e diritti per garantire la pacifica convivenza
- 2) le norme processuali regolano i modi di svolgimento del processo ossia del meccanismo che si attua quando vi è l'inosservanza delle norme sostanziali e si deve ripristinare la pacifica convivenza.

Il processo civile è l'insieme di atti ed attività con cui viene esercitata **la giurisdizione civile** ossia la giurisdizione sulle controversie per la tutela di situazione giuridiche regolate dal diritto civile.

Il codice di procedura civile è quell'insieme di norme che disciplinano il processo civile o l'attività detta "di giurisdizione civile"

L'attività giurisdizionale

E' l'attività che viene esercitata dai giudici (organi dello Stato) diretta a rendere giustizia.

DAL PUNTO DI VISTA FUNZIONALE (a cosa serve):

Attività giurisdizionale ispira la disciplina dell'intera serie dei comportamenti nei quali si concreta il procedere.

Funzione dell'attività giurisdizionale , desumibile e dall'art 24 della Cost e dall'art 2907 CC ,è di tutelare i diritti dei singoli. Si parla della categoria generale dei *diritti soggettivi*.

Ciò che compromette o pregiudica i diritti consiste nel non fare ciò che si doveva fare o nel fare ciò che non si poteva fare o doveva fare, fenomeno che si chiama *lesione o violazione del diritto*.

La tutela giurisdizionale dei diritti consiste in una reazione alla loro violazione, reazione nel senso di impedirla o di eliminarne gli effetti nei limiti del possibile.

Ora tale attività giurisdizionale di tutela ha 2 caratteristiche , è :

- 1) **Strumentale** rispetto ai diritti che vuole tutelare perché è il mezzo con cui se ne assicura l'attuazione nel momento in cui questa nn si verifichi spontaneamente (quindi è strumento per attuazione diritti che si vuol tutelare)

Infatti tali diritti , detti sostanziali, sono contenuti nelle norme appunto sostanziali (del codice civile) e quindi già sono considerati meritevoli di protezione quindi tutela semplicemente giuridica o primaria, ma se questa tutela primaria nn è sufficiente, quindi se la norma sostanziale viene violata ed il diritto leso, l'ordinamento ricorre allo strumento del processo quindi alle norme strumentali o processuali, che disciplinando l'attività giurisdizionale, apprestano i mezzi per l'attuazione della tutela secondaria o giurisdizionale.

Riassumendo quindi :

- **diritto materiale o sostanziale:** le norme sostanziali disciplinano direttamente in via primaria determinati comportamenti umani che il legislatore ha considerato idonei a soddisfare determinati interessi ritenuti meritevoli di protezione. Tutela primaria ossia tutela semplicemente giuridica
- **diritto strumentale o formale:** se la tutela primaria non si rivela sufficiente, se cioè la norma sostanziale viene violata ed il diritto soggettivo sostanziale viene leso l'ordinamento ricorre allo strumento del processo ossia ricorre alle norme strumentali o processuali o formali che disciplinando l'attività di determinati soggetti.

- 2) **Sostitutiva** : carattere secondario della tutela giurisdizionale rispetto alla tutela primaria o sostanziale .

Gli organi giurisdizionali si sostituiscono a coloro che avrebbero dovuto tenere il comportamento dettato dalle norme sostanziali in via primaria, per attuare in via secondaria la stessa protezione di interessi che era alla base delle norme sostanziali violate (il diritto processuale quindi realizza indirettamente ed in via sostitutiva la medesima protezione di interessi del diritto sostanziale).

Di regola quindi l'attività giurisdizionale presuppone la lesione di un diritto: nel momento in cui un soggetto ritenga che un proprio diritto sia stato leso, per ottenere la tutela di questo diritto ha la possibilità di rivolgersi ad un organo giudiziario che ha il potere di giudicare su quella determinata questione. Attività giurisdizionale sotto il profilo funzionale come attuazione in via normalmente secondaria e sostitutiva dei diritti sostanziali.

I casi di attività giurisdizionale senza previa lesione: giurisdizione costitutiva necessaria accertamento mero

Vi sono delle ipotesi in cui l'attività giurisdizionale è prevista anche in assenza di tale lesione (non c'è violazione di una norma), sono i casi in cui l'ordinamento ritiene di dover sottrarre all'autonomia dei singoli la piena disponibilità di determinate situazioni giuridiche. Limite all'autonomia negoziale quando si tratta di influire su certe situazioni che investono interessi non esclusivi del singolo che in qualche modo toccano la collettività.

- è il caso dell'attività viene definita come **attività giurisdizionale costitutiva necessaria**: attività attraverso cui si tende ad ottenere modificazioni, o effetti "costitutivi", che l'ordinamento prevede come realizzabili esclusivamente ad opera dell'organo giurisdizionale (es. l'interdizione o l'inabilitazione, la separazione personale dei coniugi, il disconoscimento di paternità)

- Dall'attività giurisdizionale costitutiva necessaria, differisce quella "**costitutiva non necessaria**" nel senso che gli effetti costitutivi attuabili da essa, avrebbero potuto verificarsi indipendentemente dall'opera dell'organo giurisdizionale; di conseguenza tale attività si rende necessaria solo in mancanza di un'attuazione spontanea o primaria della prestazione dovuta ossia si è verificata la violazione di un preesistente diritto alla modificazione giuridica o diritto potestativo. (es. il caso dell'obbligo di contrarre assunto con un contratto preliminare, rimasto ineseguito ed attuabile con sentenza costitutiva secondo l' art. 2932 c.c. *esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*).

- altro tipo di attività che prescinde dalla violazione di una norma è l'**attività di mero accertamento**: quando un soggetto si rivolge ad un giudice al solo fine di far accertare l'esistenza o meno di un determinato diritto.

Qui l'esigenza di tutela o di attività giurisdizionale è determinata da un fenomeno che può essere assimilato alla violazione in quanto di quest'ultima costituisce di solito una premessa: la *contestazione*, nel doppio senso di contestazione di un diritto che il titolare considera esistente o di un *vanto* di un proprio diritto nei confronti di un soggetto che lo ritiene inesistente (tizio, senza ledere il diritto di proprietà di caio, lo contesta cioè vanta di essere proprietario). Quando si determinano questi fatti si ha una situazione che non è ancora violazione ma potrebbe divenirlo; si ha incertezza obiettiva circa l'esistenza di un diritto.

Lo strumento per eliminare l'incertezza obiettiva e per evitare la violazione è appunto l'attività giurisdizionale di accertamento mero.

La nozione della giurisdizione dal punto di vista della sua funzione dovrebbe riferirsi soltanto all'attuazione del diritto sostanziale, avendo cura di precisare che tale attuazione avviene per lo più in via secondaria o sostitutiva (= sanzionatoria), ma talvolta in via primaria.

Tipi di attività giurisdizionale

Dal punto di vista della struttura l'attività giurisdizionale si distingue in:

- 1) **Attività di cognizione**: è un tipo di attività che implica l'esistenza di un contenzioso tra le parti, quindi di un contraddittorio.

La funzione propria della cognizione è quella di enunciare l'esistenza del diritto come volontà concreta di legge (ossia della volontà astratta di legge o norma divenuta concreta in forza dei fatti costitutivi del diritto). Sappiamo che le norme sostanziali dettano delle regole astratte che divengono concrete nel momento in cui si verifica un fatto valutato dalle norme stesse (cd. Fattispecie concreta) detti "fatti costitutivi di diritti". Una volta che si verifica il fatto costitutivo ipotizzato dalla norma astratta proprio da questa norma scaturisce la regola concreta. Enunciando la regola concreta si afferma o si nega l'esistenza di un diritto. Proprio questo fa l'attività di cognizione "accerta l'esistenza di un diritto", quindi la funzione propria dell'attività di cognizione emerge come una funzione di accertamento. Si parla di certezza obiettiva. Questa "certezza" si raggiunge attraverso una pronuncia dell'organo deputato a tale attività, il giudice (imparziale). Il giudice dovrà rendere un giudizio: giudizio sull'esistenza di un diritto, attraverso l'interpretazione della norma astratta ed il riscontro circa l'accadimento dei fatti costitutivi del diritto.

La trasformazione del convincimento del giudice in certezza si verifica con la cessazione di ogni effettiva contestazione interna, ne deriva che la struttura più idonea al conseguimento della funzione della cognizione è quella che realizza la suddetta *incontrovertibilità* (cioè non può costituire oggetto di riesame o impugnazione del giudizio) che in concreto si ottiene con l'assoggettamento delle pronunce del giudice ad un numero limitato di strumenti di riesame (o mezzi d'impugnazione) che nel nostro ordinamento sono due (giudizio di primo grado e giudizio di appello o di secondo grado) oltre ad un ulteriore riesame solo di diritto (giudizio di cassazione) (art. 324 cpc).

Questa incontrovertibilità è tradizionalmente designata come *cosa giudicata* la quale può pertanto essere definita come la situazione in forza della quale nessun giudice può pronunciarsi su quel diritto sul quale è già intervenuta una pronuncia che abbia esaurito la serie dei possibili riesami. Art. 2909 c.c. enuncia che l'accertamento passato in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, loro eredi ed aventi causa.

La struttura propria della cognizione è quella della sua idoneità ad un accertamento idoneo ad assumere l'incontrovertibilità propria della cosa giudicata formale attuata da un giudice in posizione di imparzialità (terzietà del giudice art.111, c 2, cost).

Quindi l'attività di cognizione deve concludersi in una pronuncia assoggettata ad una serie limitata di riesami o mezzi di impugnazione, il cui esaurimento dà luogo alla incontrovertibilità della cosa giudicata.

A sua volta si distingue in attività di *mero accertamento*, di *condanna* e *costitutiva* a seconda di quello che si chiede al giudice. **Mero accertamento:** attività con cui si chiede al giudice solo di accertare l'esistenza (mero accertamento "in senso positivo") o l'inesistenza di un diritto (mero accertamento "in senso negativo").

Condanna: tale attività giurisdizionale implica un qualcosa in più rispetto al normale accertamento, oltre all'accertamento della violazione di una norma giuridica anche la condanna per tale violazione (tre ipotesi di condanna, *condanna generica*, *condanna in futuro* e *condanna condizionale*). **Costitutiva:** con essa si chiede al giudice l'emanazione di una sentenza che vada a costituire, modificare o estinguere una determinata situazione giuridica sostanziale (es. dichiarare risolto un contratto per inadempimento).

2) Attività esecutiva (o di esecuzione forzata): è l'attività giurisdizionale mediante la quale si tende ad ottenere coattivamente l'adempimento di un determinato obbligo nel momento in cui il soggetto obbligato non dovesse adempierlo spontaneamente (es. esecuzione coatta dell'obbligo alla restituzione di una somma di denaro disposto con sentenza, in caso di mancato adempimento spontaneo della parte soccombente). Si vuol conseguire l'attuazione pratica, materiale, di questa regola in via coattiva o forzata ossia attraverso l'impiego effettivo o potenziale della forza da parte dell'ordinamento. A differenza dell'attività di cognizione qui non si tratta di giudicare ma di eseguire perciò l'organo la cui attività viene in rilievo è il così detto organo esecutivo ossia *l'ufficiale giudiziario*. Anche l'attività dell'organo esecutivo è imparziale.

La regola di diritto è accertata con la cognizione. Presupposto dell'azione esecutiva è l'esistenza di un titolo esecutivo *giudiziale* (provvedimento del giudice¹) o *stragiudiziale* (cambiale, assegno bancario, circolare o altro titolo di credito, e atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale).

3) Attività cautelare: che è strumentale rispetto a quella di cognizione o di esecuzione o di entrambe.

La funzione di tale attività, infatti, è di evitare i pericoli (per mezzo di determinate misure quali sequestri provvedimenti di urgenza etc..) che, nel tempo che occorre per ottenere la tutela giurisdizionale (sia di cognizione sia di esecuzione) possono comprometterne il risultato quindi l'effettività (es. Caio, mentre Tizio rivendica la proprietà di un bene, lo aliena ad un terzo) attraverso misure (sequestro, provvedimenti d'urgenza) che impediscono o rendono inefficaci tali situazioni (nel caso l'alienazione).

I presupposti per agire cautelativamente sono due: il *fumus boni iuris*, ossia la probabile esistenza del diritto per cui si agisce, ed il *periculum in mora*, che tale diritto sia soggetto a un pregiudizio imminente e irreparabile.

4) Giurisdizione volontaria: E' giurisdizionale perché attuata da giudici ed opera indirettamente su diritti. Non presuppone nessun contraddittorio tra le parti; può definirsi come una sorta di amministrazione pubblica - ossia da parte dello Stato - di interessi che riguardano i singoli privati. Con questa attività non si tende ad attuare diritti ma a integrare e realizzare la fattispecie

¹ L'unico tipo di sentenza che ha efficacia di titolo esecutivo è quella di condanna.

costitutiva (modificativa o estintiva) di uno stato personale o familiare (es. l'omologazione del tribunale della separazione consensuale tra i coniugi, la dichiarazione di interdizione o di inabilitazione di un soggetto) o di un potere (l'autorizzazione del giudice x l'alienazione dei beni appartenenti ad un minore)... Etc. Tutela interessi dei privati che solo mediatamente investono lo Stato.

Questa attività ha caratteristiche strutturali particolari :

- a) di natura soggettiva ossia la giurisdizione volontaria è attività svolta dagli organi giurisdizionali in una posizione che è quella di imparzialità (come nella cognizione) propria di quegli organi;
- b) si svolge con forme procedurali che presentano l'elemento tipico del concludersi con provvedimenti caratterizzati dalla revocabilità o modificabilità con la conseguente inidoneità della cosa giudicata (a differenza della cognizione le pronunce sono revocabili e modificabili)

Rapporti tra i diversi tipi di attività giurisdizionale

Abbiamo detto che la funzione della cognizione è di accertare il diritto formulandolo in una regola concreta idonea a divenire incontrovertibile assolvendo l'esigenza di certezza e che la funzione dell'esecuzione forzata è di attuare materialmente questa regola (formulata ed accertata) assolvendo quindi l'esigenza dell'attuazione.

- 1) Il più delle volte Queste 2 esigenze sono 2 aspetti dell'unica esigenza di tutela giurisdizionale.

Quando la cognizione ha funzione preparatoria rispetto all'esecuzione il provvedimento che conclude prende il nome di **condanna**.

Nel senso che: per attuare il diritto di Tizio alla consegna di una cosa da parte di Caio, che nega di dover consegnarla, occorre che l'ordinamento acquisti la certezza dell'esistenza del diritto di Tizio e poi che lo attui. In questo caso quindi la cognizione si svolge in funzione dell'esecuzione ed ha funzione preparatoria. Il provvedimento che conclude la cognizione è detto di condanna.

2) A volte però capita che l'esigenza di tutela giurisdizionale si limita alla sola cognizione (quindi accertamento) o nel caso in cui nn c'è stata violazione (nei casi di cognizione costitutiva necessaria, di mero accertamento) o nei casi in cui le conseguenze della violazione possono essere eliminate senza ricorrere all'attività di esecuzione [come accade nell'attività costitutiva non necessaria in cui la violazione consiste nell'inattuazione di una modificazione giuridica (quale la mancata conclusione di un contratto previsto in un contratto preliminare) che può essere attuata dal giudice senza ricorrere all'esecuzione coattiva non forzata.]

3) o alla sola esecuzione , sono i casi in cui l'esecuzione [che presuppone sempre l'esistenza di un titolo esecutivo (cioè il documento che attesta l'esistenza di un diritto certo e che nelle situazioni considerate fino ad ora era di origine *giudiziale* (provvedimento del giudice, precisamente una condanna)] si fonda su titoli esecutivi cd. *stragiudiziali* (cambiale, assegno bancario, circolare o altro titolo di credito, e atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale) contestabili in sede di cognizione con un giudizio che prende il nome di "opposizione all'esecuzione". Cioè la possibilità di dar luogo all'esecuzione senza la cognizione lascia aperta la possibilità di un giudizio di cognizione che accerti l'inesistenza del diritto (in questi casi il giudizio di cognizione prende il nome di **opposizione all'esecuzione**), attuabile da chi ha subito l'esecuzione con l'intento di paralizzare l'esecuzione stessa.

Questo fenomeno del possibile e contemporaneo svolgimento di cognizione ed esecuzione può avvenire anche nel caso in cui il giudizio di cognizione ha condotto ad una condanna ma può essere ancora proposto il secondo grado di giudizio o il giudizio di cassazione.

Infatti l'art 282 stabilisce che la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva fra le parti e prevede la possibilità di sospendere l'esecuzione della sentenza da parte del giudice d'appello. In questi casi, chi intraprende l'esecuzione senza che sussista il massimo grado di certezza (quindi 1°, 2° e cassazione) lo fa a suo rischio, nel senso che l'eventuale pronuncia definitiva in senso contrario all'esistenza del diritto fonda l'obbligo di rimessione in pristino o di risarcire il danno oltre che di rifondere le spese.

I rapporti tra giurisdizione e le altre attività dello stato

La giurisdizione è accanto alla legislazione e amministrazione una delle 3 attività fondamentali dello stato.

Tale attività si distingue

- 1) dall'attività legislativa che detta regole generali ed astratte (norme giuridiche) mentre la giurisdizione opera riferendosi a casi concreti per i quali attua il diritto o formula una regola concreta o le da esecuzione

- 2) dell'attività amministrativa che opera con riferimento a singoli casi concreti ma è svolta non dai giudici ma dagli stessi organi della P.A. che non sono in posizione di imparzialità (come quella dei giudici) anzi la loro attività è orientata a attuare gli interessi dello Stato, ed in base a questo si comprende la caratteristica della modificabilità e revocabilità che distingue l'attività amministrativa da quella giudiziaria.

CAPITOLO II: I REQUISITI DEL PROCESSO

IL PROCESSO COME FENOMENO GIURIDICO:

1. Le situazioni processuali semplici: corrispondono ciascuna ad un singolo specifico comportamento. Il processo «non è altro che lo svolgimento dell'attività giurisdizionale», che si fonda su norme giuridiche perché si tratta di un procedere non materiale, ma giuridico. Le norme giuridiche consistono in valutazioni in astratto di comportamenti umani, e pongono certi soggetti in situazioni rispetto allo schema di comportamento, e cioè situazioni di dovere tenere un certo comportamento, di potere tenere un certo comportamento perché è lecito o di potere tenere un certo comportamento perché produce effetti giuridici. In questo senso, si può sostenere che «il procedere giuridico in cui consiste il processo si realizza attraverso una successione alternata di poteri e di atti»: i poteri introducono gli atti che, a loro volta, danno luogo a situazioni giuridiche di dovere, liceità e, nuovamente, potere.

Tra le varie situazioni giuridiche:

- a) **facoltà**: non contribuiscono alla dinamica del processo poiché si esauriscono in se stesse senza dar luogo a modificazioni giuridiche;
- b) **doveri**: contribuiscono alla dinamica processuale in quanto valutati anche come poteri. Per lo più i doveri concernono soltanto gli organi del processo. **Oneri** sono poteri formulati come doveri ipotetici;
- c) **poteri**: sono le situazioni che attuandosi assolvono alla funzione essenziale di progredire del processo;

Nessuna situazione giuridica è presente nel processo come e quanto il potere: non la facoltà, che è figura marginale (ad es: la facoltà di ritirare il fascicolo di parte); non i doveri, che concernono soprattutto gli organi del processo, ed anche se è vero che, in molti casi, la figura del dovere si accompagna a quella del potere; per le parti, la figura del potere-dovere assume la forma dell'onere.

Pertanto, sono i doveri che assolvono alla funzione del progredire processuale, come situazione processuale semplice.

2. Le situazioni processuali composite: non si riferiscono ai singoli atti del processo, ma al suo risultato globale, all'intera serie di atti. È possibile individuare un generico dovere decisorio del giudice (112 c.p.c.), che si realizza attraverso l'intera serie di atti, e non solo dell'ultimo individuato all'art. 277 c.p.c., e nel quale si concretizza il diritto alla tutela giurisdizionale (24 Cost), che, in astratto, può essere inclusa nella figura tecnica del diritto soggettivo.

IL COSIDDETTO RAPPORTO GIURIDICO PROCESSUALE:

È una nozione introdotta dai giuristi tedeschi, che videro «nel processo un rapporto giuridico, autonomo da quello sostanziale, che si instaura quando un soggetto propone all'organo giurisdizionale una domanda di tutela (e naturalmente di tutela nei confronti almeno di un altro soggetto); un rapporto tra questi due soggetti e l'organo giurisdizionale, e quindi trilaterale, che si sostanzia contemporaneamente nel diritto del primo soggetto alla tutela giurisdizionale, nel dovere dell'organo di prestarla, e nella soggezione del terzo soggetto all'esercizio di tale tutela». Da cui la disciplina della successione nel processo e della rappresentanza processuale, il principio della domanda, la nozione dei presupposti processuali, etc. La dottrina più recente, però, ha messo in luce l'evolversi dinamico del processo, e quindi l'insufficienza della nozione di rapporto giuridico processuale, che è figura statica: il processo «è in realtà una serie di rapporti in continua trasformazione nell'evolversi delle situazioni attraverso l'esercizio dei poteri». Tuttavia, la nozione di processo come rapporto giuridico è ancora attuale nella prassi.

I presupposti processuali

“Presupposto” significa requisito che deve esistere *prima* di un determinato atto perché da quell'atto discendono determinate conseguenze. Riferendosi al rapporto giuridico processuale, i presupposti processuali sono quei requisiti che debbono esistere prima dell'atto col quale si chiede la tutela giurisdizionale, che è la *domanda*.

Essi si distinguono in: *presupposti di esistenza* e *presupposti di validità o di procedibilità* del processo.

1) **I presupposti di esistenza del processo:** requisiti che debbono sussistere prima della proposizione della domanda perché la domanda stessa possa dar vita ad un processo. In realtà, si tratta di un solo macro-requisito: **la giurisdizione**, ossia che quel soggetto al quale la domanda verrà proposta, sia un giudice, e quindi sia dotato del potere di giudicare; questo comporta che, presentata la domanda al giudice, questi sarà comunque tenuto a compiere una pronuncia sul processo, anche se dichiarandosi incompetente e quindi senza entrare nel merito, perché un rapporto processuale esiste; non è da considerare invece presupposto del processo il fatto che la domanda sia volta ad ottenere una tutela giurisdizionale: non si tratta di un requisito antecedente la domanda, ma di un requisito intrinseco alla domanda stessa;

2) **I presupposti di validità o funzionalità o procedibilità del rapporto processuale**, «requisiti che debbono esistere prima della proposizione della domanda perché il processo possa, anziché arrestarsi subito, procedere fino al conseguimento del suo scopo», **cioè** affinché il giudice non si pronunci sul processo, ma giunga a pronunciarsi sul merito della domanda. Essi sono due:

a) per il giudice è **la competenza**, e quindi che il giudice abbia effettivamente il potere di decidere *su quella controversia*

b) per la parte è **la legittimazione processuale**, ossia il potere di compiere atti nel processo, con riguardo sia al soggetto che chiederà la tutela giurisdizionale sia a quello nei cui confronti la domanda verrà proposta.

Esiste un altro ordine di requisiti che non sono presupposti perché la loro esistenza non è richiesta prima della proposizione della domanda, ma della domanda stessa costituiscono *requisiti intrinseci* con riguardo al suo contenuto: *le condizioni dell'azione*.

CAPITOLO 3

La situazione giuridica globale del soggetto che chiede la tutela: l'azione

LA DOMANDA E IL POTERE DI PROPORLA:

Accanto alle situazioni che si dicono semplici (doveri, poteri, facoltà) si possono individuare delle situazioni complesse o composite che, con riguardo a ciascuno dei tre principali protagonisti del processo (il soggetto che chiede la tutela, colui al quale si chiede la tutela, e colui nei cui confronti è chiesta la tutela), ne esprimono le rispettive posizioni giuridiche in modo globale.

Quella serie di atti e di situazioni, che è il processo, si mette in moto a seguito del compimento di un atto ben definito, la domanda.

Il processo, quale situazione giuridica composta, si attiva in seguito al compimento dell'atto della domanda, con il quale «il soggetto che lo compie esercita un ben definito potere, ossia una situazione processuale semplice: il potere di proporre la domanda».

Il problema si sposta allora sul soggetto attivo, l'attore.

L'art. 24 Cost stabilisce espressamente che “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi”. Quindi tutti i cittadini (ma anche gli stranieri, in determinati limiti) hanno il potere di proporre la domanda. Uniche limitazioni ammissibili nei confronti di una statuizione così categorica sono allora contenute nelle norme sulla capacità, che sottraggono la relativa disponibilità dei diritti agli incapaci per attribuirli ai loro rappresentanti legali: il potere di proporre la domanda è dunque spostato dagli incapaci ai loro rappresentanti legali. Nel codice, la domanda assume la forma della citazione o del ricorso. Ma ciò che qui rileva è che «perché la domanda possa assolvere la sua fondamentale funzione di introdurre un processo... non occorre altro requisito, con riguardo alla forma ed al contenuto della domanda, se non quello che essa possa obiettivamente considerarsi tale, che cioè consista in una domanda di tutela»: questo è sufficiente ad ingenerare un processo, anche indipendentemente dalla sua attitudine ad addivenire ad una pronuncia sul merito.

L'AZIONE E LE CONDIZIONI DELL'AZIONE, IN GENERALE:

Il requisito appena illustrato è sufficiente ad ingenerare un processo, e quindi a provocare perlomeno una pronuncia sul processo, ma non anche a provocare una pronuncia sul merito. Questi ultimi sono requisiti ulteriori, e si distinguono in presupposti processuali di procedibilità e requisiti intrinseci della domanda (che non sono presupposti processuali perché circostanze non antecedenti il processo, ma contemporanee alla sua instaurazione).

IN GENERALE:

I requisiti ulteriori intrinseci della domanda «possono essere considerati, tutti insieme, come aspetti di un unico requisito o modo di essere della domanda e cioè di quella che potremmo chiamare la sua accoglibilità». La logica pretende che, per essere accolta, la domanda sia accoglibile; e per essere accoglibile, la domanda deve affermare, nell'ipotesi più semplice, l'esistenza di un diritto, la titolarità di esso in capo all'attore, ed illustrare i fatti che si assume violino il diritto. Questi sono dunque i requisiti per l'accoglibilità ipotetica della domanda, che permette al giudice di non fermarsi ad una mera decisione sul processo (che cioè il processo esiste, ma non può proseguire), ma di entrare nel merito. «Quando la domanda possiede quei requisiti, essa, oltre a costituire esercizio di quel potere di proporre la domanda che l'art. 24 della Costituzione conferisce a "tutti", costituisce al tempo stesso il primo atto di esercizio dell'azione, intesa come quella situazione giuridica composita o sequenza di situazioni che ricomprende in sé l'intera posizione giuridica del soggetto che chiede la tutela giurisdizionale, con riferimento all'intero processo».

LE SINGOLE CONDIZIONI DELL'AZIONE (POSSIBILITA' GIURIDICA, INTERESSE AD AGIRE, LEGITTIMAZIONE AD AGIRE). LA LEGITTIMAZIONE STRAORDINARIA O SOSTITUZIONE PROCESSUALE.

1. Possibilità giuridica (o *esistenza del diritto*): ovvero è condizione dell'azione la «esistenza di una norma che contempra in astratto il diritto che si vuol far valere». Si tratta di una condizione-limite, di un requisito di portata più teorica che pratica; è utile a negare una pronuncia sul merito alle domande di chi, ad esempio, chieda la risoluzione giudiziale di un contratto solo perché non lo ritiene più conveniente, o di chi chiede il divorzio non in via congiunta, ma come «divorzio consensuale».
2. L'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.): si tratta del profilo oggettivo dell'accoglibilità; pragmaticamente, si manifesta nell'affermazione di uno o più fatti costitutivi del diritto previsto da una norma, e nell'affermazione che il diritto è bisognevole di tutela: «in questo bisogno di tutela giurisdizionale che emerge dall'affermazione dei fatti costitutivi e dei fatti lesivi del diritto, sta quella condizione dell'azione che si chiama interesse ad agire». L'interesse ad agire, dunque, non ha ad oggetto il bene attribuito dal diritto sostanziale, ma «quell'ulteriore diverso bene (ossia la tutela giurisdizionale) che può conseguirsi attraverso l'attività giurisdizionale». Dunque, è la violazione o lesione del diritto a costituire il fondamento dell'interesse ad agire, ed esso sta «nell'affermazione, contenuta nella domanda, dei fatti costitutivi e dei fatti lesivi di un diritto».

L'interesse per cui si agisce o contraddice deve essere concreto (ossia deve sussistere concretamente) ed attuale (ossia deve esistere al momento della pronuncia del giudice). Mancando l'interesse ad agire, il giudice non avrà motivo di portare il suo esame sul merito, ma dovrà arrestarsi al rilievo di tale difetto: difetto di interesse e, quindi, difetto di azione.

3. La legittimazione ad agire: l'ipotetica accoglibilità viene in rilievo sotto il profilo soggettivo: la domanda non è accoglibile se il diritto non è affermato come diritto di colui che propone la domanda e contro colui nei cui confronti la domanda è proposta. In difetto, la domanda non è accoglibile per difetto di legittimazione (attiva o passiva). La regola è enunciata all'art. 81 c.p.c., per il quale «fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui». La stessa norma, peraltro, porta in sé la sua unica eccezione, laddove ammette la deroga da parte della legge. In questi casi, si parla di legittimazione straordinaria o sostituzione processuale; tale legittimazione viene ricondotta volta a volta, dal punto di vista politico-legislativo, a ragioni di opportunità (ad es: l'azione surrogatoria ex 2900, o l'azione diretta contro l'assicuratore della responsabilità civile ex 18 l. 990/1969), a esigenze di natura sociale a rilievo costituzionale (ad es: il diritto di associazioni, che fa emergere gruppi composti da singoli, in cui rilevano sia l'esigenza del singolo di tutelare il gruppo, sia la speculare esigenza del gruppo di tutelare il singolo), in genere riferibili alle categorie di cd interessi diffusi: un esempio è contenuto nell'attribuzione al sindacato della legittimazione attiva contemplata dall'art. 28 l. 300/70; altro esempio sono gli artt. 1469bis e sgg c.c. (ora riassorbiti nel d.lgs. 206/2005 cd. Codice del Consumo) che definiscono la tutela contro le clausole vessatorie o abusive nei contratti degli interessi collettivi dei consumatori, con attribuzione del potere di agire in via inibitoria alle associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti; simile potere è riconosciuto anche dalla l. 281/1998, adesso anch'esso riassorbito nel Codice del Consumo, alle associazioni di consumatori e utenti, che possono chiedere al giudice 1) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi di consumatori e utenti; 2) di adottare le misure idonee a correggere

o a eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; 3) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani; è prevista un'estensione per i contratti a distanza; inoltre, l'azione dell'associazione non pregiudica il diritto all'azione del singolo utente.

L'assenza di uno o più requisiti per l'azione comporta la pronuncia sul processo, anziché sul merito. Il che impedisce il formarsi di un giudicato sul merito.

L'AZIONE COME DIRITTO AD UN PROVVEDIMENTO SUL MERITO: AUTONOMIA ED ASTRATTEZZA:

1. L'azione come diritto: Se sussistono le tre condizioni della possibilità giuridica d'agire, dell'interesse ad agire e della legittimazione ad agire, l'attore vanta un diritto «alla cui base sta quell'interesse alla tutela giurisdizionale [...], che si articola nella serie dei poteri con i quali colui che ha proposto la domanda svolge la sua attività». Si tratta di un diritto autonomo e strumentale rispetto al diritto sostanziale che si fa valere. «l'azione è il diritto che spetta al titolare affermato (ossia a colui che nella domanda si afferma titolare) del diritto sostanziale, nei confronti del soggetto passivo affermato dello stesso diritto sostanziale [...] non ha, come suo contenuto, una prestazione del titolare passivo dello stesso diritto sostanziale, bensì la prestazione di un altro ed autonomo soggetto: il giudice (o, più in generale, l'organo giurisdizionale) che nel processo opera come organo dello Stato. [...] l'azione è diritto verso il giudice (come organo dello Stato) ad un provvedimento sul merito». Il problema dei rapporti tra diritto d'azione e diritto sostanziale è normalmente ricondotto al problema dell'astrattezza e dell'autonomia del diritto d'azione. Il diritto d'azione è autonomo rispetto al diritto sostanziale ed è astratto rispetto ad esso in quanto l'esistenza del diritto d'azione non dipende dall'esistenza del diritto sostanziale. L'esistenza del diritto d'azione dipende invece dall'affermazione del diritto sostanziale nella domanda. Affermazione inoltre del fatto che è un diritto abbisognevole di tutela, spettante a colui che propone la domanda e nei confronti di colui contro il quale è proposta la domanda.

2. Le dottrine sui rapporti tra diritto d'azione e diritto sostanziale:

- I. Azione in senso concreto: «l'azione, pur essendo un diritto autonomo, e cioè diverso dal diritto sostanziale che con essa si fa valere, ne presuppone l'esistenza poiché [...] non ha senso chiedere la tutela di un diritto che non esiste»; l'azione sarebbe dunque un diritto ad ottenere un provvedimento favorevole.
 - II. Azione in senso astratto: il diritto sostanziale è affermato solo alla fine del processo; pertanto, l'azione è diritto ad un provvedimento nel merito desiderato favorevole nelle intenzioni di chi agisce.
- A MANDRIOLI questa sembra la posizione più condivisibile, anche se deve essere temperata nella sua astrattezza. Il processo è dinamico e l'esistenza dell'azione non può né dipendere né prescindere dall'esistenza di un diritto sostanziale; l'azione è un diritto «solo parzialmente astratto, in quanto postula un aggancio al diritto sostanziale: l'aggancio consistente nell'affermazione, nel senso che l'esistenza dell'azione è condizionata dal fatto che il diritto sostanziale sia affermato nella domanda».

LE AZIONI DI COGNIZIONE:

«Se l'azione è diritto alla tutela giurisdizionale, è chiaro che esisteranno tanti tipi di azione quanti sono i tipi di attività di tutela giurisdizionale». Pertanto si parla di azione di cognizione, esecutiva, cautelare, come diritti rispettivamente, al provvedimento di merito, all'esecuzione forzata, al provvedimento cautelare. Elemento comune di ogni azione di cognizione è l'accertamento del diritto che si vuol far valere.

Le azioni di cognizione possono essere distinte in diversi sotto-tipi.

AZIONE DI MERO ACCERTAMENTO

L'interesse ad agire si presenta in quanto «determinato non dalla affermazione della violazione, ma dalla affermazione della contestazione»: se la domanda non contiene anche l'affermazione di una violazione, la domanda di accertamento mero è inammissibile. Si può distinguere tra contestazione affermativa (vanto di un diritto che chi agisce afferma inesistente) (cd azione di mero accertamento negativo) e contestazione negativa (cd azione di mero accertamento positivo).

AZIONE DI CONDANNA

Si svolge in funzione dell'esecuzione forzata: oltre all'accertamento del diritto, si chiede «quel quid in più che serve ad aprire ad aprire la via all'esecuzione forzata, che cioè fa sì che la condanna costituisca titolo esecutivo». «Se, insomma, l'esistenza di tutela emerge, nella domanda, come conseguente all'affermazione di

un diritto semplicemente contestato (o vantato) e perciò abbisognevole solo di certezza obiettiva, l'azione è di accertamento mero, se invece la domanda contiene l'affermazione di un diritto violato e di un conseguente bisogno di restaurazione sul piano materiale, l'azione è di condanna». Tale criterio è l'unico utile per determinare se la sentenza è suscettibile di esecuzione forzata. La caratteristica dell'azione di condanna è dunque «nell'accertamento dell'esigenza di ulteriore tutela mediante esecuzione forzata nonché nell'accertamento dei presupposti per far luogo all'esecuzione forzata. Il passaggio in giudicato di questo accertamento fonda la c.d. actio iudicati rompendo il collegamento con la precedente ragione del credito». Il nostro ordinamento conosce alcune varianti rispetto alla azione/sentenza di condanna consistente nell'accertamento dell'an e del quantum attuali:

1. condanna generica (278 c.p.c.): l'art. 278 c.p.c. prevede la scindibilità della pronuncia sull'an di una determinata prestazione rispetto al quantum. Questo accade quando durante lo svolgimento di un giudizio si delinea una certezza sul se e non ancora sul quantum; in tal caso l'organo che ha il compito di pronunciare la sentenza può pronunciare la condanna generica con una sentenza non definitiva e lasciando la pronuncia sul quantum ad un'altra fase dello stesso processo od a un'eventuale successivo processo.

Tale condanna «non potrà fondare un'esecuzione forzata fin a quando non sarà integrata con un'altra condanna, concernente il quantum». Tuttavia, la condanna è tale ad altri effetti, quale ad esempio per iscrivere ipoteca. «Altro problema è poi quello di vedere se per la pronuncia della condanna generica è sufficiente l'accertamento di un danno potenziale, come la Cassazione suole affermare, o se invece occorre l'accertamento di un minimo danno effettivo»

2. condanna condizionale: nella categoria rientrano sia le ipotesi in cui il giudice faccia dipendere l'esecuzione da un certo evento futuro e incerto (condanna condizionale in senso proprio) sia l'ipotesi in cui la condizione sia prevista dal diritto sostanziale, e la sentenza sarà dunque di accertamento mero fino all'evento, e di condanna successivamente (condanna a prestazione condizionata dove la sentenza sarà di condanna solo dopo l'avveramento della condizione).

3. condanna in futuro: , quando le azioni sono dirette a ottenere una condanna attuale ad una prestazione soggetta a un termine e perciò eseguibile solo dopo il decorso di tale termine. (ad esempio: convalida di sfratto per finita locazione prima della scadenza). L'azione è ammissibile solo se configurata come azione di accertamento, perché l'organo giurisdizionale non può pronunciare una condanna prima della violazione, salvo le ipotesi (come, appunto, la convalida di sfratto) in cui la legge stessa le ammette, eccezionalmente. Oltre alla convalida di sfratto, «in questa categoria vanno probabilmente incluse anche le condanne a prestazioni alimentari o di mantenimento [...] eseguibili di mano in mano che maturano i periodi di riferimento [...] alcuni titoli esecutivi riferiti a prestazioni periodiche, introdotti da legislatore in occasione della riforma del diritto di famiglia, nonché, più in generale gli accertamenti di facoltà o di obblighi relativi a situazioni giuridiche ad effetti durevoli nel tempo, come tipicamente accade nelle inibitorie». In ogni caso, le condanne in futuro non sono una figura generale del nostro ordinamento.

4. accertamento con prevalente funzione esecutiva: si tratta di azioni la cui unica funzione è l'accesso più rapido possibile all'esecuzione forzata. Esse si svolgono con una cognizione sommaria ossia si svolgono in maniera accelerata per conseguire il più rapido accesso all'esecuzione forzata.

La cognizione, pertanto, è sommaria. Può esserlo perché un es. è costituito dal procedimento ingiuntivo caratterizzato dalla possibilità di una pronuncia senza neppure sentire l'altra parte, salvo però il potere di quest'ultima di contestarlo introducendo un giudizio ordinario.

O perché incompleta (es: come nelle condanne con riserva dove la condanna viene pronunciata nonostante che l'esame di alcune questioni sia stato accantonato per essere compiuto in seguito, come ad esempio i procedimenti per ordinanza di rilascio, o alcuni procedimenti sui titoli di credito).

AZIONE COSTITUTIVA

Per quanto riguarda l'azione costitutiva oltre ad accertare il diritto a una modificazione giuridica si distingue dalla sentenza di condanna in quanto consente un'attuazione del diritto da accertare direttamente dal giudice. Questo perché non è necessario operare nel mondo materiale attraverso l'attività dell'organo esecutivo, ma solamente nel mondo degli effetti giuridici. (modificazione giuridica)

A differenza della giurisdizione costitutiva non necessaria, «l'interesse ad agire è ... in re ipsa, ossia nello stesso fatto costitutivo del diritto alla modificazione giuridica». Il diritto che si intende far valere ed accertare è volto ad una modificazione giuridica: l'accertamento semplice non soddisfa questo qui pluris. L'attuazione del diritto, in questo caso (e a differenza che nell'azione di condanna) può essere compiuta direttamente dal giudice, senza rinvio ad altra fase esecutiva.

AZIONE PREVENTIVA? Non sembra configurabile un autonomo tipo di autorizzazione preventiva. Sebbene proposta da molti autori, deve esserne negata la configurabilità. Si tratta in realtà di azioni sussumibili sotto le tre categorie sopra evidenziate, che hanno la funzione, comune, di tutela preventiva del diritto fatto valere.

In conclusione si può dire che nei diversi tipi di azione di cognizione l'accertamento costituisce l'elemento comune e costante a ciascuno di essi. Però mentre nell'accertamento mero esso esaurisce la funzione di tutela, negli altri due casi si richiede un elemento in più. Nella condanna infatti è richiesta un'ulteriore tutela attraverso l'esecuzione forzata, e nell'azione costitutiva un'ulteriore tutela attraverso l'attuazione della modificazione giuridica che costituisce l'oggetto del diritto accertato.

L'AZIONE ESECUTIVA E L'AZIONE CAUTELARE:

La nozione di azione come diritto ad ottenere un provvedimento sul merito è valida solo nell'ipotesi dell'azione di cognizione, nel suo senso più pregnante. Con riguardo all'azione esecutiva e all'azione cautelare sembra più corretto riferirsi all'azione come ad un diritto alla tutela giurisdizionale o diritto all'attività processuale, ulteriormente specificata in relazione alla singola azione intrapresa.

1. azione esecutiva: Nell'azione esecutiva o diritto alla tutela giurisdizionale mediante esecuzione forzata, il processo da essa introdotto tende all'esecuzione materiale di un diritto già accertato la quale esecuzione va compiuta da parte dell'organo esecutivo. Dunque l'accertamento costituisce il punto di partenza, assimilabile a ciò che, nella cognizione, è l'affermazione. Unica condizione necessaria e sufficiente dell'azione esecutiva è il titolo esecutivo: l'interesse ad agire e la possibilità giuridica emergono dal fatto che il diritto è accertato nel titolo esecutivo; la legittimazione è implicita nella coincidenza tra i soggetti dell'azione e quelli del titolo. Si tratta di un diritto autonomo dal diritto sostanziale. Il titolo è efficace incondizionatamente: gli eventi inerenti il diritto accertato non toccano l'efficacia del titolo, se non attraverso un altro giudizio di cognizione (opposizione all'esecuzione) (cd efficacia incondizionata del titolo esecutivo). Oggetto del diritto non è un provvedimento favorevole, ma solo l'attività che porta, se tutti i requisiti richiesti dalla legge sono soddisfatti, al provvedimento favorevole.

2. azione cautelare: L'azione cautelare o diritto alla tutela giurisdizionale mediante cautela (destinata ad ovviare i pericoli che minacciano la fruttuosità della tutela giurisdizionale) si attua in concreto innanzitutto con la determinazione della certezza (nella misura che l'ordinamento ritiene sufficiente) riguardo alle ragioni per cui è necessario l'intervento cautelare.

Tali ragioni sono:

- 1) il pericolo al quale il ritardo di tempo necessario a ottenere il provvedimento definitivo può esporre il diritto (*periculum in mora*);
- 2) la dimostrazione che il diritto che si vuole tutelare esista (*fumus voni juris*), cioè un'approssimativa verosimiglianza circa l'esistenza del diritto stesso. Dove la verosimiglianza è «qualcosa di più dell'affermazione e qualcosa di meno dell'accertamento».

Questi requisiti sono da riscontrare subito e fanno parte della prima fase dell'azione cautelare e tale fase conduce ad un provvedimento del giudice che autorizza la misura cautelare. Nella fase successiva vi è invece l'esecuzione della misura cautelare.

L'azione cautelare si svolge dunque in due fasi: la prima, più propriamente cautelare, porta all'autorizzazione da parte del giudice della cautela, che viene realizzata in una seconda fase, di tipo esecutivo.

CAPITOLO IV : LA SITUAZIONE GIURIDICA GLOBALE DEL SOGGETTO CHE PRESTA LA TUTELA. IL DOVERE DECISORIO DEL GIUDICE E I SUOI LIMITI

IL CONTENUTO DEL DOVERE DECISORIO DEL GIUDICE: IL GIUDIZIO

Colui al quale si chiede la tutela giurisdizionale è “L'organo giurisdizionale” (giudice o organo esecutivo) che ha il dovere di prestare quella tutela. A tale dovere l'organo assolve con modalità e comportamenti diversi, secondo il tipo di tutela che deve prestare. Quindi nella cognizione deve decidere sull'esistenza o meno di un diritto, nell'esecuzione forzata deve svolgere le attività preordinate all'attuazione effettiva del diritto, nella cautela deve compiere entrambe le cose. Con riferimento al processo di cognizione si può dire che :

A fronte del diritto di azione come diritto ad un provvedimento sul merito sta dunque il “dovere dell'organo giurisdizionale, che qui è il giudice, di compiere tutti quegli atti che, coordinandosi a vicenda (ed in correlazione anche con gli atti degli altri soggetti del processo) conducono alla pronuncia, da parte sua, del provvedimento sul merito, ossia della decisione” .Il che è reso chiaro dall'art. 112 c.p.c.: “il giudice deve decidere su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa”.(enunciando il c.d. corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato)

L'art dice in pratica 3 cose: a) che il giudice deve decidere b) tale dovere è condizionato dalla domanda (correlazione del dovere decisorio alla domanda) c) precisa l'oggetto della decisione stabilendo che i limiti del dovere decisorio devono coincidere con i limiti della domanda (confini (oggetto ed ambito)del dovere decisorio).

a) “IL GIUDICE DEVE DECIDERE”: prima di vedere in che consiste la pronuncia sul merito (che è il dovere del giudice) occorre ricordare che “il legame tra domanda e pronuncia investe in primo luogo proprio l'attitudine della domanda a fondare il diritto ad una pronuncia sul merito piuttosto che sul processo” : infatti qualunque domanda conduce ad una pronuncia, ma la domanda inidonea a fondare una decisione sul merito produce effetti solo formali (pronuncia sul processo).

Quindi Solo una domanda qualificata dalle condizione dell'azione può fondare il dovere del giudice a pronunciarsi sul merito, mentre una domanda priva di una o più condizioni dell'azione o una domanda invalida, fonda il più generico dovere del giudice di compiere una pronuncia sul processo.

Cos'è quindi la pronuncia sul merito ? “è precisamente un giudizio destinato ad accertare l'esistenza o la non esistenza di quel diritto che è affermato nella domanda, ossia di quel diritto la cui affermazione, insieme con l'affermazione della sua esigenza di tutela, qualifica la domanda come atto di esercizio dell'azione” . Se si ricorda che l'accertamento dell'esistenza del diritto consiste nell'accertamento che i fatti previsti in astratto dalla norma come fatti costitutivi del diritto si sono verificati , si può dire che il contenuto del **dovere decisorio** del giudice (la decisione o giudizio) si articola in 2 momenti :

- nell'enunciazione in astratto della portata attuale della norma (c.d. interpretazione della norma o *giudizio sul diritto*)
- nel riscontro che, nel caso concreto, si sono verificati i fatti costitutivi e gli eventuali fatti lesivi (c.d. *giudizio di fatto*).

La sintesi di questi due momenti è detta *sillogisma del giudice* o giudizio, cioè l'enunciazione che in quel determinato caso la volontà astratta di legge enunciata è (o no) divenuta concreta , e che è (o no) bisognevole di tutela. Tutto a conferma (o smentita) di quanto affermato dall'attore nella domanda.

In altri termini il giudice verifica l'enunciazione astratta della portata attuale della norma (giudizio di diritto o premessa maggiore) e ne riscontra i caratteri nel caso concreto (giudizio di fatto o premessa minore).

Il sillogisma quindi è una semplificazione di una serie di operazioni complesse che danno luogo a 2 giudizi (uno di diritto ed una di fatto), giudizi che nn sono indipendenti l'uno dall'altro ma spesso si fondono e coordinano a vicenda, per questo è difficile distinguerli, senza dimenticare che l'impiego nella norma di concetti indeterminati rende spesso impossibile la distinzione tra le due valutazioni e che la legge a volte lascia al giudice la scelta tra diverse soluzioni.

Va comunque ricordato che ciascuna delle due premesse costituisce il risultato di un giudizio: “il compito del giudice sta più nell'elaborazione di quelle premesse che non nello svolgimento del sillogismo” .

b) LA CORRELAZIONE CON LA DOMANDA : Il dovere decisorio del giudice è attività dovuta, non spontanea in quanto è richiesta da colui che esercita l'azione. Essa è dovuta nei limiti in cui è richiesta [... ed] essa dovrà effettuarsi precisamente su quel diritto o diritti affermati (altrimenti se ci fosse un margine di diritto su cui non si compie la pronuncia ci sarebbe *omissione di pronuncia*), e non oltre l'ambito del diritto o dei diritti affermati (perché altrimenti il giudice svolgerebbe un'attività non richiesta e la pronuncia sarebbe affetta da *vizio di ultrapetizione*).

Il fatto che il dovere decisorio sorga solo in quanto è stata proposta una domanda emerge dall'art 2907 c.c secondo cui la "tutela giurisdizionale dei diritti è prestata su domanda di parte...". Tale articolo si ispira ad un principio fondamentale detto *principio della disponibilità della tutela giurisdizionale* per il quale il titolare (affermato) del diritto sostanziale è libero di chiedere oppure non chiedere tale tutela, come di rinunciare ad essa una volta chiestala.

Tale disponibilità è evidentemente correlata:

- con la disponibilità del diritto sostanziale che si intende far valere, poiché chiedere o non chiedere la tutela di quel diritto è un modo di disporre di esso. Nel caso di diritti sostanziali indisponibili la tutela può essere eccezionalmente chiesta dal pubblico ministero.
- con la regola del processo definita dall'art. 99 c.p.c. secondo la quale : "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente" (c.d. *principio della domanda*): il dovere decisorio del giudice è dipendente dalla domanda e quindi dall'iniziativa di chi la propone, il che implica che chi propone la domanda, e solo lui, ha una sorta di esclusiva sul diritto al processo, e che il dovere decisorio del giudice nasce solo se c'è una domanda che vincola e limita il giudice con riguardo:
 - al tipo di azione esercitata: di accertamento, di condanna oppure costitutiva
 - al contenuto del giudizio (di diritto e di fatto).

c) I CONFINI DEL DOVERE DECISORIO DEL GIUDICE :Il dovere di decidere dipende dalla domanda anche riguardo la sua estensione o i suoi limiti. Cioè chi propone la domanda vincola il giudice non solo al dovere di pronunciarsi ma al dovere specifico di pronunciarsi sull'estensione della domanda. Chi propone la domanda ha quindi una esclusiva sull'oggetto del processo.

Questo è detto *Principio (o vincolo) della disponibilità dell'oggetto (sostanziale) del processo* .

Il vincolo al giudice opera

a. con riguardo al tipo di azione esercitata: è necessaria la correlazione tra tipo di azione esercitata e tipo di sentenza che il giudice deve pronunciare, pena vizio di ultrapetizione o, all'inverso, di omissione (parziale) di pronuncia (se il giudice a cui è chiesta una condanna pronuncia una sentenza di mero accertamento).

b. con riguardo al contenuto del giudizio: noi sappiamo che il giudizio si articola in 2 momenti (giudizio di diritto e giudizio di fatto) . Occorre domandarsi se il vincolo opera con riguardo a entrambi i momenti del sillogismo giudiziale, o per uno solo di essi. "Per rispondere a questa domanda, occorre contrapporre la generalità della volontà astratta di legge alla specificità dei fatti costitutivi. Da un lato, infatti, la volontà astratta della legge [...] non può costituire oggetto di un'esclusiva. Dall'altro lato, la stessa cosa non può invece dirsi dell'indicazione o allegazione dei fatti costitutivi, che, appunto perché assolvono a codesta funzione costitutiva o concretante della volontà di legge, vanno indicati o allegati nella loro individualità, sicché è proprio nei loro riguardi che si manifesta l'esclusiva dell'attore nella determinazione del dovere decisorio del giudice".

1).per quanto riguarda quindi il giudizio di diritto vale il principio iura novit curia: "il giudice è libero di applicare le norme di diritto che meglio ritiene adattabili al caso concreto, ossia di mutare la qualificazione giuridica" . Il principio è desunto dal tenore dell'art. 113 c.p.c.: "Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto", e cioè tutte le norme, non solo a quelle richiamate dalla domanda. Il giudice è quindi libero di applicare la norma che meglio crede, indipendentemente che sia stata invocata dalla parte interessata . Questa sua libertà si esplica in primis nel momento interpretativo della norma: "il giudice non è in alcun modo tenuto ad uniformare la sua interpretazione della norma a quella di precedenti pronunce ancorché al più alto livello, quali quelle della Corte di Cassazione" .

Va notato comunque che il giudice può, anche d'ufficio, assoggettare la norma interpretata al controllo di conformità alla Costituzione o al Diritto Comunitario, sottomettendo la questione rispettivamente alla Corte costituzionale e alla CGCE, previa sospensione del giudizio.

2).per quanto riguarda i fatti la legge non contiene una enunciazione esplicita dell'esclusiva della parte nell'allegare i fatti costitutivi. Questa esclusiva risulta implicita dall'art 112 che enuncia la regola fondamentale (la si chiami principio tra chiesto e pronunciato o principio della disponibilità dell'oggetto del processo) secondo cui *“Il potere di determinare l'ambito dell'oggetto del processo, in modo vincolante per il giudice, spetta a chi propone la domanda, il quale lo esercita con la proposizione della domanda stessa, ma più precisamente soltanto con quella parte dell'atto medesimo nella quale egli afferma e allega i fatti costitutivi e i fatti lesivi, escluso invece ogni rilievo, sotto questo profilo, a quella parte dell'atto in cui quei fatti sono riferiti alle norme giuridiche”* .

Tutto ciò significa in pratica che il giudice deve giudicare su tutti i fatti allegati o affermati nella domanda e solo su quelli (iudex secundum allegata iudicare debet) ma a quei fatti può applicare le norme di diritto che ritiene più adeguate, siano o non siano indicate nella domanda. E a maggior ragione il giudice è libero di interpretare le norme giuridiche nel modo che ritiene più corretto, sia o non sia stata, quella interpretazione prospettata nella domanda e il giudice (che è quindi vincolato rispetto ai fatti allegati ma non rispetto alle norme) può accogliere o non accogliere la domanda o accoglierla in parte.

LA PRONUNCIA SECONDO EQUITÀ' (sostitutiva)

Il principio della pronuncia secondo diritto, di cui all'art. 113 c.p.c. secondo cui il giudice deve, nel giudicare, seguire le norme del diritto., è immediatamente derogato dallo stesso disposto e dal successivo articolo, che individuano le ipotesi di pronuncia secondo equità (quindi delle eccezioni).

La lite, in altri termini, è un conflitto che normalmente viene risolto in base alle norme ma che può anche prescindere dalle norme stesse ed essere preso in considerazione nella sua realtà sociale ed economica.

Cioè il conflitto sorto] non potrà essere risolto – ove si voglia, come si deve, evitare il mero arbitrio – che con riferimento ed in applicazione di una regola: ma nessuna necessità logica impone che quella regola debba essere sempre la regola astratta o norma di diritto”. Può essere opportuno, alle volte, che il giudice formuli e applichi una regola particolare idonea solo allo specifico caso concreto sulla base di orientamenti sociali e morali identici a quelli che ispirano il legislatore : si tratta della regola di equità o di giustizia del caso singolo.

Col giudizio di equità il giudice giudica applica, anziché la norma generale ed astratta, una regola specifica per il caso concreto che elabora nella propria coscienza . Si parla di **equità sostitutiva** che si sovrappone e deroga alla giustizia (regola) generale ed astratta risultante dalla norma.

Nel nostro ordinamento il ricorso al giudizio di equità non può essere imposto alle parti ed è ammesso in via del tutto eccezionale entro precisi limiti:

- quando è imposto o necessario e riguarda solo il giudizio innanzi al giudice delle cause minori o giudice di Pace come previsto dall'art. 113 c.p.c., 2° comma: il giudice decide secondo equità le cause (senza limite di materia) il cui valore non eccede 1.100 euro, salve le ipotesi di contratti conclusi con moduli e formulari ex art.1342c.c.;
- quando il giudizio è innanzi ai giudici cd. “togati” e senza limiti di valore non è imposto. L' art 114 cpc. , senza limiti di valore e in ogni grado , quando entrambe le parti siano concordi nell'attribuire al giudice il potere di giudicare secondo equità e la controversia concerna diritti disponibili.

Queste le ipotesi di equità sostitutiva, cui vanno aggiunte le ipotesi di **equità integrativa** che consiste in un giudizio fondato sulla norma che rimanda all'equità solo per specificare elementi non configurabili in astratto (es. la determinazione del danno che non può essere provato nel suo ammontare)

IL PRINCIPIO DELLA DISPONIBILITÀ' DELLE PROVE. SISTEMA INQUISITORIO E SISTEMA DISPOSITIVO. IL PRINCIPIO DELLA LIBERA VALUTAZIONE DELLE PROVE

Abbiamo detto che il vincolo della corrispondenza tra chiesto e pronunciato opera solo con riguardo ai fatti, cioè il giudice, nell'esprimere il giudizio, è vincolato ai fatti allegati dalle parti (non può investire altri fatti) Ora Rimane da comprendere se tale vincolo si estenda anche agli strumenti utilizzati dal giudice per compiere l'operazione di giudizio sui fatti (cioè per riscontrare se i fatti allegati sono veri o no) .

Questi strumenti (con cui il giudice forma il proprio convincimento sulla verità dei fatti affermati dalle parti) sono le Prove. Ora le prove sono offerte tanto dall'attore nella domanda (essendo l'intento dell'attore "convincere il giudice sulla verità che afferma esibirà documenti, affermerà che ci sono dei testimoni.. etc) tanto dal convenuto nella contro domanda.

Ci si chiede quindi se il giudice, nel formare il suo convincimento circa la verità dei fatti affermati nella domanda dell'attore o nella contro-domanda del convenuto, è tenuto a servirsi soltanto delle prove che gli sono offerte dall'una o dall'altra parte, oppure può, di sua stessa iniziativa (d'ufficio) adoperarsi o comunque disporre delle prove che gli sembrano utili per il giudizio.

L'art. 115 c.p.c. prevede tale vincolo disponendo che "salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve portare a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero"

Quindi il giudice è (di regola) vincolato non solo dall'allegazione dei fatti compiuta dalle parti, ma anche dalle prove delle parti stesse circa i fatti affermati.

Questo doppio vincolo è espresso dall'principio *judex secundum alligata et probata iudicare debet*.

Il fatto che i 2 vincoli siano espressi in un unico principio non è stata un'idea felice per 2 motivi:

1) Il principio è in qualche modo inesatto nell'espressione *probata*, che sembra indicare il già avvenuto esperimento positivo del mezzo di prova, e sarebbe più corretto riferirsi alle "circostanze che le parti hanno offerto di provare".

2) La formula sembra inoltre imprecisa perché i 2 vincoli non hanno lo stesso fondamento poiché il principio *secundum alligata iudicare* che si esprime nella regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato o della disponibilità dell'oggetto del processo discende dal principio della domanda, e quello del *secundum probata iudicare* che vincola il giudice alle offerte di prove compiute dalle parti, trova invece fondamento nel principio di disponibilità delle prove o principio dispositivo. Questo non è collegato al principio della domanda e quindi alla libertà dell'attore di chiedere o no la tutela giurisdizionale, ma presupponendo che la richiesta sia già stata fatta riguarda "solo un limite, per il giudice, nel servirsi di quegli strumenti tecnici di convincimento che sono le prove. Si tratta insomma di un vincolo che concerne il modo tecnico con il quale il giudice svolge la sua attività decisoria"

La scelta del nostro ordinamento tra un sistema inquisitorio (che lascia al giudice ampia facoltà di iniziativa nell'avvalersi dei mezzi di prova) e un sistema dispositivo è per un sistema dispositivo attenuato: visto che l'art. 115 fa salvi i casi previsti dalla legge. I "casi previsti dalla legge" che attenuano il sistema di disponibilità delle prove lasciando il giudice libero di avvalersi di strumenti di convincimento non offerti dalle parti sono:

- **i fatti notori** l'art. 115, c. 2, c.p.c. stabilisce che "il giudice può porre a fondamento della sua decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza";
- **la richiesta d'ufficio di informazioni scritte alla Pubblica Amministrazione**. art. 213 c.p.c
- l'art. 118 c.p.c. consente al giudice di **disporre d'ufficio l'ispezione di persone o cose**;
- **il potere di disporre dell'interrogatorio libero delle parti**. art. 117 c.p.c. (libero o non formale, che anziché tendere alla confessione tende attraverso un colloquio libero e spontaneo a facilitare il giudice e a permettergli (sentite entrambe le parti) di formare un suo convincimento)
- l'art. 116, c. 2, c.p.c. dispone che "il giudice può trarre argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno [in sede di interrogatorio libero], dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinato e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo" che talora possono costituire unica fonte del suo convincimento.

L'art. 116, c. 1, c.p.c. contiene una regola importante, cioè fermo restando il vincolo assoluto a conoscere i soli fatti allegati ed a servirsi delle sole prove offerte dalle parti, il giudice ha il potere di valutare le prove "secondo il suo prudente apprezzamento", salvo che la legge non disponga altrimenti. Si tratta del principio della libera valutazione delle prove. La norma stessa contiene tuttavia una clausola di salvezza per le c.d. prove legali, la cui valutazione è vincolata.

Infine, altra regola in tema di prove è *la regola dell'onere della prova*, contenuta nell'art. 2697 c.c. che riguarda la preventiva determinazione delle conseguenze dell'eventuale mancata prova delle circostanze del fatto affermate dall'una o l'altra parte.

[Sussistono numerosi elementi inquisitori invece nel processo del lavoro (artt. 420, c. 1 e 421 c.p.c.) e nel procedimento di divorzio (art. 4, c. 8 l. 898/1970 dispone l'assunzione d'ufficio dei mezzi di prova, limitati poi dalla l. 74/1987 alle sole indagini sul reddito e sul precedente tenore di vita). Nel procedimento di fronte al giudice monocratico l'art. 281ter c.p.c. attribuisce al giudice il potere di disporre d'ufficio la prova

testimoniale]

IMPULSO DI PARTE E IMPULSO D'UFFICIO. LA FUNZIONE DEL PUBBLICO MINISTERO NELL'AMBITO DEL SISTEMA AD IMPULSO DI PARTE

La distinzione tra sistema a impulso di parte e sistema a impulso d'ufficio non è tanto simmetrica e netta quanto quella tra sistema dispositivo e sistema inquisitorio.

Considerato come la disponibilità della tutela giurisdizionale discende dalla disponibilità dei diritti, “appare evidente che, almeno nei limiti in cui si tratta di far valere diritti disponibili, la scelta per il sistema a impulso di parte non ha alternativa, se non con riguardo a situazioni particolari o marginali, quali debbono considerarsi quelle di cui alla riserva per la prestazione della tutela giurisdizionale d'ufficio prevista dall'art. 2907 c.c., o con riguardo a talune iniziative interne al processo che sono pronunce d'ufficio solo in senso indiretto”

Sicché tutto il nostro sistema della tutela giurisdizionale, riferito ai diritti disponibili, non può che essere ispirato al principio dell'impulso di parte, che a sua volta ispira la tecnica del nostro processo civile.

Perciò, quando i diritti oggetto del processo sono indisponibili perché coordinati con interessi pubblici, il mantenimento della tecnica ispirata all'impulso di parte implica la configurazione di un soggetto appositamente creato per operare nel processo come parte e che esercita l'impulso di parte nell'interesse pubblico. Tale soggetto è il Pubblico Ministero che, dotato di poteri analoghi a quelli delle parti, in una misura che varia a seconda del grado di indisponibilità dei diritti, li esercita nell'interesse pubblico.

IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO E IL DIRITTO COSTITUZIONALE ALLA DIFESA

Per completare l'esame delle regole che riguardano la posizione del giudice rimane una regola fondamentale codificata dall'art. 101 c.p.c.: il principio del contraddittorio secondo il quale: “il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa”.

La disposizione ha riguardo, anzitutto, al soggetto passivo, cioè a colui che “secondo quanto è affermato e chiesto nella domanda stessa, dovrà subire le conseguenze del richiesto provvedimento del giudice”.

La norma dunque impone al giudice il divieto di pronuncia senza che sia stato realizzato un preciso adempimento: la regolare citazione del soggetto passivo. Attraverso la consegna ufficiale dell'atto di citazione, in modo che si possa consentire al soggetto passivo di comparire innanzi al giudice e contrastare la richiesta dell'attore con l'eventuale proposizione di una contro domanda.

Da questa regola si risale al principio dell'uguaglianza formale delle parti, secondo cui “chi subirà gli effetti del processo deve poter assumere in quel processo un ruolo attivo che possa influire sull'esito dello stesso”, il processo infatti è uno strumento di giustizia e non di sopraffazione di una parte sull'altra. Lo strumento per attuare in concreto questo ruolo attivo è la difesa considerata dall'art 24 della Costituzione come un diritto inviolabile in ogni grado e fase del processo, la cui portata è allargata da un'altra norma della costituzione l'art 111 c.2 secondo cui ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizione di parità davanti al giudice terzo ed imparziale. Il principio del contraddittorio rientra in questo quadro costituzionale.

Il convenuto deve essere posto oltre che in condizioni di uguaglianza rispetto all'attore anche in condizioni di difendersi, e per difendersi occorre che sappia cosa si chiede contro di lui e quando, come e quale giudice esaminerà la domanda e cosa deve fare per contrastare quella domanda, queste sono le ragioni per cui l'esercizio del potere-dovere di giudicare del giudice è subordinato alla regolare citazione del convenuto. L'art. 101 c.p.c. prosegue con la locuzione “e non è comparso”: Considerato quanto sopra, la comparizione è “un sintomo del fatto che quel soggetto sia stato in concreto posto in condizioni di conoscere le modalità della sua chiamata davanti al giudice”: la comparizione è considerata “come un requisito sostitutivo, e non aggiuntivo, rispetto alla regolare citazione o, per essere più esatti, alla regolarità della citazione”. La locuzione “e”, quindi, sarebbe da considerare un lapsus del legislatore, e da leggere come “o”. La comparizione del soggetto passivo della domanda toglie rilievo ad ogni eventuale vizio della citazione.

Il principio del contraddittorio non tollera eccezioni, come il diritto inviolabile alla difesa. L'espressione

“salvo che la legge non disponga altrimenti” si riferisce ai casi in cui la domanda non è proposta con citazione ma con ricorso, casi in cui la legge consente una pronuncia che non segue il principio generale “audiatur et altera pars (sentite entrambe le campane) ma è una pronuncia inaudita altera parte. Pronuncia contro la quale l'altra parte (non sentita) può chiedere l'altra pronuncia che si sostituisce alla prima come pronuncia di primo grado.

Concludendo l'art 101 cpc è dettato con specifico riferimento al processo civile, il principio costituzionale a cui si ispira (diritto alla difesa) investe ogni tipo di processo.

CAPITOLO V LA SITUAZIONE GIURIDICA GLOBALE DEL SOGGETTO CONTRO IL QUALE E' RICHIESTA LA TUTELA: IL CONVENUTO

PARTICOLARITA' DEL DIRITTO ALLA TUTELA DEL CONVENUTO:

A) L'INERZIA DEL CONVENUTO E SUE CONSEGUENZA

Convenuto: colui nei cui confronti è proposta la domanda e rispetto al quale la regola del contraddittorio stabilisce che deve essere regolarmente citato.

Viene detto convenuto perché proprio in attuazione di questa regola viene “chiamato” o appunto “convenuto” davanti al giudice per svolgere le sue difese.

Secondo la regola del contraddittorio al convenuto deve essere garantita una posizione di uguaglianza rispetto all'attore anche se tale uguaglianza non può essere completa e totale perché attore e convenuto entrano nel processo in momenti distinti e con posizioni (uno offensiva, l'altro difensiva) diverse.

Quando infatti il convenuto entra nel processo l'attore ha già determinato l'oggetto del processo ed il convenuto è tendenzialmente tenuto a rispettare codesto oggetto ed i suoi limiti.

Questo in linea di principio, nel senso che tutto ciò non pregiudica che se il convenuto vuol far valere dei diritti che sono estranei al processo introdotto dall'attore può farlo assumendo la parte di attore in altro processo.

L'autonomia del convenuto nell'esercizio del suo diritto alla tutela giurisdizionale fa sì che il convenuto non è affatto obbligato a svolgere difese, a reagire alla domanda dell'attore o comunque partecipare attivamente al processo; può cioè lasciare il che il processo si svolga senza che egli assuma alcuna iniziativa dando luogo così ad una situazione che tecnicamente si chiama *contumacia*. La contumacia implica che ci sia un'assenza di fatto del convenuto mentre in linea di diritto il convenuto è già presente nel processo ossia assume la qualità di parte per il solo fatto di essere stato convenuto ossia di essere stato regolarmente citato, ciò che per l'art. 101 cpc è già sufficiente, perché il giudice possa provvedere nei suoi confronti. La regola del contraddittorio infatti vuole che il giudice si pronunci solo se il convenuto è stato messo nella posizione di difendersi, voglia o non voglia farlo.

Se non vuole difendersi, la sua inerzia non impedisce lo svolgimento del processo, non implica lo scontato accoglimento della domanda dell'attore (salvo i casi in cui la legge espressamente affermi il contrario es 663 cpc) e quindi non vincola l'esito del processo lasciando il giudice libero nella formazione del suo convincimento. L'unica conseguenza è l'implicita agevolazione alla difesa dell'attore che sarà facilitato nel determinare il convincimento del giudice.

LA PARTECIPAZIONE ATTIVA DEL CONVENUTO, NEI LIMITI DELLA DOMANDA E DELL'OGGETTO DEL PROCESSO DETERMINATO DALL'ATTORE.

LA DOMANDA DI RIGETTO COME ESERCIZIO DI UN'AZIONE DI MERO ACCERTAMENTO NEGATIVO.

La più frequente partecipazione attiva del convenuto al processo si concreta in una sua domanda riferita a quella dell'attore nella quale di solito si chiede o l'accoglimento della domanda o il rigetto o ci si rimette al giudice (provocando in questo caso una posizione simile a quella del convenuto inerte).

L'hp che il convenuto chieda l'accoglimento è rara, tuttavia il fatto che ci sia un "accordo" tra le parti nn esonera il giudice dal compiere tutti quegli atti che possano portare ad una pronuncia che si fondi su una certezza obiettiva, quindi ciò presuppone un convincimento del giudice.

Per lo più la domanda del convenuto sarà di rigetto della domanda dell'attore, con cui il convenuto esercita un'azione poiché, chiedendo il rigetto, il convenuto chiede l'accertamento negativo circa la sussistenza del diritto vantato dall'attore con la sua domanda: il convenuto eserciterà dunque, in tal modo, un'azione di mero accertamento negativo. Poiché l'oggetto di questo accertamento è praticamente lo stesso di quello che sta alla base dell'azione dell'attore, il convenuto resta nell'ambito dell'oggetto del processo determinato dall'attore.

Il convenuto potrebbe limitarsi alla proposizione della domanda di rigetto ma il più delle volte egli si adopererà per l'accoglimento di questa domanda, accompagnandola con lo svolgimento di un'attività difensiva che potrebbe riguardare sia il diritto (norma) sia il fatto (i fatti costitutivi). Se riguarda il diritto (quindi se contesta che una determinata norma debba o non debba interpretarsi in quella data maniera , l'attività difensiva del convenuto non solo nn influisce sull'oggetto ma neanche sui poteri del giudice che in base al principio iura novit Curia "può applicare il diritto come crede, senza suggerimenti delle parti", stessa cosa succede quando riguarda i fatti allegati dall'attore (as esempio se il convenuto, dopo aver negato la verità di quei fatti (allegazione negativa) svolge argomentazioni a sostegno delle sue negazioni – es dimostra che un testimone dell'attore si è contraddetto). Inoltre a sostegno della sua difesa può anche offrire al giudice mezzi di prova ma sempre restando nei limiti dell'oggetto determinato dall'attore. Quindi quale che sia l'attività di difesa del convenuto che può essere svolta o argomentando in diritto o contestando fatti costitutivi e/o lesivi affermati dall'attore o con l'offerta di mezzi di prova deve sempre restare nei limiti dell'oggetto del processo determinato dall'attore.

LA PARTECIPAZIONE ATTIVA DEL CONVENUTO, NEI LIMITI DELLA DOMANDA DELL'ATTORE MA OLTRE I LIMITI DELL'OGGETTO DEL PROCESSO DETERMINATO DALL'ATTORE. L'ECCEZIONE

Il convenuto può – a sostegno della sua domanda di rigetto – affermare e chiedere di provare altri fatti. Noi sappiamo che un diritto viene in essere quando si verifica un fatto concreto che nella norma astratta era previsto come idoneo a costituire quel diritto. Però i fatti possono avere non solo efficacia costitutiva, ma anche estintiva, modificativa o impeditiva.

La possibilità di affermare fatti estintivi, impeditivi o modificativi risulta indirettamente dall'art.2697 c.c. che pone l'onere della prova a carico di chi allega i fatti, contrapponendo l'allegazione dei fatti che costituiscono fondamento della domanda all'allegazione dei fatti che hanno reso inefficaci tali fatti o hanno modificato o estinto il tutto.

La norma da un nome a tale ultima allegazione infatti definisce *eccezione* l'affermazione dei fatti estintivi impeditivi e modificativi.

Il termine eccezione che può avere diversi significati, se riferito all'affermazione di fatti estintivi, impeditivi o modificativi si specifica come eccezione sostanziale (contrapposta a processuale o di rito) o di merito in senso proprio e consiste nella richiesta di una decisione negativa su una domanda altrui sul fondamento di fatti estintivi, impeditivi o modificativi.

Con queste allegazioni (quindi con le eccezioni sostanziali) l'oggetto del processo si allarga rispetto a quello determinato con la domanda; un allargamento che non riguarda la domanda stessa poiché con l'eccezione si vuol soltanto determinare il rigetto di quella sola e medesima domanda ma un allargamento che concerne i fatti dei quali il giudice può e deve conoscere.

Nella disciplina processuale il dovere del giudice di tener conto delle eccezioni è configurato indirettamente dall'art.112 c.p.c. che, nell'enunciare che il giudice non può pronunciare d'ufficio sulle eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti, dice implicitamente che egli può e deve pronunciarsi sulle eccezioni in genere.

L'articolo risponde anche al quesito se sull'allegazione dei fatti estintivi, impeditivi o modificativi esiste un'esclusiva del convenuto (cioè se il giudice possa pronunciarsi d'ufficio su fatti dei quali sia venuto a conoscenza attraverso risultanze processuali nonostante ness1 delle parti abbia proposto eccezione riguardo a queste o abbia chiesto una pronuncia in merito) . l'art 112, col vietare al giudice di pronunciarsi su eccezioni che possono essere proposte solo dalle parti afferma implicitamente che esistono 2 categorie di

eccezioni di merito : quelle su cui il giudice può pronunciarsi d'ufficio e quelle che possono essere proposte solo dalle parti. Quindi se da un lato non si può parlare di un'esclusiva del convenuto sull'allegazione dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi, dall'altro non si può dire che il convenuto sia privo di una zona di esclusiva dell'oggetto del processo in ordine alla domanda, tale zona esiste ma non investe l'intera categoria dei fatti ma si limita solo a quelli che possono essere proposti dalle parti e che costituiscono la categoria delle eccezioni di merito in senso proprio e stretto.

In alcuni casi è la legge a stabilire che l'eccezione è proponibile solo dalle parti (come x l'eccezione di prescrizione) ma quando ciò non accade assume rilievo la capacità di tali fatti di produrre i loro effetti automaticamente. Il giudice deve conoscere tutti i fatti che al momento della sua pronuncia abbiano influito sull'esistenza di quel diritto e cioè anche di quei fatti estintivi, impeditivi o modificativi che abbiano *automaticamente* prodotto i loro effetti estintivi impeditivi o modificativi (es la nullità degli atti giuridici che opera di diritto). Questi sono i fatti di cui il giudice può tener conto d'ufficio.

I fatti di cui non può tener conto d'ufficio sono quei fatti che non producono i loro effetti automaticamente ma che il convenuto può far valere o non con 1 azione autonoma (es i diritti d'annullamento dei contratti per errore, violenza e dolo) , fatti che il giudice non potrà conoscere in mancanza di espressa eccezione.

L'eccezione di merito in senso proprio e stretto è quindi il diritto del convenuto ad ottenere che il provvedimento sul merito della domanda tenga conto anche dei fatti estintivi modificativi o impeditivi la cui allegazione è affidata alla sua disponibilità. Questo è un contro diritto alla tutela giurisdizionale ed è marginale (perché si fonda solo sui fatti appartenenti alla disponibilità del convenuto) e limitato (perché tende solo al rigetto della domanda).

L'efficacia estintiva, modificativa o impeditiva dei fatti oggetto di eccezione può essere a sua volta estinta, impedita o modificata da altri fatti la cui allegazione è della controeccezione.

LA PARTECIPAZIONE ATTIVA DEL CONVENUTO OLTRE I LIMITI DELLA DOMANDA. LA DOMANDA RICONVENZIONALE. QUADRO SINTETICO DEI DIRITTI ALLA TUTELA SPETTANTE AL CONVENUTO

Con l'eccezione quindi il convenuto pur introducendo nel processo nuovi fatti oggetto di indagine rimane nell'ambito della richiesta di rigetto della domanda dell'attore. Può però superare tale limite proponendo una sua domanda (*domanda riconvenzionale*), rispetto alla quale egli è l'attore e l'attore è il convenuto.

Il convenuto esercita una sua propria autonoma azione: si tratta, più precisamente, dell'azione che il convenuto esercita contro l'attore nel medesimo processo nel quale è stato convenuto.

Per evitare però che ci sia una sovrapposizione caotica di materie di giudizio in uno stesso processo il nostro ordinamento nega l'ammissibilità indiscriminata della domande riconvenzionali e la riconosce solo se c'è un collegamento che ne renda opportuna la trattazione congiunta ossia quando (secondo l'art.36 c.p.c) la domanda del convenuto dipenda dallo stesso titolo su cui si fonda la domanda dell'attore o su cui si fonda l'eccezione dello stesso convenuto purchè non ecceda la competenza del giudice per materia e valore.

CAPITOLO VI

L'INDIVIDUAZIONE DELL'OGGETTO DEL PROCESSO: IDENTITÀ' DELLE AZIONI E LIMITI DELLA COSA GIUDICATA CONNESSIONE E CONCORSO DI AZIONI.

LE RAGIONI PRATICHE DELL'INDIVIDUAZIONE DELL'OGGETTO DEL PROCESSO ATTRAVERSO L'IDENTIFICAZIONE DELLE AZIONI: IL GIUDICATO E I SUI LIMITI SOGGETTIVI E OGGETTIVI, LA LITISPENDENZA, IL DIVIETO DI DOMANDE NUOVE IN APPELLO.

Abbiamo visto che l'attore con l'esercizio della sua azione determina l'oggetto sostanziale del processo ed i confini che il giudice non può superare con la sua pronuncia, confini che costituiscono anche un limite per le contro richieste che il convenuto può inserire nel processo. Quindi l'oggetto sostanziale del processo si determina prevalentemente attraverso l'esercizio dell'azione.

Il singolo processo individuato nel suo oggetto sostanziale viene indicato con il termine *causa*.

L'operazione logico-giuridica di individuazione dell'oggetto di un singolo determinato processo o di una singola determinata causa prende comunemente il nome di **identificazione della azione**.

Quali sono le ragioni pratiche dell'identificazione dell'azione? Questa operazione è necessaria per il rispetto di alcuni principi fondamentali:

- a) **Il principio del ne bis in idem** ossia la regola della cosa giudicata . la legge collega all'esaurimento dei mezzi di impugnazione dell'art 324 il divieto di qualsiasi eventuale altro giudice di pronunciarsi ulteriormente sulla materia che ha costituito oggetto della pronuncia passata in giudicato, divieto che costituisce poi il fondamento della cosa giudicata in senso sostanziale per cui l'accertamento passato in giudicato fa stato (art.2909 c.c.).

Se l'azione su cui è già sceso il giudicato venisse riproposta allo stesso giudice o ad uno diverso, questi dovrebbe risolvere il quesito se l'azione proposta è la stessa su cui si è già giudicato o è 1 altra: dovrebbe cioè identificare l'oggetto del processo o della causa attraverso l'identificazione delle 2 azioni per stabilire se si tratta della stessa azione o di 2 azioni diverse.

Un'esigenza analoga si determina nel caso in cui la seconda azione viene proposta quando il processo introdotto dall'esercizio della prima azione non è ancora terminato, ma è ancora pendente. In questo caso la regola del ne bis in idem si traduce nel divieto al secondo giudice di pronunciarsi ed in quanto qui l'azione è già pendente egli deve dare atto della **litispendenza**: così dispone l'art.39, comma 1. Anche qui il giudice dovrà risolvere il problema di identificazione delle 2 azioni per verificare se l'azione coincide o no con quella oggetto del processo che pende.

- b) **il principio del doppio grado di giurisdizione** che vieta la proposizione di domande nuove sia nel corso del giudizio di 1° e sia in appello, quindi per stabilire se una domanda è nuova o no si deve ricorrere all'identificazione delle azioni.

GLI ELEMENTI INDIVIDUATORI DELLE AZIONI.

Gli elementi individuatori dell'azione che servono a compiere quindi l'operazione di identificazione dell'azione si distinguono in:

- *elementi soggettivi* (o *personae*): soggetto attivo (*attore*), colui che propone la domanda, e soggetto passivo (*convenuto*), colui contro il quale la domanda è proposta;
- *elementi oggettivi*: oggetto (o *petitum*) e titolo (o *causa petendi*).

Perché due azioni possano essere dette identiche occorre che siano identici tutti i loro elementi sia quelli soggettivi che quelli oggettivi.

A) GLI ELEMENTI SOGGETTIVI "PERSONAE" E I LIMITI SOGGETTIVI DEL GIUDICATO.

Gli *elementi soggettivi* dell'azione sono evidentemente i soggetti dell'azione stessa o *personae* ossia il soggetto attivo e quello passivo. Nei casi in cui la legge eccezionalmente permette di far valere i diritti altrui, quindi se c'è rappresentanza o sostituzione il riferimento è al rappresentato e al sostituto;

Rispetto a questi soggetti si determinano i **limiti soggettivi del giudicato**, secondo l'art. 2909 c.c, l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa : essa deve essere cioè riconosciuta da tutti ma i suoi effetti nn si estendono a terzi.

Quindi:

- 1) la sentenza vale rispetto a tutti ma come sentenza tra le parti, quindi nn può pregiudicare altri che sono estranei alla lite ;
- 2) con la parola parti si intende i soggetti del rapporto sostanziale affermato o dell'azione;
- 3) i soggetti sostituiti o che comunque subiscono gli effetti dell'esercizio dell'azione da parte di altri sono inclusi in questa nozione di parti;

Sii deve prendere atto che l'ordinamento offre molti esempi di casi di estensione degli effetti del giudicato nei confronti di soggetti che non furono parti nel processo. Questi soggetti sono in primo luogo quei soggetti ai quali l'art.2909 cc si riferisce con l'espressione eredi ed aventi causa (quindi che sono divenuti eredi o aventi causa dopo l'instaurazione del giudicato). Ma l'estensione può aversi anche per i soggetti il cui diritto è , rispetto a quello su cui la sentenza ha deciso, in un rapporto detto di pregiudizialità-dipendenza (ad esempio il giudicato di risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore è opponibile anche al sub conduttore) o ancora (e si parla di estensione anormale) i casi di estensione previsti dalla legge (è

l'esempio delle obbligazioni solidali). Al di fuori di queste hp la regola è che “ il giudicato nn si estende a terzi.

GLI ELEMENTI OGGETTIVI DELL'AZIONE: A) IL PETITUM; B) LA CAUSA PETENDI. I LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO

Gli elementi oggettivi dell'azione sono due:

a) **l'oggetto o petitum** che è ciò che si chiede con la domanda;

Poiché la domanda è rivolta non ad un solo soggetto ma a due soggetti (giudice e convenuto) ai quali si chiedono cose diverse (provvedimento e prestazione), il petitum assumerà in concreto due aspetti diversi:

- 1) **in via immediata** la domanda si rivolge al giudice al quale si chiede non la cosa o la prestazione oggetto del diritto sostanziale ma un provvedimento(es. sentenza di condanna al risarcimento dei danni subiti).
- 2) **in via mediata** la domanda si rivolge alla cosiddetta controparte che per lo più è il convenuto: e a questo soggetto non si chiede un provvedimento ma si chiede un bene della vita, oppure si chiede di contestare una determinata situazione giuridica che ha un certo oggetto, oppure ancora di subire una certa modificazione giuridica. (es. somma di denaro che si chiede a titolo di risarcimento danni)

b) **il titolo o causa pretendi**. *Causa petendi* significa ragione del domandare (o meglio l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che stanno a fondamento della propria domanda), e, quindi, ragione giuridica o titolo giuridico, su cui la domanda si fonda.

La causa petendi è quindi il diritto con riferimento al quale si chiede il petitum

Il petitum può essere a sua volta richiesto in forza di diritto affermati diversi o come si dice “ a diverso titolo) . ad esempio l'azione con cui si chiede la consegna di una cosa che era stata data in comodato ha diverso titolo dall'azione nella quale si richiede la consegna perché se ne vanta la proprietà.

Il petitum (mediato) e la causa petendi quindi sono 2 angolazioni del diritto sostanziale affermato , che è l'oggetto della causa, la differenza sta nel fatto che l'uno mette in evidenza ciò che si domanda, l'altra il diritto in forza del quale si domanda.

Di regola la causa petendi si individua attraverso l'individuazione del fatto costitutivo affermato come tale, ma questo elemento nn è sempre sufficiente a tale operazione e necessita di una integrazione con l'individuazione del fatto lesivo di quel diritto affermato (o nel fatto di contestazione) che giustifica l'interesse ad agire ed è quindi un aspetto della ragione del domandare (si parla di causa petendi passiva)

Questo succede perché non sempre la nascita di un diritto si verifica secondo lo schema del fatto costitutivo di un diritto.

Ad esempio :

- a) i diritti relativi o diritti di obbligazione ad una prestazione nascono con il proprio fatto costitutivo che è diverso da diritto a diritto, ed in questo fatto si ravvisa la causa petendi (nel diritto alla restituzione di una somma in forza di mutuo in cui il titolo è il mutuo e questo non cambia solo se nn cambiano gli elementi essenziali dello stesso), in questi diritti ad ogni fatto costitutivo corrisponde un diverso diritto, quindi una diversa causa petendi ed una diversa azione.
- b) i diritti assoluti (in primis i reali tranne quelli di garanzia) sono sempre identici quale che sia il fatto che ne ha determinato la nascita (ad esempio il diritto di proprietà su una cosa sarà sempre lo stesso sia che sia sorto da compravendita sia che derivi da una successione. In questo caso il diritto si individua indipendentemente dal fatto genetico: basta affermarsi proprietario perché sia sufficiente determinare la causa petendi.
- c) I diritti alla modificazione giuridica (o diritti potestativi) sono caratterizzati dal fatto che diversi fatti genetici possono fondare lo stesso diritto e la stessa azione (ad esempio l'azione di annullamento del contratto sarà la stessa sia che la causa sia l'errore la violenza o il dolo , c'è quindi un unico schema di diritto all'annullamento anche se strutturato in 3 diritto diversi (annullamento x violenza , x errore e x dolo)

CONNESSIONE, CUMULO E CONCORSO D'AZIONI

Perché si abbia identità di azioni (quindi xkè l'azione sia una sola) occorre l'identità piena di tutti gli elementi.

Può accadere che tra due o più azioni vi sia comunanza di alcuni degli elementi identificativi dell'azione (soggettivi ed oggettivi). Questo fenomeno interessa l'ordinamento dal punto di vista

- a) sia dell'opportunità che 2 o + cause siano trattate insieme (si parla di connessione)
- b) sia dell'eventuale cumulo di azioni nello stesso processo.

CONNESSIONE

consiste nella coincidenza di taluni, ma non di tutti, gli elementi di identificazione di due o più azioni..

La connessione tra le azioni può dipendere sia dalla comunanza di entrambi gli elementi soggettivi (*connessione soggettiva*) e sia dalla comunanza di almeno uno degli elementi oggettivi, stesso *petitum* e/o stessa *causa petendi* (*connessione oggettiva*).

La connessione soggettiva si verifica quando due o più cause hanno in comune entrambi i soggetti (es. art. 104 c.p.c. "Pluralità di domande contro la stessa parte"). Stesso soggetto quindi contro lo stesso soggetto . in tale caso si verificherebbe un fenomeno di cumulo oggettivo conseguente alla connessione soggettiva che consiste nella proposizione di + azioni diverse dalla stessa parte e contro la stessa parte nello stesso processo. Unico limite è il rispetto delle regole sulla competenza quindi "le cause possono essere proposte davanti allo stesso giudice competente, purché il cumulo delle domande (c.d. *cumulo oggettivo*) non ecceda la sua competenza per valore"

La **connessione oggettiva** si distingue, a sua volta, in connessione oggettiva *propria* e *impropria*:

è "*propria*" quando le cause hanno in comune l'oggetto o il titolo;

è "*impropria*" quando la decisione delle cause dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni di diritto (è detta impropria perché le cause connesse non hanno alcun elemento oggettivo in comune , l'unica cosa in comune è la necessità di risolvere identiche questioni e la opportunità pratica di una trattazione delle cause nello stesso processo).

Anche la **connessione oggettiva** a sua volta può dar luogo al c.d. *cumulo soggettivo* ossia pluralità di parti nel processo: pertanto, possibilità per più soggetti di agire, ossia assumere la qualità di attori, insieme, nello stesso processo, o, viceversa, possibilità per l'attore di convenire nello stesso processo più persone. Tale fenomeno della presenza di più parti nello stesso processo si chiama *litisconsorzio facoltativo*, art. 103 c.p.c.

L'art 104 cpc è dedicato alla connessione oggettiva (propria ed impropria) . tra le figura particolari di connessione , oltre la riconvenzione, si ricordano :

- 1) l'accessorietà : quando la decisione su 1 azione (accessoria) dipende dalla decisione dell'altra (principale)
- 2) la pregiudizialità : (art 34) le questioni pregiudiziali sn quelle la cui decisione condiziona la decisione sull'azione principale sotto il profilo della duplice possibilità che su di esse si decida incidenter tentum oppure con efficacia di giudicato
- 3) la garanzia: le azioni di garanzia sn quelle con cui una parte fa valere il suo diritto di essere garantita da un terzo, ossia risarcita delle conseguenze della sua eventuale soccombenza.

Ai sensi dell'art. 40, comma terzo, c.p.c., la connessione può essere rilevata anche d'ufficio, non oltre la prima udienza (183 c.p.c.)

La sentenza con la quale il giudice dichiara la connessione è impugnabile con il regolamento necessario di competenza.

CONCORSO DI AZIONI

La comunanza di alcuni elementi di 2 o + azioni può determinare l'eventualità che l'esercizio di una azione determini il risultato pratico anche per l'altra, con la conseguenza che questa diviene inutile, priva dell'interesse ad agire e quindi infondata.

Si può avere un concorso di azioni per connessione di *petitum* e di *causa petendi* quando lo stesso diritto potestativo necessario viene attribuito a soggetti diversi (es. se l'azione di interdizione ,che spetta al coniuge, ai parenti fino al 4°, al curatore, tutore e Pm, viene esercitata con esito positivo da uno di questi ness1 degli altri può chiedere ancora l'interdizione)

Si può avere concorso d'azioni per connessione oggettiva rispetto al *petitum* quando all'identità dei soggetti e del *petitum* corrispondano + *causae petendi* (es. se Tizio da una cosa in locazione a caio e poi la da in

comodato allo stesso caio .. una volta esercitata l'azione ex comodatu con successo non avrà interesse ad esercitare anche l'altra, cosa che potrebbe fare se la prima venisse respinta)

Si ha invece cumulo alternativo di azioni o di domande quando 2 o + azioni concorrenti vengono proposte nello stesso processo.

Si ha cumulo condizionale quando 2 o + domande vengono proposte nello stesso processo alla condizione che una di esse sia previamente accolta (cumulo condizionale o successivo in senso stretto) o previamente respinta (cumulo eventuale o subordinato)

In questi casi la pronuncia sull'azione condizionata non implica il passaggio in giudicato dell'azione condizionante ma può avvenire con la stessa sentenza.

Inoltre si ritiene che il convenuto possa trasformare la domanda condizionata in domanda incondizionata per cautelarsi rispetto alla riproposizione della domanda, che altrimenti resterebbe assorbita.

A seconda di quali elementi abbiano in comune è possibile individuare tre distinte figure processuali: *litispendenza, continenza e connessione.*

Della connessione abbiamo detto sopra.

LITISPENDENZA

La *litispendenza* (art. 39, comma primo, c.p.c.) è la situazione che si determina quando due o più cause identiche (ossia che abbiano tutti e tre gli elementi identici: stessi soggetti, stesso oggetto e stesso titolo) pendono dinanzi a giudici diversi. Ai sensi del citato comma primo, è competente il giudice *adito per primo* mentre quello adito successivamente, “in qualunque stato e grado del processo, anche d'ufficio, dichiara con sentenza la litispendenza e dispone con ordinanza la cancellazione della causa dal ruolo”. Per giudice adito per primo, si intende il giudice “preventivamente adito”. Il criterio della *prevenzione* (art. 39, comma terzo), si determina in base alla notificazione della citazione; pertanto, si considera adito preventivamente, il giudice il cui relativo atto di citazione sia stato notificato per primo. Qualora la stessa causa viene proposta per la seconda volta di fronte allo stesso giudice, questi ne ordina la riunione (art. 273 c.p.c.).

CONTINENZA

La *continenza di cause* (art. 39, comma secondo), si verifica in presenza di due cause che hanno in comune i soggetti e la *causa petendi*, ma il *petitum* di una è più ampio in modo da “contenere” il *petitum* dell'altra (ad es.: in un processo si chiedono tutte le rate di un mutuo ed in un altro processo se ne chiede una sola). Se il giudice preventivamente adito è competente anche per la causa proposta successivamente, il secondo giudice con sentenza deve dichiarare la continenza e fissare un termine per la riassunzione della causa davanti al primo giudice (criterio della prevenzione). In caso contrario - ossia quando il primo giudice non è competente anche per la causa proposta successivamente - è quest'ultimo ad emanare la sentenza di continenza ed a fissare un termine per la riassunzione davanti al secondo giudice (criterio dell'assorbimento).

Sia la sentenza sulla litispendenza, sia quella sulla continenza possono essere impugnate con regolamento necessario di competenza

CAPITOLO VII

Sez. I - LA GIURISDIZIONE

31. La giurisdizione, la sua caratteristica generalità ed in conseguente sistema di limiti

La *giurisdizione* (potere di decidere una determinata controversia), è la funzione esercitata da organi dello Stato (i giudici) per applicare le norme, generali e astratte, ai singoli casi concreti. È una funzione solo statale (non esiste ad esempio una giurisdizione regionale); ed è esercitata in maniera pubblica ed autonoma (i giudici sono organi indipendenti dal potere politico).

Per far valere un nostro diritto, dobbiamo innanzitutto stabilire se adire un giudice ordinario (giudice civile o penale) o un giudice speciale (giudice amministrativo, Corte dei conti, Corte costituzionale, ecc...).

Ai sensi dell'art. 1 c.p.c., la giurisdizione civile (che è posta a tutela dei *diritti soggettivi* di tutti i cittadini), è esercitata dai giudici ordinari, salvo diverse disposizioni di legge. Con questa norma, che riprende il dettato dell'art. 102, comma primo, Cost. - “la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario” - si dice in sostanza che, nel nostro ordinamento, i giudici sono diversi, e che, quelli della cui attività si occupa il codice di procedura civile, sono soltanto quelli ordinari (Giudice di Pace, Tribunale, Corte d'Appello, Corte di Cassazione) a cui viene attribuita la giurisdizione civile (cioè il potere di decider le singole controversie o cause) a meno che determinate norme sottraggano determinate cause o gruppi di cause ai giudici ordinari dello stato per riconoscerle appartenenti a giudici di altri stati o per attribuirle ad altri organo dello stato o a giudici dello stato non ordinari.

L'elemento della generalità fa sì che il tema della giurisdizione si ponga come un sistema di limiti alla generale spettanza di tutte le cause civili ai giudici ordinari, limiti che possono riferirsi sia a giudici di altri stati, sia a giudici Italiano non ordinari ... etc

Momento determinante della giurisdizione

Criterio di ordine generale è quello enunciato dall'art. 5 c.p.c., secondo cui la giurisdizione (come anche la competenza) si determinano con riguardo “alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda”, restando senza conseguenze gli eventuali mutamenti successivi (**c.d. *perpetuatio jurisdictionis***). Non avendo, quindi, alcuna rilevanza ai fini della determinazione della giurisdizione, i mutamenti che dovessero intervenire nel corso del giudizio sia di fatto che di diritto.

32. Limiti della giurisdizione in particolare :

Giurisdizione Italiana e straniera

a) con riguardo alla mancanza di domicilio o residenza in Italia

Il limite della giurisdizione Italiana, prima delle lex 218/95 riguardava la qualità di straniero di una delle parti.

Cioè Anteriormente a questa legge, ai fini della determinazione della giurisdizione aveva rilevanza il luogo di cittadinanza del *convenuto* (soggetto passivo dell'azione, colui contro cui l'azione è proposta); ossia il potere di giudicare su una determinata controversia spettava al giudice Italiano, soltanto nel caso in cui il convenuto avesse la “cittadinanza” Italiana.

Oggi invece (ferma restando la regola per cui lo Stato straniero nn può essere convenuto innanzi a giudici Italiani per l'attività compiuta nell'esercizio della sua sovranità) la qualità di cittadino o di straniero non è + rilevante agli effetti della sussistenza della giurisdizione Italiana in quanto la legge 218 abrogando gli artt. 3 e 4 del C.P.C. ha eliminato ogni riferimento alla cittadinanza nonché al criterio delle reciprocità per riferirsi solo al criterio del domicilio o della residenza. Dal criterio della *cittadinanza*, si è passati al criterio del *domicilio* o della *residenza* del convenuto. (“la giurisdizione Italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77 c.p.c. e degli altri casi in cui è prevista dalla legge”, art. 3 legge n. 218/1995).

La qualità di straniero ha perciò, nel nuovo sistema, un rilievo solo marginale e residuale.

A questa enunciazione di portata generale segue nello stesso art. 3, un esplicito richiamo ai criteri stabiliti con riguardo all'ambito comunitario, dalla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, con la conseguente applicazione dei suddetti criteri *anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione* (materia civile e commerciale), mentre rispetto alle altre materie, la giurisdizione sussiste anche in base a criteri stabiliti per la competenza per territorio; ossia, in queste "altre materie", la giurisdizione sussiste in quanto sussiste la competenza per territorio.

L'art 4 l. 218 esplicita il criterio per cui la giurisdizione Italiana sussiste se le parti l'abbiano convenzionalmente accettata e se tale accettazione sia provata per iscritto ovvero quando il convenuto non eccepisca nel primo atto difensivo il difetto di giurisdizione, l'art 5 esclude la giurisdizione Italiana rispetto ad azioni reali aventi ad oggetto beni immobili situati all'estero.

Nei confronti degli stranieri in ambito comunitario operano le convenzioni di Bruxelles e Lugano sostituite dal regolamento Ce. La disciplina dettata da queste convenzioni con riguardo alla competenza giurisdizionale si articola:

- a) nella regola generale per cui tutte le persone domiciliate in uno degli stati membri possono essere convenute davanti ai giudici di quello stato indipendentemente dalla loro nazionalità.
- b) In alcune regole speciali per cui alcuni le persone domiciliate in uno Stato contraente possono essere convenute innanzi ai giudici d'altro stato :
 - in materia contrattuale : davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita
 - in materia alimentare: davanti al giudice del luogo dove ha residenza il creditore degli alimenti
 - in materia di fatti illeciti: innanzi al giudice del luogo in cui è avvenuto l'evento dannoso
 - per azioni nascenti da reato : innanzi al giudice davanti a cui è esercitata l'azione penale e sempre che questo possa conoscere l'azione civile
 - in materia di agenzie o filiali : davanti al giudice territorialmente competente
- c) in alcune regole che configurano hp di competenza esclusiva nonché alcune regole che disciplinano possibili modificazioni della competenza per ragioni di connessione, garanzia e riconvenzione, nonché per ragioni di litispendenza e che disciplinano la possibilità di deroga della giurisdizione, la sua accettazione tacita e il rilievo del difetto di giurisdizione
- d) nella regola x cui i provvedimenti provvisori e cautelari previsti in uno stato contraente possono essere pronunciati in quello stato anche se la competenza giurisdizionale a conoscere del merito appartiene, in forza della convenzione, al giudice di altro stato contraente.

Giurisdizione ordinaria e speciale :

- *giurisdizione ordinaria : ha carattere generale, ossia riguarda le materie che la legge non attribuisce espressamente ai giudici speciali*

- *giurisdizione speciale : è regolata da leggi, appunto, "speciali", che le attribuiscono la competenza a giudicare su determinati rapporti che in astratto spetterebbero al giudice ordinario.*

b) con riguardo alla specialità della controversia in relazione al fatto che sia parte la Pubblica amministrazione. I giudici amministrativi (rientrano nella giurisdizione speciale).

Il secondo ordine di limiti riguarda il fatto che una delle parti (normalmente il convenuto perché la P.A. nn ha bisogno di agire come attore perché per tutelare i suoi diritti ha a disposizione strumenti più efficaci della tutela giurisdizionale) sia la P.A.

L'hp normale è che il bisogno di tutela giurisdizionale si presenti contro la P.A. quando questa, con i suoi atti violi

- diritti soggettivi che possono essere fatti valere davanti al giudice ordinario, quindi la P.A. può essere convenuta davanti al giudice ordinario come qualsiasi altro soggetto giuridico

- interessi legittimi dei privati : il che si verifica quando l'interesse di un soggetto determinato trova una tutela riflessa nel fatto che esso coincide con l'interesse generale oggetto di tutela diretta, quando ad esempio una norma , nel disciplinare l'azione della P.A. –norma d'azione- detta i criteri in base ai quali la commissione di un concorso deve determinare la graduatoria dei concorrenti, tutela direttamente l'interesse pubblico a che il concorso sia vinto dal candidato è meritevole ma tutela anche indirettamente l'interesse del singolo concorrente la cui posizione prioritaria sia stata sacrificata dalla violazione di quei criteri e che pertanto potrà aspirare alla tutela di questo interesse legittimo o interesse occasionalmente protetto.

Gli interessi legittimi trovano tutela attraverso un giudizio con cui i loro titolari possono ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo che li lede , senza che la loro violazione possa fondare titolo risarcitorio. Tale annullamento può essere chiesto quando l'atto risulta illegittimo perché affetto da uno dei seguenti vizi: violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere.

Gli interessi legittimi possono essere fatti valere davanti a giudici speciali che sono i giudici amministrativi. Tali giudici sono attualmente in primo grado il Tribunale amministrativo regionale (T.A.R.), ed in secondo grado il Consiglio di Stato.

Tra i **giudici speciali** ,accanto a questi vanno annoverati altri giudici speciali amministrativi con giurisdizione su interessi legittimi limitata a determinati settori come : la **Corte dei Conti** in materia di contabilità pubblica comprensiva dei giudizi di conto e responsabilità amministrativa e contabile; ed il **Tribunale superiore delle acque pubbliche** con riguardo all'impugnazione di atti amministrativi in materia di acque pubbliche.

c) con riguardo ad altre ragioni di specialità dell'oggetto della controversia. I giudici speciali e le sezioni specializzate.

Abbiamo detto che i giudici amministrativi sono giudici speciali cui la legge attribuisce la cognizione degli interessi legittimi nelle controversie la cui particolarità sta nel fatto che la tutela è chiesta nei confronti della P.A.

L'ordinamento contempla anche altri giudici speciali con cognizione su diritti soggettivi (o anche su diritti soggettivi, quindi su diritti ed interessi) in determinate materie.

Prima di vedere chi sono questi giudici occorre ricordare che L'art 102 Cost. stabilisce il divieto di istituire nuovi giudici speciali al di fuori di quelli attualmente esistenti, e suggerisce al legislatore, nei casi in cui dovesse ravvisare la necessità di giudici tecnicamente qualificati l'istituzione di sezioni specializzate dei giudici ordinari.

Tra quelli con cognizione su i diritti soggettivi i possono menzionare : i Tribunali Regionali delle acque pubbliche, i Commissari regionali liquidatori di usi civici.

Tra quelli con cognizione anche in materia di diritti soggettivi (quindi su diritti ed interessi legittimi con una competenza esclusiva in determinate materie) il Consiglio di Stato e i Tribunali amministrativi regionali.

Dai giudici speciali, bisogna differenziare le "**sezioni specializzate**" che appartengono alla giurisdizione ordinaria e si occupano soltanto di certe materie e/o soggetti .

Queste sezioni non sono quindi giudici speciali ma organi degli uffici giudiziari ordinari e sono: Tribunale dei minori, le Sezione specializzate agrarie presso il Tribunale ordinario e le Corti d'Appello.

d) con riguardo alla giurisdizione dei Tribunali ecclesiastici

un particolare ordine di limiti era determinato dall'art 34 del Concordato del 1929 con la Santa Sede che riservava ai Tribunali ecclesiastici la giurisdizione in materia di nullità dei matrimoni c. concordatari (celebrati innanzi ai ministri di culto cattolico ed aventi efficacia civile), riserva attenuata da un riparto di giurisdizione che lascia ai giudici ecclesiastici la conoscenza del regime dell'atto del matrimonio concordatario (quindi dei giudizi di nullità) mantenendo ai giudici dello Stato il regime degli effetti (annullamento della trascrizione, separazione e cessazione degli effetti civili)

e) con riguardo alle attribuzioni della P.A.

infine i poteri della P.A. operano come limite normale ai poteri giurisdizionali dei giudici ordinari non nel senso che alla P.A. siano eccezionalmente attribuiti poteri giurisdizionali ma nel senso che i poteri NON giurisdizionali della P.A. escludono i poteri giurisdizionali dei giudici ordinari e viceversa.

33. Derogabilità della giurisdizione e rilevanza del difetto di giurisdizione. Pendenza della causa davanti ad un giudice straniero. Determinazione della giurisdizione. Giurisdizione in materia cautelare e volontaria. Giudizio arbitrale e giurisdizione.

L'art. 2 c.p.c., sanciva "l'inderogabilità della giurisdizione Italiana" il che significa l'impossibilità di sottrarre la giurisdizione al giudice ordinario ad opera delle parti d'accordo tra loro; attualmente la legge n. 218, riconosce alle parti la possibilità di derogare la giurisdizione Italiana in favore della straniera, ponendo però due condizioni:

- una di forma, la deroga deve risultare da atto scritto;
- una di contenuto, la causa deve vertere su diritti disponibili.

La deroga è inefficace, quindi permane la giurisdizione italiana, se il giudice straniero declina o se non può conoscere la causa.

Analogamente anche la giurisdizione straniera può essere di regola derogata a favore di quella italiana.

Sempre con riguardo alle giurisdizioni straniere: quali sono le conseguenze sulla giurisdizione dei giudici italiani quando pende la medesima causa innanzi ad un giudice straniero.

L'art. 3 c.p.c. (abrogato dall'art. 7 della legge n. 218), dettava la c.d. "irrelevanza della litispendenza straniera o internazionale", situazione che si verifica quando dinanzi al giudice Italiano venga instaurata una causa con oggetto e titolo uguali a quella già in corso davanti al giudice straniero. Si rendeva, così, possibile lo svolgimento di due processi uguali con il pericolo di giudicati contrastanti.

Oggi, invece, la litispendenza è rilevante qualora una parte la eccepisca innanzi ad un giudice Italiano. Quest'ultimo dovrà sospendere il giudizio ove ritenga che il provvedimento possa produrre effetti per l'ordinamento Italiano.

La sospensione è prevista anche nel caso di pregiudizialità di una causa straniera e sempre che il provvedimento straniero possa produrre effetti per l'ordinamento italiano

L'art. 9 l. 218 dispone che in materia di giurisdizione volontaria, la giurisdizione sussiste oltre che nei casi contemplati dalla legge e in quelli in cui è prevista la competenza x territorio di un giudice italiano, quando il provvedimento richiesto concerne un cittadino italiano o una persona residente in Italia o quando riguarda situazioni o rapporti a cui è applicabile la legge italiana.

L'art. 10 dispone che in materia cautelare la giurisdizione italiana sussiste quando il provvedimento deve essere seguito in Italia o quando il giudice italiano ha giurisdizione nel merito.

Per quanto riguarda i rapporti tra giurisdizioni interne (tra giurisdizione dei giudici ordinari e quella dei giudici amministrativi e speciali) nessuna norma prevede la deroga convenzionale con conseguente inderogabilità diretta della giurisdizione. L'art. 37 c.p.c. dispone che Difetto di giurisdizione (che consiste nella mancanza del potere di giudicare in capo ad un giudice ordinario; infatti in alcuni casi tale potere è attribuito dalla legge ad altri giudici (es. speciali, amministrativi, o addirittura ad altri sistemi giudiziari) del giudice ordinario può essere rilevato anche d'ufficio in qualunque stato e grado del processo. In questi casi e solo in questi l'inderogabilità della giurisdizione è totale e completa.

34. Le questioni di giurisdizione. Regolamento di giurisdizione

In relazione ai limiti della giurisdizione, possono sorgere questioni intorno alla sussistenza o meno della giurisdizione rispetto ad una determinata controversia: sono queste le questioni di giurisdizione che si presentano davanti al giudice ordinario come fondamento del rilievo – d'ufficio o ad eccezione di parte – del difetto di giurisdizione in capo a quest'ultimo.

Il "difetto di giurisdizione" quindi consiste nella mancanza del potere di giudicare in capo al giudice ordinario: tale difetto si ha quando la causa venga instaurata davanti al giudice ordinario, ma in realtà doveva essere proposta al giudice amministrativo o al giudice speciale.

È un difetto talmente grave che può essere rilevato "anche d'ufficio" (ossia non solo dalle parti ma anche dal giudice), in ogni stato e grado del processo (art. 37 c.p.c.).

La questione di giurisdizione deve essere risolta dal giudice adito per merito in via preliminare dal momento che la giurisdizione è un presupposto del processo, anzi il primo dei presupposti processuali, ed il giudice non può decidere sul merito prima di aver riscontrato la sussistenza di tutti i presupposti e degli altri requisiti del processo. La decisione del giudice adito sulla questione di giurisdizione può essere oggetto di impugnazione: appello e quindi ricorso alla Corte di Cassazione, alla quale spetta la parola definitiva. Questa parola definitiva può tardare anche a lungo, e qualora fosse negativa occorrerebbe ricominciare tutto da capo, rendendo così inutile l'attività processuale svoltasi nel frattempo.

Lo strumento con cui si consente l'immediata pronuncia sulla questione di giurisdizione da parte della Corte di Cassazione è il **regolamento di giurisdizione**, disciplinato dall'art. 41 c.p.c., ed imperniato sulla possibilità, concessa a *ciascuna delle parti*, di sottoporre immediatamente alle Sezioni Unite della Corte Cass., le questioni di giurisdizione di cui all'art. 37.

Esso consiste in un mezzo "preventivo", e non di impugnazione. Preventivo in quanto presuppone che il giudizio di merito sia ancora pendente e che non sia stata emanata nessuna sentenza (difatti, l'art. 41, comma primo, stabilisce che il regolamento di giurisdizione può essere proposto dalle parti fino a che la causa non sia decisa nel merito in primo grado).

L'istanza di regolamento non apre un nuovo grado di giudizio ma solo una parentesi che si inserisce nell'ambito del giudizio di primo grado. Chiusa questa parentesi il giudizio prosegue normalmente.

Per quanto riguarda le forme con cui si svolge il relativo giudizio la legge si limita a richiamare le forme del processo innanzi alla Corte di Cassazione che esigono che l'istanza sia sottoscritta da avvocato munito di procura speciale valida, si ritiene inoltre che debbano essere chiamate tutte le parti del giudizio di merito. Prima della legge n. 353/90, l'art. 367 c.p.c. prevedeva l'automatica sospensione del giudizio di merito in caso di esperimento del regolamento di giurisdizione.

Attualmente, il novellato testo del citato articolo, prevede la sospensione soltanto qualora il giudice istruttore di merito o il collegio non ritenga "l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata".

Lo scopo di tale modifica, è stato quello di contrastare i numerosi abusi di detto istituto, con la proposizione di regolamenti infondati, al solo reale scopo di provocare la sospensione del giudizio.

Se la sospensione è dichiarata e la Cassazione dichiara la giurisdizione del giudice ordinario la causa va riassunta a pena di estinzione entro 6 mesi dalla comunicazione della sentenza.

La proposizione dell'istanza di regolamento è soltanto una facoltà *per le parti*. Se essa non viene esercitata, il processo prosegue normalmente e la pronuncia sulla giurisdizione avverrà secondo le regole ordinarie e sarà assoggettata, eventualmente insieme con la pronuncia sul merito, ai normali mezzi di impugnazione: appello ed eventuale ricorso (ordinario) a Cassazione.

Una forma del tutto particolare di regolamento di giurisdizione è quella prevista dal secondo comma dell'art. 41 (c.d. *conflitto di attribuzione*), che consente alla P.A. che non è parte in causa, di rivolgersi alla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, affinché venga dichiarato il difetto del giudice ordinario, in ogni stato e grado del giudizio, fino a che la giurisdizione non venga affermata con una sentenza passata in giudicato.

Tale comma prevede un'ipotesi a parte nel caso in cui la P.A. non sia parte in causa, perché qualora dovesse essere parte del giudizio potrà proporre il regolamento fino a che non sia pronunciata la sentenza di primo grado.

Sez – II LA COMPETENZA

35.La competenza e i suoi diversi criteri

il problema della competenza sorge dopo aver risolto in senso positivo quello sulla giurisdizione, dopo cioè che sia certo che il potere di decidere quella determinata causa spetta ai giudici ordinari. Poiché i giudici ordinari sono molti occorre stabilire a quale tra i diversi giudici spetta il potere di decidere quella determinata causa.

La *competenza* può essere definita come la misura della giurisdizione spettante a ciascun organo giudiziario, cioè la quantità di giurisdizione che egli può esercitare rispetto ad una determinata causa. Essa è un requisito dell'attitudine del processo a pervenire alla pronuncia sul merito.

Il problema che si pongono i legislatori rispetto alla competenza sono conseguenti al fatto che tale disciplina consiste nel ripartire la giurisdizione tra + giudici, sicchè tale disciplina deve adeguarsi ai modi in base a cui si articola la pluralità dei giudici, intesi come uffici giudiziari.

Nell'ordinamento giudiziario italiano esistono :

a) diversi tipi di giudici con caratteristiche diverse sia x quanto riguarda la loro composizione sia il loro funzionamento; b) diversi giudici dello stesso tipo.

Ciò provoca 2 diversi problemi di distribuzione della competenza: a) il problema della distribuzione verticale tra giudici di tipo diverso (che sono il giudice di pace, il tribunale, la Corte d'Appello, e la Corte di Cassazione) b) e quello della distribuzione orizzontale tra giudici diversi dello stesso tipo a seconda della loro dislocazione nel territorio

Anche con riguardo alla competenza, opera il sopracitato criterio generale della *perpetuatio jurisdictionis*, già visto a proposito della giurisdizione, ossia la regola - enunciata dall'art. 5 c.p.c. - secondo cui si deve aver riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda.

36. la competenza per valore e materia

I criteri di distribuzione della competenza

I criteri per la determinazione della competenza sono tre:

- Criterio *orizzontale*, che comporta la distribuzione delle cause tra giudici (secondo la linea verticale) appartenenti allo stesso ufficio giudiziario ma dislocati lungo il territorio dello Stato (es. Tribunale di Roma e Tribunale di Firenze) è:

1 territorio: determinato in base al rapporto tra territorio e giudice che ivi esercita la propria giurisdizione.

- Criteri *verticali*, per la distribuzione tra giudici di tipo diverso (secondo la linea verticale) [che quindi comportano la distribuzione delle cause tra giudici che appartengono a diversi uffici giudiziari (Giudice di pace e Tribunale)] sono:

2 valore: determinato dal valore economico dell'oggetto della causa, così come indicato nella domanda;

3 materia: determinato in relazione alla natura della causa o al tipo di diritto su cui si controverte (diritto reale piuttosto che obbligatorio);

Ciascuno di questi 2 criteri potrebbe operare da solo, sennonché ciò presenterebbe qualche inconveniente: qualora ci si riferisse solo al valore l'inconveniente consiste nell'impossibilità di valutare certe controversie (ad esempio nelle cause di stato personale o familiare); qualora ci si riferisse alla sola materia l'inconveniente consiste nell'attribuzione allo stesso tipo di giudice di cause di valore anche grandemente diverso.

Ciascuno di questi 2 criteri viene incontro a diverse ragioni di opportunità: quello del valore, all'opportunità di attribuire le controversie di maggiore valore al giudice (al tribunale) che essendo composto da giudici cd. togati o di carriera , è di funzionamento meno agile del giudice di pace; quello di materia all'opportunità di attribuire le controversie il cui oggetto ha esigenze particolari di rapidità e sveltezza, a giudici la cui costituzione e struttura sono tali da venire incontro a quelle esigenze (giudice di pace) e viceversa di attribuire sempre al giudice di struttura più complessa, ossia al tribunale le cause di normale impegno, a loro volta ripartite (in una ripartizione interna) tra tribunale in composizione monocratica e in composizione collegiale (al quale sono riservate le cause con oggetto particolarmente delicato come ad es. quelle in materia di famiglia).

Per questi motivi l'ordinamento italiano si ispira ad entrambi i criteri facendoli operare insieme:

il criterio del valore è generale, cioè opera quando nn esistono regole che stabiliscono diversamente con riguardo alla materia; quando ciò avviene il criterio della materia prevale su quello del valore.

Questa reciproca integrazione tra i 2 criteri appare evidente nell'art 7 c.p.c.

La distribuzione delle cause avviene, in primo grado, tra il Giudice di pace (art. 7 c.p.c.), ed il Tribunale (art. 9 c.p.c.). In precedenza la legge prevedeva anche la figura del Pretore, soppressa dal d.lgs. n. 51/98, le cui funzioni sono passate al Tribunale in composizione monocratica (ossia costituito da un unico membro).

Ai sensi del primo comma dell'art. 7, disciplinante la competenza del Giudice di pace, questi è competente per le cause relative a *beni mobili* che abbiano un valore non superiore ad euro 2.582,28 (la legge parla

esplicitamente di beni mobili, poiché le questioni riguardanti beni *immobili*, sono di competenza esclusiva del Tribunale).

L'art. 7, comma secondo, riserva al Giudice di pace le cause di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli o di natanti (ovviamente nei confronti sia dei danneggiati che delle società assicuratrici), nei limiti di euro 15.493,71 (oltre i quali la competenza è del Tribunale).

Senza limiti di valore (qualunque ne sia il valore) è invece l'attribuzione della competenza al Giudice di pace delle cause nelle materie elencate nell'art. 7, terzo comma, e cioè: 1) quelle relative *ad opposizione di termini ed osservanza delle distanze* stabilite dalla legge, dai regolamenti o dagli usi riguardo al piantamento degli alberi e delle siepi; 2) quelle relative alla *misura ed alle modalità d'uso dei servizi di condominio* di case; 3) quelle relative a rapporti tra proprietari o detentori di immobili adibiti a civile abitazione in materia di *immissione di fumo o di calore, esalazioni, rumori o scuotimenti* che superino la normale tollerabilità (rapporti di buon vicinato).

La competenza del Tribunale è, invece, una competenza “*residuale*”; difatti ai sensi del comma primo art. 9 c.p.c., il Tribunale è competente per tutte le cause che non sono di competenza di altro giudice (attualmente il solo Giudice di pace).

Il secondo comma dell'art. 9, stabilisce, inoltre, dei casi di competenza esclusiva del Tribunale: in *materia di imposte e tasse, stato e capacità delle persone, diritti onorifici, querela di falso, per l'esecuzione forzata e, in generale, per ogni causa di valore indeterminabile*.

Per quanto riguarda il Tribunale dobbiamo ricordare che questo di norma svolge le sue funzioni in composizione monocratica, ma nei casi previsti dall'art. 50 *bis* c.p.c. la composizione del Tribunale sarà necessariamente collegiale.

Determinazione del valore

L'art. 10 c.p.c., stabilisce, al primo comma, che il valore della causa si determina in base alla domanda dell'attore, ossia con riferimento al petitum in relazione alla causa pretendi senza tener conto delle eccezioni del convenuto, alvo che si tratti di domande riconvenzionali o di domande di accertamento pregiudiziale con efficacia di giudicato (in questo caso e solo in questi casi la domanda del convenuto può influire sulla competenza).

Il secondo comma dell'art. 10, stabilisce che qualora dovessero essere proposte all'interno dello stesso processo più domande nei confronti della stessa persona (*cumulo oggettivo*), il valore della causa verrà determinato in base alla somma delle stesse (es. capitale, interessi, spese e danni).

Questo criterio base va poi integrato con le regole particolari fissate negli artt. 11 e ss. c.p.c.

Art. 11. (Cause relative a quote di obbligazione tra più parti)

Se e' chiesto da più persone o contro più persone l'adempimento per quote di un'obbligazione, il valore della causa si determina dall'intera obbligazione.

Art. 12. (si riferisce alle Cause relative a rapporti obbligatori, a locazioni e a divisioni)

Il valore delle cause relative all'esistenza, alla validità o alla risoluzione di un rapporto giuridico obbligatorio si determina in base a quella parte del rapporto che e' in contestazione. Il valore delle cause per divisione si determina da quello della massa attiva da dividersi.

Art. 13. (Cause relative a prestazioni alimentari e a rendite)

Nelle cause per prestazioni alimentari periodiche, se il titolo e' controverso, il valore si determina in base all'ammontare delle somme dovute per due anni. Nelle cause relative a rendite perpetue, se il titolo e' controverso, il valore si determina cumulando venti annualità; nelle cause relative a rendite temporanee o vitalizie, cumulando le annualità domandate fino a un massimo di dieci. Le regole del comma precedente si applicano anche per determinare il valore delle cause relative al diritto del concedente.

Art. 14. (Cause relative a somme di danaro e a beni mobili)

Nelle cause relative a somme di danaro o a beni mobili, il valore si determina in base alla somma indicata o al valore dichiarato dall'attore; in mancanza di indicazione o dichiarazione, la causa si presume di competenza del giudice adito. Il convenuto può contestare, ma soltanto nella prima difesa, il valore come sopra dichiarato o presunto; in tal caso il giudice decide, ai soli fini della competenza, in base a quello che risulta dagli atti e senza apposita istruzione (indagini). Se il convenuto non contesta il valore dichiarato o presunto, questo rimane fissato, anche agli effetti del merito, nei limiti della competenza del giudice adito.

Art. 15. (Cause relative a beni immobili)

Il valore delle cause relative a beni immobili e' determinato moltiplicando il reddito dominicale del terreno e la rendita catastale del fabbricato alla data della proposizione della domanda: per duecento per le cause relative alla proprietà; per cento per le cause relative all'usufrutto, all'uso, all'abitazione, alla nuda proprietà e al diritto dell'enfiteuta; per cinquanta con riferimento al fondo servente per le cause relative alle servitù.

Il valore delle cause per il regolamento di confini si desume dal valore della parte di proprietà controversa, se questa e' determinata; altrimenti il giudice lo determina a norma del comma seguente.

Se per l'immobile all'atto della proposizione della domanda non risulta il reddito dominicale o la rendita catastale, il giudice determina il valore della causa secondo quanto emerge dagli atti, se questi non offrono elementi per la stima, ritiene la causa di valore indeterminabile.

Art. 17. (Cause relative all'esecuzione forzata)

Il valore delle cause di opposizione all'esecuzione forzata si determina dal credito per cui si procede: quello delle cause relative alle opposizioni proposte da terzi a norma dell'articolo 619, dal valore dei beni controversi; quello delle cause relative a controversie sorte in sede di distribuzione, dal valore del maggiore dei crediti contestati.

Nelle cause di opposizione agli atti esecutivi è sempre competente il tribunale.

Nelle cause d'appello il criterio di massima è di attribuire la competenza per l'appello al giudice superiore rispetto a quello che ha deciso in primo grado.

Il tribunale quindi può operare come giudice sia di primo che di secondo grado, il giudice di pace opera solo come giudice di primo grado e la Corte d'appello solo come giudice di secondo grado.

37. La competenza per territorio (nella cognizione e nell'esecuzione)

La competenza x territorio risolve il problema della distribuzione tra giudici dello stesso tipo (secondo la linea orizzontale) e dislocati nelle diverse circoscrizioni. Questo problema si concretizza nella scelta del criterio di collegamento tra una determinata controversia ed una determinata zona del territorio.

La regola generale (c.d. *foro generale*) che si ispira al criterio di collegamento soggettivo, inerente la ripartizione della competenza per territorio è quella degli artt. 18 e 19 c.p.c., disciplinanti rispettivamente il "foro generale delle persone fisiche" ed il "foro generale delle persone giuridiche".

Viene effettuata tale distinzione a seconda che parte convenuta in giudizio sia una persona fisica o giuridica.

Ai sensi dell' Art. 18. (Foro generale delle persone fisiche)

Salvo che la legge disponga altrimenti, e' competente il giudice del luogo in cui il convenuto ha la residenza o il domicilio, e, se questi sono sconosciuti, quello del luogo in cui il convenuto ha la dimora.

Se il convenuto non ha residenza, ne' domicilio, ne' dimora nello Stato o se la dimora e' sconosciuta, e' competente il giudice del luogo in cui risiede l'attore.

Emerge quindi che tra i 2 soggetti del processo la legge sceglie il convenuto, il riferimento all'attore è previsto come criterio sussidiario nel caso in cui il convenuto nn abbia residenza domicilio o dimora nella Repubblica o nn se ne conosca la dimora.

Se parte convenuta è una persona giuridica,

Art. 19. (Foro generale delle persone giuridiche e delle associazioni non riconosciute)

Salvo che la legge disponga altrimenti, qualora sia convenuta una persona giuridica, e' competente il giudice del luogo dove essa ha sede o dove si trova un organo autorizzato a rappresentarla in giudizio..

Ai fini della competenza, gli enti non aventi personalità giuridica, le associazioni non riconosciute e i comitati di cui agli articoli 36 ss. del codice civile hanno sede dove svolgono attività in modo continuativo.

Accanto al criterio generale, quello dei fori generali, operano le regole eccezionali, *fori speciali* che sono determinati in applicazione di criteri per lo più oggettivi, con riferimento quindi al *petitum* e alla causa pretendi.

I fori speciali si distinguono, a loro volta, in fori *facoltativi* ed *esclusivi*.

Dagli artt. 21-27, vengono disciplinati i fori speciali *esclusivi*; esclusivi, in quanto le norme che le disciplinano li indicano come i soli fori competenti, quindi prevalgono su quelli generali.

Tra i fori speciali esclusivi che si riferiscono al *petitum* va tenuto presente l'art 21:

Art. 21. (Foro per le cause relative a diritti reali e ad azioni possessorie)

Per le cause relative a diritti reali su beni immobili, per le cause in materia di locazione e comodato di immobili e di affitto di aziende, nonché per le cause relative ad apposizione di termini ed osservanza delle distanze stabilite dalla legge, dai regolamenti o dagli usi riguardo al piantamento degli alberi e delle siepi, è competente il giudice del luogo dove è posto l'immobile o l'azienda. Qualora l'immobile sia compreso in più circoscrizioni giudiziarie, è competente il giudice della circoscrizione nella quale è compresa la parte soggetta a maggior tributo verso lo Stato; quando non è sottoposto a tributo, è competente ogni giudice nella cui circoscrizione si trova una parte dell'immobile.

Per le azioni possessorie e per la denuncia di nuova opera e di danno temuto e' competente il giudice del luogo nel quale e' avvenuto il fatto denunciato.

Con riferimento alla causa pretendi sono determinati :

- il Foro per le cause ereditarie: Art. 22.

E' competente il giudice del luogo dell'aperta successione per le cause:

- 1) relative a petizione o divisione di eredità e per qualunque altra tra coeredi fino alla divisione;
- 2) relative alla rescissione della divisione e alla garanzia delle quote, purché proposte entro un biennio dalla divisione;
- 3) relative a crediti verso il defunto o a legati dovuti dall'erede, purché proposte prima della divisione e in ogni caso entro un biennio dall'apertura della successione;
- 4) contro l'esecutore testamentario, purché proposte entro i termini indicati nel numero precedente.

Se la successione si e' aperta fuori della Repubblica, le cause suddette sono di competenza del giudice del luogo in cui e' posta la maggior parte dei beni situati nella Repubblica, o, in mancanza di questi, del luogo di residenza del convenuto o di alcuno dei convenuti.

- il Foro per le cause tra soci e tra condomini Art. 23.

Per le cause tra soci e' competente il giudice del luogo dove ha sede la società; per le cause tra condomini, il giudice del luogo dove si trovano i beni comuni o la maggior parte di essi.

Tale norma si applica anche dopo lo scioglimento della società o del condominio, purché la domanda sia proposta entro un biennio dalla divisione.

- il Foro per le cause relative alle gestioni tutelari e patrimoniali Art. 24.

Per le cause relative alla gestione di una tutela o di un'amministrazione patrimoniale conferita per legge o per provvedimento dell'autorità' e' competente il giudice del luogo d'esercizio della tutela o dell'amministrazione.

Ed il Foro relativo alle opposizioni all'esecuzione Art. 27.

Per le cause di opposizione all'esecuzione forzata di cui agli artt. 615 e 619 e' competente il giudice del luogo dell'esecuzione, salva la disposizione dell'art. 480 terzo comma.

Per le cause di opposizione a singoli atti esecutivi e' competente il giudice davanti al quale si svolge l'esecuzione.

C'è poi un'eccezione ai fori generali con riferimento ad un criterio soggettivo, quello utilizzato dall'art 25 nella determinazione del: **(Foro della pubblica amministrazione) Art. 25.**

Per le cause nelle quali e' parte un'amministrazione dello Stato e' competente, a norma delle leggi speciali sulla rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio e nei casi ivi previsti, il giudice del luogo dove ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato, nel cui distretto si trova il giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie. Quando l'amministrazione e' convenuta, tale distretto si determina con riguardo al giudice del luogo in cui e' sorta o deve eseguirsi l'obbligazione o in cui si trova la cosa mobile o immobile oggetto della domanda.

(poiché ad esempio il tribunale di Varese appartiene al distretto della Corte d'appello di Milano, sede d'ufficio dell'avvocatura di stato, una causa che sarebbe di competenza del tribunale di Varese diviene per effetto dell'art 25 di competenza del tribunale di Milano).

Criterio soggettivo sta anche alla base **dell'Art. 30-bis.** ⁽¹⁾ che stabilisce il **Foro per le cause in cui sono parti i magistrati:**

Le cause in cui sono comunque parti magistrati, che secondo le norme del presente capo sarebbero attribuite alla competenza di un ufficio giudiziario compreso nel distretto di Corte d'appello in cui il magistrato esercita le proprie funzioni, sono di competenza del giudice, ugualmente competente per materia, che ha sede nel capoluogo del distretto di Corte d'appello determinato ai sensi dell'art.11 del codice di procedura penale.

⁽²⁾

Se nel distretto determinato ai sensi del primo comma il magistrato e' venuto ad esercitare le proprie funzioni successivamente alla sua chiamata in giudizio, e' competente il giudice che ha sede nel capoluogo del diverso distretto di Corte d'appello individuato ai sensi dell'articolo 11 del codice di procedura penale con riferimento alla nuova destinazione.

(1) La Corte Costituzionale con [sentenza 12 novembre 2002, n. 444](#) ha dichiarato la illegittimità costituzionale, nella parte in cui si applica ai processi di esecuzione forzata promossi da o contro magistrati in servizio nel distretto di Corte d'appello comprendente l'ufficio giudiziario competente ai sensi dell'art. 26 del codice di procedura civile.

(2) La Corte Costituzionale con [sentenza 25 maggio 2004, n. 147](#) ha stabilito l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-bis, comma 1, c.p.c., il quale prevede una deroga alla competenza territoriale del giudice civile per le cause riguardanti magistrati, salvo che nella parte relativa alle azioni civili concernenti le restituzioni e il risarcimento del danno da reato, nei termini di cui all'art. 11 c.p.p.

Ancora l'Art. 26. x la determinazione del **Foro dell'esecuzione forzata**, utilizza un criterio di specialità imperniato sul luogo dell'esecuzione:

Per l'esecuzione forzata su cose mobili o immobili e' competente il giudice del luogo in cui le cose si trovano. Se le cose immobili soggette all'esecuzione non sono interamente comprese nella circoscrizione di un solo tribunale, si applica l'art. 21 (che conduce alla competenza di ogni giudice nella cui circoscrizione si trova una parte dell'immobile)

Per l'espropriazione forzata di crediti e' competente il giudice del luogo dove risiede il terzo debitore.

Per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare e' competente il giudice del luogo dove l'obbligo deve essere adempiuto.

L'unico foro *facoltativo* espressamente disciplinato dal codice è quello delle cause relative a diritti di obbligazione (**art. 20**), secondo cui per queste cause è “*anche*” competente il giudice del luogo dove l'obbligazione è sorta o deve essere adempiuta . “Anche” (facoltativo) in quanto viene riconosciuta all'attore la possibilità di scegliere tra il foro generale e quello speciale facoltativo.

Altro esempio di foro facoltativo potrebbe essere **Art. 30. (Foro del domicilio eletto)**

Chi ha eletto domicilio a norma dell'art. 47 c.c. può essere convenuto davanti al giudice del domicilio stesso.

38. Derogabilità o prorogabilità della competenza. Competenza funzionale. Modalità e termini per far valere l'incompetenza

Ulteriore distinzione all'interno del foro territoriale è quella tra foro *derogabile* ed *inderogabile*.

Le regole sulla derogabilità o prorogabilità della competenza introducono o escludono il potere delle parti di accordarsi esplicitamente o implicitamente sull'attribuzione della competenza ad un giudice che altrimenti sarebbe incompetente.

La competenza per territorio, al di fuori dei casi previsti dalla legge, può essere derogata dalle parti mediante un atto scritto. La deroga può risultare o da un accordo anteriore al processo, oppure da un accordo successivo all'inizio del processo.

- nell'art. 28 vengono elencati I casi in cui la deroga non è ammissibile:

- 1) nelle *cause previste nei numeri 1, 2, 3 e 5 dell'art. 70*, ossia nei casi di intervento obbligatorio del pubblico ministero;
- 2) nei *processi di esecuzione forzata e di opposizione alla stessa*;
- 3) nei *procedimenti cautelari e possessori*;
- 4) nei *procedimenti in camera di consiglio*;
- 5) e in generale in *ogni altro caso in cui l'inderogabilità sia disposta espressamente dalla legge* (es. foro in cui parte è la P.A., art. 25 c.p.c.).

- l'art 29 stabilisce le modalità dell'accordo delle parti derogativi della competenza:

L'accordo delle parti per la deroga della competenza territoriale deve riferirsi ad uno o piu' affari determinati e risultare da atto scritto. L'accordo non attribuisce al giudice designato competenza esclusiva quando cio' non e' espressamente stabilito.

- secondo l'art 30 la deroga può risultare indirettamente da un atto unilaterale quale l'elezione di domicilio.

- Una particolare figura di deroga ex lege è prevista dall'art 30 bis che come abbiamo detto sopra stabilisce che le cause in cui sono parti magistrati e che appartenerebbero alla competenza di un giudice compreso nel distretto di Corte d'appello in cui il magistrato esercita le proprie funzioni, sono di competenza del giudice, ugualmente competente per materia, che ha sede nel capoluogo del distretto di Corte d'appello + vicino. Se in tale distretto il magistrato stesso abbia esercitato successivamente le sue funzioni, è competente il giudice che ha sede nel capoluogo di alto distretto di Corte d'appello + vicino.

Rispetto alla competenza per materia e valore non esistono norme che prevedono accordi preventivi diretti di deroga della competenza. Ciò non basta a dedurre che questo tipo di incompetenza non è derogabile dalle parti, occorre vedere se la possibilità di deroga risulta dalla mancata reazione del convenuto, cioè questo tipo di competenza è derogabile indirettamente al fatto che l'incompetenza non sia stata eccepita tempestivamente con i tempi e le modalità previsti dall'art 38.

L'incompetenza e le modalità per ecceperla, sono disciplinate dall'art. 38.

Tale articolo (al 2 comma) rispetto alla competenza per territorio prevede un breve termine entro cui il convenuto deve far valere l'incompetenza (20 gg prima della prima udienza e con indicazione del giudice che ritiene competente).

L'eccezione non proposta con tali limiti e modalità non può essere proposta con la conseguenza che il giudice adito, pur essendo inizialmente incompetente è considerato come competente (diviene competente).

In conclusione si attribuisce rilievo all'accordo implicito nella mancata eccezione, infatti la legge prevede anche l'ipotesi contraria, quella per cui le altre parti costituite aderiscano all'indicazione del convenuto nel ritenere competente il giudice che il convenuto stesso ha dichiarato di ritenere competente. La competenza del giudice così indicato ed accettato resta ferma se la causa è riassunta davanti al nuovo giudice entro 3 mesi dalla cancellazione dal ruolo. In tal caso il giudizio continua innanzi al nuovo giudice.

L'art 38 disciplina anche le reazioni (o mancate reazioni) del convenuto alla incompetenza per materia, per territorio inderogabile (o funzionale) e a quella per valore accomunando a queste reazioni il possibile rilievo anche d'ufficio.

In base a quanto delineato da detto articolo, è possibile distinguere tra diversi tipi di incompetenza:

per materia, per valore, per territorio inderogabile

che possono essere rilevate anche d'ufficio non oltre la prima udienza di trattazione (art. 183 c.p.c.).

Mentre la competenza per territorio derogabile (ossia al di fuori indicati nell'art. 28), può essere rilevata solo dal convenuto e, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta (primo atto difensivo del convenuto stesso), purché indichi il giudice che ritiene competente, altrimenti, l'eccezione si avrà per non proposta e la causa proseguirà dinanzi al giudice adito.

Nel momento in cui viene sollevata l'eccezione di competenza, il giudice adito potrà risolverla in due modi: accogliere (dichiarando la propria incompetenza) o rigettare (confermandola, invece) l'eccezione stessa, decidendo in entrambi i casi mediante una sentenza. Tale sentenza, può essere impugnata attraverso un mezzo riconosciuto alle parti: il regolamento di competenza. Tale mezzo si propone alla Corte di Cassazione a sezioni semplici.

Si può considerare un mezzo di impugnazione, in quanto presuppone una precedente sentenza sulla competenza, al di fuori del caso indicato nell'art. 45 c.p.c. (c.d. regolamento necessario d'ufficio).

39. Statuizioni sulla competenza e Regolamento di competenza. La riassunzione innanzi al giudice dichiarato competente

Supponiamo che l'accordo delle parti sulla competenza non si sia verificato o resti irrilevante perché escluso dalla legge; e che perciò si verifichi (essendo stato adito un giudice incompetente o ritenuto tale) un rilievo d'ufficio dell'incompetenza del giudice adito o 1 eccezione di incompetenza ad opera dell'altra parte. A questo punto è necessario stabilire se il giudice adito è o no competente (occorre una pronuncia sulla competenza)

Tale pronuncia è pronuncia sul processo perché può chiudere il processo prima che si giunga ad una sentenza.

La sentenza che pronuncia sulla competenza è assoggettata come ogni altra sentenza all'appello e al ricorso per Cassazione. Per abbreviare i tempi di questo iter, la legge configura un mezzo riservato alle sentenze sulla competenza, questo mezzo di impugnazione specifico è il regolamento di competenza che ha la caratteristica di dar luogo immediatamente al giudizio innanzi la Corte di Cassazione.

Il regolamento è un mezzo di impugnazione tranne nel caso di regolamento d'ufficio che consiste in una iniziativa giudiziaria di parte contro una pronuncia sulla competenza in cui la parte che impugna è la parte soccombente e tende ad una riforma di quella pronuncia; appartiene alla categoria dei mezzi di impugnazione ordinari perché la loro proponibilità condiziona il passaggio in giudicato della sentenza. Premesso che non è proponibile contro la sentenza del giudice di pace il regolamento di competenza si distingue in:

- *necessario* (art. 42): quello proposto contro le sentenze che hanno pronunciato soltanto sulla competenza; ed è “necessario” nel senso che esso è l'*unico mezzo* col quale tali sentenze possono essere impuginate. Quando cioè la sentenza pronuncia solo sulla competenza senza decidere il merito, anche se in appello ed a prescindere dalla conseguente pronuncia sulle spese, non può essere impugnata che col regolamento di competenza.

Se il regolamento viene proposto la Corte di Cassazione statuisce sulla competenza o rigettando o accogliendo il ricorso, determinando così in modo definitivo il giudice competente; se il regolamento non viene proposto resta ferma la competenza di quel giudice che la pronuncia stessa aveva dichiarato competente. Ciò significa che quest'ultimo giudice non potrà contestare la propria competenza e dovrà senz'altro pronunciare sul merito (art. 44) “salvo che si tratti di incompetenza per materia o per territorio nei casi previsti dall'art. 28”, casi in cui se il giudice dichiarato competente si ritiene a sua volta incompetente (conflitto di competenza) il giudice richiede un regolamento d'ufficio. In pratica la norma in questione nei casi suddetti esclude l'incontestabilità e consente al giudice che nella pronuncia non impugnata era designato come competente di dichiararsi a sua volta incompetente se si ritiene tale. Se ciò accade si verifica la situazione che la legge (art. 45) chiama *conflitto negativo di competenza*, (consistente nel fatto che due giudici ritengano ciascuno la competenza dell'altro o di altro giudice) il quale si verifica nel caso in cui il giudice adito dovesse dichiararsi incompetente, indicando come competente altro giudice dinanzi al quale le parti riassumono la causa; se anche quest'ultimo dovesse dichiararsi a sua volta incompetente si verifica allora quella situazione che la legge chiama “conflitto di competenza” - o regolamento di competenza d'ufficio - e che è la situazione particolare prima accennata in cui il regolamento di competenza non ha le caratteristiche di mezzo di impugnazione. Tale secondo giudice, davanti al quale la causa è stata riassunta, e che si ritiene a sua volta incompetente, può richiedere d'*ufficio* il regolamento di competenza, soltanto, però, nei casi di incompetenza per materia e territorio inderogabile, attraverso la pronuncia di un'ordinanza con cui il giudice dispone la rimessione del “fascicolo d'ufficio” alla cancelleria della Corte di Cassazione; negli altri casi il giudice indicato come competente alla pronuncia non impugnata non può dichiararsi a sua volta incompetente. Secondo l'art. 42, accanto alle sentenze che decidono solo sulla competenza possono essere impuginate con regolamento necessario, anche i provvedimenti che dichiarano la sospensione necessaria, ex art. 295 c.p.c., nonché le sentenze che abbiano deciso sulla litispendenza, continenza e connessione;

- *facoltativo* (art. 43): nel caso in cui la sentenza abbia pronunciato non solo sulla competenza ma anche sul merito; è “facoltativo” nel senso che, in questo caso, il regolamento non è l'unico mezzo di impugnazione proponibile, ma concorre con i “modi ordinari di impugnazione” (in pratica, per lo più con l'appello). Difatti, le parti hanno due possibilità: o impugnare tutta la sentenza (ossia sia la parte che ha statuito sul merito che quella che ha statuito sulla competenza) con il mezzo ordinario, oppure impugnare la parte che ha statuito sul merito con il mezzo ordinario, e quella sulla competenza con il regolamento facoltativo. Se è proposto subito il regolamento, l'impugnazione ordinaria potrà investire soltanto il merito, ed il termine per la proposizione di quest'ultima rimane sospeso; se invece viene proposta subito l'impugnazione ordinaria, ciò non impedisce alle altre parti di chiedere il regolamento, ma in tal caso il giudizio sull'impugnazione ordinaria resta sospeso (art. 42, comma secondo, c.p.c.). Questo regime riguarda anche le sentenze di secondo grado.

Il procedimento davanti alla Corte di Cassazione per il regolamento si svolge in modo simile al procedimento ordinario per Cassazione. Il regolamento di competenza, deve essere proposto dalle parti mediante ricorso alla Corte di Cassazione, entro il termine perentorio di 30 gg. dalla comunicazione (non dalla notifica) della sentenza (del giudice di merito) che abbia deciso sulla competenza, o, nel caso in cui venga proposta prima l'impugnazione ordinaria (art. 43), entro 30 gg. dalla notificazione dell'atto introduttivo dell'impugnazione stessa. Il ricorso va depositato in cancelleria entro 20 gg. dalla sua notificazione.

La proposizione del ricorso, comporta l'automatica sospensione del giudizio di merito (a differenza del regolamento di giurisdizione, si veda art. 367 c.p.c.). La pronuncia avviene con le forme abbreviate in camera di consiglio. Tale procedimento si conclude mediante una sentenza della Corte, in cui viene indicato il giudice competente, davanti al quale le parti dovranno riassumere la causa.

L'art 50 infatti pone l'onere della riassunzione della causa (nel termine stabilito dalla pronuncia della Cassazione o di altro giudice oppure in mancanza entro 6 mesi dalla comunicazione della sentenza) innanzi al giudice che la pronuncia precedente ha dichiarato competente:

- a) se la riassunzione avviene entro il termine suddetto, il processo continua innanzi al nuovo giudice (non si tratta quindi di un nuovo processo ma dello stesso che continua (traslatio iudicii))
- b) se la riassunzione non avviene nei termini il processo si estingue. Questo fenomeno produce conseguenze diverse a seconda che la pronuncia sulla competenza sia una sentenza della Cassazione che regola la competenza o una sentenza di un giudice di merito. Nel primo caso, sulla competenza così come stabilita dalla Cassazione scende un'incontrovertibilità processuale nel senso che tale competenza resta ferma anche in un altro processo iniziato dalla stessa azione, nel secondo caso la pronuncia perde ogni efficacia se non nei confronti dello stesso giudice che l'ha pronunciata e se la domanda venisse riproposta innanzi allo stesso giudice questo sarebbe libero di dichiarare la sua eventuale incompetenza e non dovrebbe chiedere d'ufficio il regolamento di competenza.

40. Modificazioni della competenza per ragioni di litispendenza (e continenza) e connessione (artt. 31-36 c.p.c.). L'accessorietà e la garanzia

Due o + azioni possono avere in comune tutti o alcuni elementi di identificazione. Quando si verifica la coincidenza di tutti gli elementi le 2 o + azioni sono in realtà una sola e si parla di identità. Questo fenomeno assume rilievo da un lato per il caso in cui sull'azione sia già intervenuto un giudicato e dall'altro per il caso in cui l'azione pendente innanzi ad un giudice venga riproposta innanzi allo stesso o ad altro giudice. In quest'ultimo caso si parla di litispendenza. Perché una causa pende innanzi a giudici diversi nell'ambito della giurisdizione ordinaria ed è una situazione che assume rilievo anche rispetto alla competenza. Infatti se la stessa causa è proposta davanti a giudici diversi dello stesso grado, occorre stabilire quale debba deciderla quindi quale è competente. Questo problema è risolto dalla legge (art 39) col criterio detto "della prevenzione", nel senso che è competente il giudice adito per primo, quello adito successivamente dichiara con sentenza la litispendenza e dispone con ordinanza la cancellazione della causa dal ruolo.

Con lo stesso criterio la legge risolve anche il problema della continenza di cause, che si verifica quando una delle azioni contiene l'altra a maggior ampiezza del petitum, ferma la coincidenza di tutti gli altri elementi (ad es. in un processo si chiedono tutte le rate di un mutuo ed in un altro se ne chiede una sola). Se il giudice adito preventivamente è competente anche per la causa proposta successivamente, il giudice di questa propone la riassunzione davanti al primo giudice. Altrimenti è quest'ultimo a disporre l'assunzione davanti al secondo.

Analoghi fenomeni di ripercussione sulla competenza si hanno nei casi della connessione, che consiste nella coincidenza di alcuni elementi di identificazione di 2 o azioni.

Tale fenomeno quindi può dar luogo a modificazioni della competenza in quanto il giudice competente per una delle cause potrebbe non esserlo per l'altra o le altre. In linea di massima si può dire che modificazioni o deroghe riguardano la competenza per territorio e valore, non quella per materia.

La connessione può essere

- soggettiva: comunanza di soggetti e dà luogo alla possibilità di cumulo oggettivo - art 104 - le diverse domande si sommano, e ciò può determinare una modificazione della competenza per valore
- o oggettiva: coincidenza di uno o di entrambi gli elementi oggettivi: petitum e causa petendi che comporta la possibilità del cumulo soggettivo - contemplata nell'art 103. per rendere attuabile questa possibilità la legge detta una serie di regole contemplanti possibili deroghe di competenza in relazione alla connessione oggettiva.

Una prima regola è quella dettata dall'art 33 con riguardo alla competenza per territorio che consente all'attore di scegliere tra i diversi fori generali dei diversi convenuti mentre per quanto riguarda la competenza per valore il processo cumulativo si svolgerà innanzi al tribunale se competente per una delle cause.

Art. 33 c.p.c. "Cumulo soggettivo"

Ipotesi in cui una parte abbia intenzione di proporre causa nei confronti di più persone; cause che, ai sensi degli artt. 18 e 19 c.p.c. dovrebbero essere proposte davanti a giudici territorialmente diversi. Tale norma, nel caso in cui le diverse cause siano connesse per oggetto o titolo, dà la possibilità alla parte attrice di proporle tutte davanti al giudice del luogo dove uno dei soggetti convenuti ha la residenza o il domicilio.

Altre regole sono dettate con riguardo a casi particolari di connessione, casi in cui tra le cause connesse esiste un rapporto tra causa principale e accessoria, o causa principale e di garanzia. In pratica la connessione oggettiva consente anche la modificazione della competenza per valore solo nei casi indicati dagli artt. 31 e 32:

Art. 31 c.p.c. "Cause accessorie"

L'*accessorietà* che è il rapporto che intercorre tra due cause connesse oggettivamente (ma anche soggettivamente), nel senso che la decisione su una di esse (quella c.d. accessoria) dipende dalla decisione sull'altra (quella c.d. principale). Ad es. l'accoglimento della domanda di pagamento degli interessi dipende dall'accoglimento della domanda di restituzione di una somma data a mutuo: perciò la prima è accessoria rispetto alla seconda. In questi casi l'art. 31 c.p.c. prevede che la competenza territoriale possa modificarsi, difatti, la causa accessoria può essere proposta davanti al giudice territorialmente competente per la principale.

Art. 32 c.p.c. "Cause di garanzia"

La domanda di garanzia è quella rivolta dalla parte che fa valere il suo diritto (sostanziale) di essere "garantita" da un terzo, ossia risarcita delle conseguenze della sua eventuale soccombenza. È il caso del compratore che, convenuto in giudizio da un soggetto che si vanta proprietario della cosa, ha diritto di essere garantito dal venditore (art. 1483 c.c.). Anche nei casi rientranti nell'art. 32 vi può essere uno spostamento della competenza territoriale per la causa di garanzia davanti al giudice competente per la principale. Se però la domanda ecceda la competenza per valore del giudice adito questo rimette entrambe le cause al giudice superiore assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione.

La possibilità di derogare alla regola sulla competenza non sussiste nei casi di garanzia impropria, quando la domanda di garanzia, anziché dipendere dal medesimo titolo dipende da un titolo connesso solo in via di fatto.

Queste ipotesi di connessione riguardano i casi in cui il processo non sia già iniziato, altrimenti (Se il processo era già iniziato) se le cause connesse pendono innanzi allo stesso giudice, questo può ordinarne la riunione anche d'ufficio, se pendono innanzi a giudici diversi la competenza spetta a quello adito per primo (prevenzione) a meno che le cause connesse siano in rapporto di accessorietà (in questo caso spetta al giudice competente per la causa principale) pertanto il giudice della causa accessoria o quello adito successivamente ordina la riassunzione della causa innanzi al giudice della causa principale o a quello adito successivamente.

Se una delle cause connesse è di competenza del giudice di pace e altre del tribunale prevale la competenza del tribunale (art. 40) ed è sempre il giudice di pace che deve assumere l'iniziativa per la riunione ossia deve pronunciare anche d'ufficio la connessione a favore del tribunale.

41. Pregiudizialità, compensazione, riconvenzione e conseguenze di questi fenomeni sulla competenza. L'unificazione del "rito" per le cause connesse.

Art. 34 c.p.c. "Accertamenti incidentali"

Riguarda le *questioni pregiudiziali*. Con l'espressione "questioni pregiudiziali" si intendono quelle questioni (di merito) che, pur potendo costituire oggetto autonomo di una decisione, si inseriscono nell'iter logico-giuridico, che conduce alla decisione sulla domanda principale, e che perciò, per decidere su quest'ultima, non si può fare a meno di affrontare². Così ad es., rispetto ad una domanda di alimenti da padre a figlio, è certamente pregiudiziale la questione relativa alla sussistenza del rapporto di paternità, ove sia contestato. Il

² Si tratta del c.d. rapporto di *pregiudizialità-dipendenza*: dalla risoluzione della questione pregiudiziale dipende la decisione della causa principale.

problema che a questo punto si delinea è vedere se la questione pregiudiziale può essere risolta incidenter tantum o se deve far parte dell'oggetto del giudizio.

L'art. 34, nel dettare la regola (in tema di competenza) secondo la quale se la questione pregiudiziale appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, quest'ultimo attrae nella propria competenza anche la causa principale, coglie l'occasione per disporre che la questione pregiudiziale sia decisa con efficacia di giudicato se ciò è richiesto "per legge o per esplicita richiesta di una delle parti". Ed in questo modo dispone anche che, al di fuori di queste ipotesi, la questione pregiudiziale può essere decisa *incidenter tantum* (ossia solo per quel caso specifico).

Art. 35 c.p.c. "Eccezione di compensazione"

La norma si riferisce all'ipotesi in cui il convenuto eccepisca l'esistenza di un credito in compensazione. Credito che deve essere contestato e che deve eccedere la competenza per materia o valore del giudice adito (altrimenti il problema non sorgerebbe). La norma dispone che se la domanda principale è fondata su un titolo non controverso o facilmente accertabile, il giudice può compiere rispetto ad essa una pronuncia *con riserva* rimettendo la questione sull'eccezione al giudice superiore; quando invece non sussistono quelle condizioni, si segue il sistema già veduto per le questioni pregiudiziali: il giudice superiore attrae nella propria competenza l'intera causa.

Art. 36 c.p.c. "Connessione per riconvenzione"

Tale norma fa riferimento alla "domanda riconvenzionale" del convenuto, ossia quando quest'ultimo non si limita a chiedere il rigetto della domanda dell'attore, ma propone un'autonoma azione. Anche qui, la legge applica la medesima regola - attrazione dell'intera causa nella competenza del giudice superiore - all'ipotesi di domande riconvenzionali che eccedono la competenza per materia o valore del giudice adito.

Tale norma pone anche i *limiti della domanda riconvenzionale*: difatti quest'ultima deve dipendere dallo stesso titolo dedotto in giudizio dalla domanda principale o da un'eventuale eccezione sollevata, anche dal convenuto stesso.

La trattazione congiunta delle cause connesse che gli artt. Esaminati intendono favorire, può a volte trovare 1 ostacolo nella diversità del rito per una o alcune di esse. Se le cause connesse appartengono a riti diversi secondo l'art. 40 prevale il rito ordinario salvo il caso di assoggettamento della causa al rito del lavoro. Se le cause connesse appartengono tutte a riti speciali, prevale quello del giudice per cui è determinata la competenza col rito per la causa di maggior valore. Se la causa è stata trattata con un rito diverso da quello applicabile il giudice provvede in base alle norme che nel processo del lavoro prevedono un passaggio dall'uno all'altro rito. La sola ipotesi in cui la connessione consente la trattazione congiunta o simultanea è, oltre quella di connessione soggettiva tra cause soggette a riti diversi, quella dell'appartenenza delle cause a diversi criteri di competenza per materia.

Sez. III - L'IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE. GLI AUSILIARI DEL GIUDICE

42. Le garanzie dell'imparzialità del giudice e i limiti della sua responsabilità

Una delle caratteristiche del giudice (oltre l'indipendenza da ogni altro potere dello Stato) è la sua imparzialità: nello svolgimento della sua attività deve comportarsi da organo *super partes*. Le garanzie dell'imparzialità avvengono tecnicamente attraverso la sottrazione al giudice del potere-dovere di giudicare in quelle cause in cui, a causa di determinati rapporti con una delle parti, si potrebbe dubitare di tale imparzialità. Tale sottrazione avviene attraverso due strumenti: *astensione* e *ricusazione* che non possono fondarsi su considerazioni soggettive o su generici sospetti, anzi la legge fornisce una elencazione tassativa di situazioni o rapporti e stabilisce (art 51) che sono in questi casi il giudice deve astenersi, aggiungendo che in presenza di altre ragioni gravi di convenienza il giudice possa chiedere l'autorizzazione ad astenersi e precisando infine che la ricusazione può essere richiesta solo se sussista un motivo di astensione obbligatoria (art 52)

Astensione (art. 51 c.p.c.)

Consiste in un'iniziativa spontanea del giudice. L'astensione si distingue in *obbligatoria* e *facoltativa*.

I motivi di astensione obbligatoria sono tassativamente previsti dalla legge art. 51 comma primo:

Il giudice ha l'obbligo di astenersi:

1) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto;

- 2) se egli stesso o la moglie e' parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione , o e' convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori;
- 3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori;
- 4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha depresso in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico;
- 5) se e' tutore, curatore, amministratore di sostegno , procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, e' amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa.

Se il giudice tenuto all'astensione nn ottempera e la parte interessata nn chiede la riconsuazione l'anomalia nn può essere fatta valere tranne che nei casi di interesse diretto del giudice, che costituisce vizio di nullità. Accanto a questi motivi di astensione obbligatoria la legge indica come motivo di astensione facoltativa (2 comma) previa autorizzazione del capo dell'ufficio, gravi ragioni di convenienza. L'iter dell'astensione si esaurisce nella richiesta al capo dell'ufficio dell'autorizzazione ad astenersi e nel suo accoglimento.

Ricusaione (art. 52 e ss. c.p.c.)

Rappresenta un mezzo riconosciuto alle parti, nel caso in cui abbiano motivo di dubitare dell'imparzialità del giudice.

Abbiamo detto che nei casi di astensione obbligatoria, quando il giudice non si sia astenuto, le parti possono richiederne la riconsuazione mediante ricorso proposto al giudice competente (art. 53): al presidente del Tribunale se sia riconsuato il giudice di pace, al collegio se è riconsuato uno dei componenti del Tribunale o della Corte. La riconsuazione dà luogo ad una sorta di procedimento incidentale che inizia con un ricorso e si conclude con un'ordinanza *non impugnabile* con la quale viene eventualmente designato il giudice che deve sostituire quello riconsuato (art. 54 c.p.c.). Il ricorso per riconsuazione sospende il processo (art. 52, comma terzo, c.p.c.).

Responsabilità civile del giudice

A tutela dell'effettività dell'imparzialità del giudice la legge prevede dei limiti alla responsabilità civile dello stesso. L'art 28 della Cost. prevede l'estensione allo Stato della responsabilità dei giudici per il loro operato nell'esercizio delle loro funzioni.

Ora, se il comportamento consiste in un fatto costituente reato la legge dispone che il danneggiato ha diritto al risarcimento nei confronti sia dello Stato che del giudice , secondo le norme ordinarie, cioè senza particolari limiti.

Se il comportamento del giudice, ancorché illecito, nn costituisce reato l'azione diretta verso lo Stato è prevista per il risarcimento di un danno ingiusto conseguente ad un comportamento, atto o provvedimento giudiziario posto *con dolo o colpa grave* nell'esercizio delle sue funzioni. Il danno risarcibile è il danno patrimoniale mentre il danno non patrimoniale è risarcibile solo in caso di provvedimenti implicanti la privazione della libertà personale.

La nozione di colpa grave è imperniata sulla nozione di "*negligenza inescusabile*" che si concreta in una violazione di legge o affermazione di fatti la cui esistenza è incontestabilmente risultante dagli atti del procedimento.

Stessa responsabilità è prevista come conseguenza del *diniego di giustizia* che, per la legge, sussiste in caso di "rifiuto, omissione o ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio" e sempre in quanto sia decorso inutilmente un termine di 30 giorni dal deposito in cancelleria di un'istanza della parte per ottenere il provvedimento.

Legittimato passivo nell'azione di risarcimento del danno contro lo Stato – azione che nn può essere proposta se non quando siano stati esperiti tutti i mezzi di impugnazione o rimedi contro il provvedimento sospetto e che è soggetta ad un termine di decadenza di 2 anni da quando è proponibile – è il Presidente del Consiglio (l'azione di risarcimento del danno si instaura con un ricorso al P. del Consiglio).

La competenza spetta al Tribunale del luogo ove ha sede la Corte d'Appello del distretto più vicino a quello in cui è compreso l'ufficio giudiziario al quale apparteneva il magistrato al momento del fatto.

La proposizione della domanda presuppone una pronuncia di ammissibilità della stessa da parte del Tribunale che, sentite le parti, delibera in camera di consiglio dichiarando, con decreto motivato,

l'inammissibilità dell'azione quando essa è manifestamente infondata. Se l'azione è dichiarata ammissibile, si svolge il relativo giudizio nel quale il magistrato interessato, può intervenire in ogni fase e grado del procedimento. In caso di accoglimento della domanda, lo Stato, dichiarato responsabile e condannato al risarcimento, può esercitare, entro un anno dall'avvenuto risarcimento, l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato, nella misura non superiore al terzo di un'annualità dello stipendio, salvo il caso di dolo. Se il provvedimento a cui si riconduce la responsabilità era un provvedimento collegiale la legge prevede, a richiesta di ciascuno dei componenti, la redazione di un verbale da conservare in plico sigillato e contenente la menzione dell'unanimità o dell'eventuale dissenso motivato di alcuno dei membri del collegio. Accanto a questo sistema di responsabilità che riguarda la responsabilità giuridica dei magistrati, permane la responsabilità di questi innanzi al Consiglio Superiore della Magistratura.

43. Il cancelliere, l'ufficiale giudiziario e gli ausiliari del giudice

Nell'assolvimento della sua funzione, il giudice si avvale della collaborazione di taluni uffici complementari impersonati da organi, ai quali la legge attribuisce specifiche funzioni. Alcuni di questi organi (il cancelliere e l'ufficiale giudiziario) appartengono in modo permanente all'organizzazione strutturale dei singoli uffici giudiziari; altri (il consulente tecnico, il custode) - chiamati dalla legge "ausiliari del giudice" - sono estranei a tale organizzazione ed assolvono la loro funzione a seguito di un incarico specifico affidato loro occasionalmente di volta in volta.

Il *cancelliere* (artt. 57 e 58 c.p.c.), è il principale collaboratore del giudice. Nell'esercizio delle sue attività ha piena autonomia. Caratteristica principale dell'attività del cancelliere è la documentazione che consiste nell'attribuire *pubblica fede*, nei casi e nei modi stabiliti dalla legge, fino a querela di falso, alle proprie attività ed a quelle degli organi giudiziari e delle parti. Gli atti tipici del cancelliere sono: il processo verbale (art. 126 c.p.c., documenta le dichiarazioni delle persone intervenute, le attività svolte e i fatti verificati nel processo), la pubblicazione delle sentenze (l'attestazione dell'avvenuto deposito mediante l'apposizione della data e della firma del cancelliere), le comunicazioni (destinate a portare a conoscenza delle parti i provvedimenti del giudice attraverso i biglietti di cancelleria).

L'*ufficiale giudiziario* (art. 59 c.p.c.) assolve, nel processo esecutivo, a funzioni che sono centrali ed essenziali, in quanto impersona il c.d. "organo esecutivo". Altra attività di particolare rilievo è la notificazione degli atti (che consiste nella consegna al destinatario di una copia conforme all'originale dell'atto che, appunto, gli deve essere notificata, art. 137 e ss.).

Sia il cancelliere che l'ufficiale giudiziario sono civilmente responsabili quando, senza giustificato motivo, rifiutano od omettono di compiere gli atti inerenti all'ufficio, o quando hanno compiuto un atto nullo con dolo o colpa grave (art. 60 c.p.c.).

Il *consulente tecnico* (art. 61 e ss.), è l'ausiliario del quale il giudice si serve quando la sua attività si svolge in un campo nel quale si richiedono particolari cognizioni tecniche non giuridiche. È scelto di volta in volta tra persone iscritte in albi speciali (art. 61 c.p.c.) ed al quale affida determinate indagini (i c.d. "quesiti"), sulle quali il consulente riferisce di solito con una relazione scritta o anche con chiarimenti verbali in udienza o in camera di consiglio.

Il *custode* è la persona alla quale viene affidata la conservazione e, talora, l'amministrazione dei beni pignorati o sequestrati (art. 65 c.p.c.). Ha diritto ad un compenso da liquidarsi con decreto del giudice che lo ha nominato.

Infine, l'art. 68 c.p.c. prevede il ricorso ad altri più generici *ausiliari*, nonché la possibilità di ricorrere all'assistenza della forza pubblica.

CAPITOLO VIII LE PARTI E I DIFENSORI.

SEZ. I – NOZIONE DI PARTE NEL PROCESSO

La legge non definisce il concetto di parte. Nel linguaggio giuridico processuale *Parte* è chi compie gli atti del processo e ne subisce gli effetti, ed è perciò destinatario dei provvedimenti del giudice. Poiché l'atto che dà vita al processo è la domanda, da questa risultano i destinatari del provvedimento chiesto al .Più precisamente, parti nel processo sono rispettivamente colui che propone la domanda ("soggetto attivo"), e colui nei cui confronti la domanda è proposta ("soggetto passivo"). Esse prendono un diverso nome a seconda dell'azione esercitata (es. rispettivamente: *attore* e *convenuto* nel processo di cognizione; *appellante* e *appellato* nel processo di appello; *ricorrente* e *resistente* in quello in Cassazione).

Il ruolo della "parte" è sempre presente nel processo (che per sussistere presuppone solo una domanda al giudice da parte un soggetto nel confronti di un altro) anche in mancanza di altre qualificazioni (es. potere di proporre la domanda, legittimazione ad agire, titolarità del diritto sostanziale affermato). Quindi potrà mancare il diritto fatto valere, mancare l'azione, potrà mancare il potere di proporre la domanda: ma se c'è una domanda c'è un processo e quindi c'è la parte (sia attiva che passiva – ovviamente in caso di rappresentanza o sostituzione le parti sono il rappresentato ed il sostituto).

Quando la legge usa il termine parte con riferimento al titolare del rapporto sostanziale si parla di "parte in senso sostanziale". Quello che interessa a noi è la parte in senso processuale, in relazione al rapporto giuridico processuale, i soggetti che quindi operano nel processo e a cui la legge attribuisce i poteri, le facoltà o gli oneri processuali, doveri e responsabilità.

LA CAPACITÀ DI STARE IN GIUDIZIO O CAPACITÀ PROCESSUALE E LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE

Innanzitutto dobbiamo distinguere la *capacità di essere parte* (che appartiene a tutti i soggetti, anche le persone fisiche incapaci d'agire), dalla *capacità processuale* (vale a dire la capacità di stare in giudizio, ponendo in essere atti processualmente validi).

Abbiamo detto che la parte è la qualificazione soggettiva che nel processo non manca mai e sussiste x il semplice fatto che è stata proposta una domanda anche senza il potere di farlo , prescindendo da qualsiasi altra qualificazione soggettiva. L'esistenza di queste qualificazioni soggettive però contribuiscono a dare un 'ulteriore qualificazione della parte. La dottrina maggioritaria opera una distinzione :

a) se la parte che propone la domanda è legittimata ad agire o a contraddire (xkè si afferma titolare del diritto) si parla di *giusta parte o parte legittimata*:

c) se la parte aveva il potere di proporre la domanda si parla di *parte legittimata ad processum e di legittimazione processuale*.

La legittimazione processuale dipende da un requisito anteriore alla proposizione della domanda (un presupposto processuale) che è il potere di porla, e che condiziona l'attitudine del processo stesso a pervenire ad una pronuncia sul merito. Si dice quindi che la legittimazione processuale è la posizione soggettiva di colui che , essendo titolare del potere di proporre la domanda (o di ricevere la proposizione) diviene, in quanto eserciti tale potere, titolare della serie ulteriore dei poteri processuali. La titolarità di tali poteri che seguono la proposizione della domanda esprime la permanenza di questo requisito durante l'ulteriore svolgimento del processo.

Anche se il legislatore ha evitati di utilizzare l'espressione " legittimazione processuale" si riferisce a questa quando nell'art. 75 parla dei soggetti sono capaci di stare in giudizio e che hanno quindi capacità processuale. Con la nozione di capacità processuale (o capacità di stare in giudizio) il legislatore ha espresso sia la capacità (come modo di essere psicofisico del soggetto) sia la titolarità del potere di proporre (o ricevere) la domanda e dei poteri successivi che consegue a tale capacità. In + quando il legislatore precisa chi sono i soggetti capaci e che quindi possono stare in giudizio si riferisce ad una situazione che è la cd. Legittimazione processuale, anche se nn usa esplicitamente tale termine.

LA RAPPRESENTANZA PROCESSUALE LEGALE, L'ASSISTENZA, L'AUTORIZZAZIONE E LA RAPPRESENTANZA PROCESSUALE DEGLI ENTI. IL CURATORE SPECIALE.

L'art. 75, comma primo, c.p.c., afferma che *sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere*. Vale a dire che sono capaci di stare in giudizio i soggetti che non devono essere rappresentati perché hanno capacità d'agire. Ai sensi del secondo comma del citato art. 75, *le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non sono rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la capacità*.

I soggetti che non possono stare in giudizio sono gli incapaci, cioè coloro che, non avendo il libero esercizio dei diritti (x incapacità d'agire o x altra causa (es. i falliti) esclusa l'incapacità naturale) non hanno capacità processuale e quindi legittimazione processuale.

L'ordinamento però mette a disposizione di questi soggetti lo strumento della rappresentanza legale.

Con la rappresentanza (legale) la legge conferisce ad un soggetto (rappresentante) un potere detto rappresentativo con cui compie gli atti processuali in nome dell'incapace (rappresentato) manifestando che si vuole produrre effetti in capo a quest'ultimo (contemplatio domini).

Quindi la rappresentanza legale presuppone 2 elementi: 1) potere rappresentativo 2) contemplatio domini.

I poteri processuali del rappresentante (quindi i poteri rappresentativi) sono sia quelli che introducono gli atti del processo (quindi anche la domanda) e sia quelli che proseguono x tutto il processo ossia gli atti derivanti dalla legittimazione processuale, per questo si parla di legittimazione processuale rappresentativa.

La contemplatio domini consiste nella dichiarazione del rappresentante di agire in nome del rappresentato.

Alla rappresentanza legale si riferisce il 2° comma dell'art. 75 oltre a contenere la disciplina di quei soggetti detti semicapaci (inabilitati e minori emancipati) x i quali sono previsti gli istituti dell'assistenza, autorizzazione e della cd. Rappresentanza organica.

Quindi i semicapaci stanno in giudizio con l'assistenza del curatore, talora previa autorizzazione)

L'assistenza consiste in una partecipazione contemporanea dell'assistente (curatore) e dell'assistito (semicapace) all'esercizio dei poteri, quindi in una titolarità congiunta o contitolarità (legittimazione processuale congiunta)

L'autorizzazione può riguardare sia l'attività del rappresentante legale, sia quella dell'assistente del semicapace

Il 3° comma si riferisce alla legittimazione processuale per l'esercizio in giudizio dei diritti delle persone giuridiche. Le persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta a norma della legge o dello statuto. In tal caso si parla di rappresentanza organica, differente dalla rappresentanza perché la legittimazione processuale fa capo alla persona giuridica non al rappresentante, questo è lo strumento attraverso cui la persona giuridica esercita tale legittimazione.

Per quanto riguarda gli enti che non sono persone giuridiche (associazioni, comitati, enti non riconosciuti), il legislatore processuale, considerando che la legge parla di una soggettività attenuata in seguito ad un iter di riconoscimento formale e configura in capo a questi la titolarità di obbligazioni e di diritti, ha previsto al 4° comma dell'art. 75 la possibilità di stare in giudizio per mezzo delle persone indicate dall'art. 36 c.c.

Infine, la legge ha preso in considerazione un'eventualità contingente, ossia l'ipotesi che, per una ragione qualsiasi, manchi la persona alla quale spetti la rappresentanza o l'assistenza e, d'altra parte, esistano ragioni di urgenza. Per questa eventualità, l'art. 78, comma primo, prevede la nomina - su istanza dell'interessato, ancorché incapace, dei suoi prossimi congiunti o del p.m. (art. 79 c.p.c.) - di un *curatore speciale* all'incapace, alla persona giuridica o all'associazione non riconosciuta, con i poteri di rappresentanza o di assistenza in via provvisoria, ossia *finché subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza*.

LA RAPPRESENTANZA VOLONTARIA E CENNI SULLE DISFUNZIONI DEGLI STRUMENTI SOSTITUTIVI O INTEGRATIVI DELLA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE

Dalla *rappresentanza legale* - in cui, per l'incapacità dei rappresentati, o per altre cause, è la legge che conferisce il potere rappresentativo al rappresentante - differisce la *rappresentanza volontaria* (art. 77 c.p.c.), in cui il potere rappresentativo è conferito dal titolare del diritto (che così diverrà il rappresentato) attraverso un negozio (*la procura*).

L'art. 77 dispone che: il rappresentante volontario non può agire come tale se non ha ricevuto un'apposita procura, cioè se la legittimazione processuale rappresentativa non gli è stata conferita per iscritto. Quindi la qualità di rappresentante nel campo sostanziale è un requisito necessario (nel senso che non si può conferire la rappresentanza processuale ad un soggetto che in campo sostanziale non sia rappresentante) ma non sufficiente (poiché perché sussista la legittimazione processuale rappresentativa occorre che sia oggetto di

espresso conferimento). Questa non sufficienza ha delle eccezioni, quindi in alcuni casi eccezionali il rappresentante volontario ha la rappresentanza processuale anche se nn gli è stata conferita espressamente per iscritto. Ciò avviene per gli atti urgenti e le misure cautelari e se tale potere si presume conferito al procuratore generale di chi nn ha residenza o domicilio nella repubblica e all'istitutore.

Anche il rappresentante volontario deve effettuare la *contemplatio domini* (dichiarare cioè che agisce in nome del rappresentato)

Il “difetto di rappresentanza” è rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, anche d'ufficio; e può essere eccepito per la prima volta anche in Cassazione. Tale difetto è, comunque, sanabile in qualunque stato e grado del giudizio con effetto retroattivo. La sanatoria si realizza sempre con la costituzione nel successivo grado di giudizio del rappresentante legittimato.

Se il soggetto che agisce in nome altrui è privo della legittimazione processuale (falsus procurator) e tale vizio sia stato rilevato e non sanato, il processo deve arrestarsi alla pronuncia di tale difetto. Se il vizio non è stato rilevato ed è stata pronunciata la sentenza viene escluso che il giudicato investa il rappresentato ed è esclusa la possibilità di avvalersi della negotiorum gestio né della ratifica.

Se manca solo l'autorizzazione, poiché questo investe non l'esistenza ma solo l'esercizio dei poteri processuali, si ammette sanatoria.

Se ci sono disfunzioni dello strumento dell'assistenza la giurisprudenza afferma l'utilizzabilità della ratifica.

Il codice chiude la regolamentazione della parte con l'art. 81 c.p.c. relativo alla *sostituzione processuale*. Tale articolo afferma che *fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui*.

SEZ. II - I DIFENSORI ED I CONSULENTI TECNICI DI PARTE

Le parti nello stare in giudizio, poiché normalmente nn hanno le cognizioni di diritto necessarie per poter far valere o difendere i loro diritti, non operano da sole ma si avvalgono della collaborazione di altri soggetti che sono i difensori.

Si intende per difensori sia coloro che la legge chiama “procuratori” e la cui attività è detta ministero di difensori “sia gli avvocati la cui attività è detto “assistenza di difensore”.

Queste 2 qualifiche sono state formalmente unificate a seguito della soppressione della figura del procuratore legale, quindi attualmente il difensore è sempre un avvocato.

Secondo l'articolo 82 le parti possono stare in giudizio soltanto con l'assistenza di un difensore legalmente esercente, al di fuori di ipotesi tassative, in cui possono agire personalmente:

- davanti al giudice di pace, nelle cause il cui valore non ecceda euro 516,46 (comma primo);
- il giudice di pace, tenuto conto della natura e dell'entità della causa, su istanza di parte, può autorizzare la stessa a stare in giudizio di persona (, comma secondo);
- quando la parte ha la *qualità necessaria per esercitare l'ufficio di difensore* (art. 86).

In ogni altro caso la parte deve essere rappresentata da un avvocato che, nei giudizi Davanti alla Corte di Cassazione, deve essere iscritto nell'apposito albo.

IL MINISTERO DEL DIFENSORE E LA CD. RAPPRESENTANZA TECNICA.

L'attività del difensore, secondo l'art 84, consiste nel potere di compiere e ricevere, nell'interesse della parte stessa, tutti gli atti del processo che la legge non riserva espressamente alla parte. In ogni caso nn può compiere gli atti che importano disposizione del diritto in contesta se nn ne ha ricevuto l'apposito potere.

Poiché noi sappiamo che l'art 75 conferisce alla parte i poteri processuali, l'attività del difensore si configura come un sub conferimento di tali poteri che restano della parte.

L'art. 83 dispone che perché il difensore possa agire in nome della parte necessita di un particolare negozio, la procura. Questa può essere generale (ad lites) o speciale (ad litem) e deve essere conferita per atto pubblico o scrittura privata autenticata. Quando è speciale può essere apposta, da persona individuabile dalla sottoscrizione o intestazione dell'atto, a margine dei documenti che contengono gli atti del processo con autenticazione da parte dello stesso difensore.

La procura speciale si presume conferita soltanto per un determinato grado del processo, quando nell'atto non è espressa volontà diversa. Può comprendere la facoltà di nominare sostituti o altri difensori, può essere sempre revocata dalla parte, o il difensore può rinunciarvi (ma la revoca e la rinuncia non hanno effetti nei confronti dell'altra parte finché nn sia avvenuta la sostituzione – art 85)

La procura dell'attore (art 125) può essere rilasciata anche dopo la notificazione dell'atto di citazione ma prima della costituzione.

In alcuni casi la designazione del difensore non avviene tramite procura ma direttamente per legge (es. l'amministrazione dello stato è difesa dall'avvocatura dello stato)

Se il difensore agisce senza procura egli assume la qualità di parte e tutte le relative conseguenze (responsabilità, spese, etc).

La procura è quindi uno strumento che funziona come la rappresentanza (tant'è che si parla di rappresentanza tecnica) ma che rispetto ad essa presenta delle differenze:

- 1) il difensore ha + autonomia tecnica del rappresentante
- 2) il difensore non ha alcuna autonomia nel disporre direttamente dei diritti in contestazione

C'è una differenza delle 2 attività dell'avvocato:

- 1) con l'esercizio del ministero, il difensore entra nel processo e compie gli atti in nome della parte
- 2) con l'esercizio dell'assistenza, svolge un ruolo + marginale ma sul piano concreto molto più importante perché mira a determinare il convincimento del giudice.

L'art 87 oltre a riferirsi all'assistenza dell'avvocato, accenna anche all'assistenza del consulente tecnico di parte che la legge consente alle parti di incaricare, nei casi in cui il giudice dovendo risolvere questioni tecniche nomina un consulente tecnico d'ufficio.

Il consulente tecnico svolge le attività dell'avvocato limitatamente al piano tecnico.

Il nostro ordinamento ammette l'istituto del gratuito patrocinio a spese dello Stato, affinché anche le persone meno abbienti possano adire gratuitamente la giustizia o difendersi dalle altrui pretese.

SEZ. III – I DOVERI E LE RESPONSABILITÀ DELLE PARTI E DEI DIFENSORI.

Art 88. Sia le parti che i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità (onestà e integrità morale). Tale dovere ha natura sia morale che giuridica, ciò è confermato dalla previsione di sanzioni conseguenti alla sua violazione. In sintesi questo dovere consiste nel dovere di rispettare le regole del gioco, in particolare si considerano sleali e disonesti i comportamenti che turbano la normale applicazione del principio del contraddittorio (impedente alla controparte di venire a conoscenza di informazioni rilevanti per la causa). Con riferimento ai difensori il secondo comma prevede l'obbligo del giudice di informare le organizzazioni competenti che applicheranno le sanzioni disciplinari.

Art. 89 Non devono utilizzare frasi sconvenienti od offensive. Le sanzioni sono indicate nel 2° comma che dispone che il giudice possa: disporre la cancellazione delle espressioni e, con la sentenza che decide la causa, assegnare alla persona offesa una somma a titolo di risarcimento quando le espressioni non riguardano l'oggetto della causa. L'art 598 c.p infatti considera tali espressioni, se rivolte alla persona e non all'oggetto della causa, reato.

LA RESPONSABILITÀ PER LE SPESE

Le spese processuali consistono negli oneri fiscali e di compenso ai difensori, consulenti tecnici, oltre che altri oneri coordinati con l'attività dell'ufficio (spese di cancelleria, compensi agli ufficiali giudiziari etc.).

I problemi quindi sono 2: chi deve anticipare l'importo delle spese, e su chi grava il carico definitivo.

A) l'onere delle anticipazioni

L'Art 90. cpc "**principio dell'anticipazione delle spese**" (abrogato ma recepito del D.P.R 30/05/2002) prevedeva che, Per quanto riguarda il primo problema, ciascuna parte provvede alle spese degli atti processuali (compreso il compenso del difensore) che compie e che chiede e le anticipa quando questo è previsto dalla legge.

B) la regola della soccombenza Il secondo problema, posto quindi che ciascuna parte ha l'onore di anticipare le proprie spese, dipende dall'esito del processo, dovendosi applicare il "**principio dell'onere della soccombenza**", secondo cui le spese sono poste a carico, appunto, della parte soccombente e a favore della parte vittoriosa (art. 91 c.p.c.).

Questa soluzione, se appare giusta dal lato di chi vince, non lo sembra dal lato di chi perde perché il risarcimento danni presuppone l'illiceità del fatto che ha causato il danno. Ora non si può qualificare illecito il comportamento di chi agisce o resiste in giudizio che anzi, costituisce l'esercizio del diritto.

Quindi se tale spesa non è giusto che sia sopportata dalla parte vincente, non sembra neanche giusto che debba gravare sulla parte soccombente. Ma poiché tali spese devono gravare su qualc1 non è possibile una soluzione diversa, con la specificazione però che chi perde paga non a titolo di risarcimento ma solo come conseguenza della sua soccombenza che deve fungere da stimolo per un maggiore senso di autoresponsabilità nel momento in cui si decide di agire o resistere in giudizio.

Tale regola riappare anche con riferimento al processo esecutivo (art 95) e cautelare (art 669) secondo cui le spese spettano rispettivamente a carico di chi ha subito l'esecuzione e a carico del richiedente del provvedimento cautelare la cui richiesta sia stata rigettata.

I GIUSTI MOTIVI E LE RAGIONI DI TEMPERAMENTO DELLA REGOLA DELLA SOCCOMBENZA.

La regola della soccombenza presenta delle eccezioni .

L'art 92 prevede che il giudice possa :

- 1) ridurre (in sede di liquidazione) la ripetizione delle spese che ritiene eccessive o superflue
- 2) sanzionare col rimborso delle spese anche non ripetibili ed indipendentemente dalla soccombenza , il comportamento posto in violazione dei doveri dell'art.88
- 3) compensare le spese tra le parti (lasciandole in tutto o in parte a chi le aveva anticipate) se ritiene che sussistano giusti motivi riconducibili sia al comportamento pre-processuale delle parti stesse sia a ragioni di natura morale e solidarietà sociale.

Il giudice valuterà la sussistenza di questi giusti motivi in base ai suoi poteri discrezionali che hanno come unico limite di non addossare interamente le spese alla parte vittoriosa.

LA RESPONSABILITÀ AGGRAVATA.

La regola della soccombenza può talora essere, al contrario, resa più rigorosa, fino ad assumere i caratteri propri di un autentico risarcimento dei danni. È questa la fattispecie della c.d. *responsabilità aggravata* di cui all'art. 96 c.p.c.

Tale fattispecie si configura quando viene accertato che la parte *soccombente* abbia agito (in caso di soccombenza dell'attore) o resistito in giudizio (in caso di convenuto) con mala fede o colpa grave (comportamento che si suole qualificare come *temerarietà della lite*).

La malafede o la colpa grave determina l'illiceità del comportamento della parte che in tal modo abusa del suo diritto d'azione, in pratica si punisce col risarcimento danni il temerario che ha portato avanti un giudizio ingiustificato perché era consapevole del suo torto.

Nel campo esecutivo e nel processo cautelare la responsabilità aggravata consiste nell'avvalersi di un titolo esecutivo o un provvedimento cautelare poi risultati infondato o senza la normale prudenza.

FIGURE PARTICOLARI DI RESPONSABILITÀ PER LE SPESE

Art. 94 configura un ho di responsabilità processuale e dei rappresentanti e curatori prevedendo una loro condanna (e non del rappresentato o assistito) a favore della parte vittoriosa se violano i doveri di lealtà e quindi se non usano la prudenza necessaria (proprio perché di solito le conseguenze della soccombenza ricadono sugli assistiti)

LA DISTRAZIONE DELLE SPESE.

Art. 93 costituisce una deroga al principio generale secondo cui incombe sul cliente l'obbligo di compenso e rimborso delle spese al proprio difensore. Infatti si prevede che il difensore (con istanza in cui dichiara di aver anticipato le spese e non aver riscosso gli onorari) chieda al giudice ,nella sentenza in cui condanna alle spese, di distrarre (di spostare quindi) il carico del suo onorario dal cliente alla parte soccombente. Il difensore per effetto dell'accoglimento dell'istanza di distrazione diviene creditore diretto della controparte soccombente.

LA CAUZIONE PER LE SPESE.

L'art 98 (di cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale) prevedeva che il giudice, su istanza del convenuto disponesse il versamento di una cauzione per il rimborso spese da parte dell'attore non ammesso al gratuito patrocinio nel timore che la condanna al rimborso spese potesse restare ineseguita. La corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo in quanto contrario all'art 3 cost. e in quanto costituiva

un limite al diritto d'azione. Restano in vigore le norme che ammettono una richiesta di cauzione da parte del giudice per determinate attività tassativamente prevista (art 119)

SEZ IV PLURALITÀ DI PARTI

Si ha *litisconsorzio o comunanza della lite* quando nel processo vi è una pluralità di parti, e cioè quando vi sono più attori (*litisconsorzio attivo*) o più convenuti (*litisconsorzio passivo*). Il litisconsorzio è ammesso per due ragioni: il principio dell'economia dei giudizi, e quello della non contraddittorietà dei giudicati.

Rispetto al momento in cui si verifica la presenza di più parti il litisconsorzio può essere "originario" o "successivo" (c.d. *intervento*).

Rispetto al rapporto che lega le parti tra loro, il litisconsorzio originario può essere necessario o facoltativo.

Il litisconsorzio necessario (art. 102 c.p.c.) configura una hp di legittimazione ad agire necessariamente congiunta: esso si ha quando la decisione non può essere pronunciata che nei confronti di più parti, in tal caso queste devono agire o essere convenute nello stesso processo (es. la domanda di divisione deve proporsi nei confronti di tutti gli eredi, o di tutti i condomini). Poiché la loro presenza è qualificata come necessaria se tutti i soggetti nn partecipano al processo il giudice nn può decidere (difetto di partecipazione congiunta) ma deve ordinare l'integrazione del contraddittorio (cioè chiamare a partecipare al processo coloro che avrebbero dovuto parteciparvi ma che sono fuori) in un termine perentorio da lui stabilito, decorso inutilmente il quale si avrà come conseguenza, l'estinzione del processo.

Quando il litisconsorzio è necessario? Quando (come dice l'articolo) la decisione nn può pronunciarsi che in confronto di + parti ossia quando è impossibile una pronuncia che non interessi tutti i suoi soggetti (pronuncia congiunta). Questa impossibilità si rende evidente nei rapporti plurisoggettivi sia quando la legge introduce la necessità del litisconsorzio per ragioni di opportunità, sia quando la pronuncia senza la partecipazione di tutti (ad esempio se in una divisione di un bene appartenente ad A B e C partecipino solo A e B) sarebbe in contrasto con la regola della legittimazione passiva e del contraddittorio. La legge dispone che, qualora il giudice dovesse proseguire il giudizio nonostante la mancanza di un litisconsorte necessario, la sentenza pronunciata sarà come *inutiliter data*, ossia non produrrà effetti neanche nei confronti delle parti costituite.

Quando invece , nonostante la plurisoggettività del rapporto, la pronuncia su di esso può regolare i rapporti di alcuni dei soggetti lasciando impregiudicata la posizione degli altri il litisconsorzio non è necessario (es caso del creditore nei confronti di 2 debitori solidali, la condanna di uno di essi nn è inutiler data e perciò il litisconsorzio nn è necessario).

Quindi se il litisconsorzio è necessario il giudice che rileva il difetto di integrità del contraddittorio ne ordina l'integrazione, se il giudice nn rileva tale difetto e pronuncia sentenza sul merito questa si intende inutiler data (non solo quindi nulla ma addirittura inesistente)

Il litisconsorzio facoltativo (art. 103 c.p.c.) consiste nella opportunità del cumulo soggettivo che consegue alla connessione oggettiva: questo si verifica quando per ragioni di convenienza pratica, due azioni vengono esercitate nello stesso processo; non si tratta però di una riunione imposta dalla legge.

Questo può essere *proprio* (più persone possono agire o essere convenute nello stesso processo a condizione che fra le cause proposte esista connessione per l'oggetto o per il titolo); e può essere *improprio* (quando la decisione dipende totalmente o parzialmente dalla soluzione di identiche questioni). Nel litisconsorzio facoltativo le azioni connesse, sebbene proposte nello stesso processo, rimangono distinte e possono essere decise in modo differente: a norma dell'art. 103, comma secondo, c.p.c., *il giudice può disporre, nel corso dell'istruzione o nella decisione, la separazione delle cause, se vi è istanza di tutte le parti, o quando la continuazione della loro riunione ritarderebbe o renderebbe più gravoso il processo, e può rimettere al giudice inferiore le cause di sua competenza*.

Aspetto particolare del litisconsorzio facoltativo è quello alternativo caratterizzato dal medesimo petitem verso più soggetti in alternativa tra loro (l.a.passivo) o dallo stesso petitem di + soggetti in alternativa tra loro contro lo stesso convenuto (l.a. attivo)

In alcuni casi inoltre (ad esempio nei casi di impugnazione della delibera assembleare da parte di + soggetti ciascuno dei quali avrebbe potuto agire da solo senza che il giudice fosse tenuto all'integrazione del contraddittorio) il giudizio deve essere uno ed unico (litisconsorzio unitario)

L'INTERVENTO (LITISCONSORZIO SUCCESSIVO)

Il litisconsorzio si realizza all'atto dell'inizio del processo mentre L'intervento si verifica a processo già instaurato, quando in un processo già iniziato subentra un soggetto estraneo, diverso dalle parti originarie.

La ragione pratica di tale istituto è data dal fatto che la posizione del terzo potrebbe subire delle conseguenze indirette dalla sentenza altrui.

Con l'intervento il terzo acquista la qualità di parte, e determina spesso un ampliamento dell'oggetto processuale. L'intervento è un fenomeno di fatto che può verificarsi in assenza di una previsione legislativa in merito, nel senso che così come accade x la domanda che può essere proposta da chi poi si scopre non essere legittimato a farlo, allo stesso modo colui che interviene senza il potere di farlo assume solo per il fatto di essere intervenuto la qualità di parte.

La legge quindi si occupa di stabilire quando e in che modo l'intervento è possibile sotto il profilo di diritto (quando si può intervenire o si può far intervenire – ossia la legittimazione all'intervento)

La legittimazione all'intervento si fonda su una connessione oggettiva (perché affermata) tra l'azione in corso e quella che il terzo vuole esercitare, ovvero che si vuole esercitare contro di lui.

L'intervento può essere di tre tipi: *volontario*, *coatto su istanza di parte* e *coatto per ordine del giudice*.

L'intervento volontario (art. 105 c.p.c.): è l'intervento dovuto all'*iniziativa spontanea del terzo*, che, potendo in qualche modo risentire delle conseguenze derivanti da un processo di cui non è parte, ha interesse allo svolgimento e all'esito del processo stesso. Si tenga comunque presente che il terzo potrebbe attendere la fine del processo e proporre l'*opposizione di terzo* (ex art. 404 c.p.c.) contro la sentenza, strumento concesso al terzo proprio per evitare il pregiudizio pratico che subisce (l'intervento volontario costituisce un'opposizione di terzo anticipata).

Tale intervento a sua volta può essere:

1) **principale**, quando l'interveniente afferma un diritto proprio in contrasto sia con l'attore che con il convenuto (es. Tizio rivendica una cosa nei confronti di Caio, Sempronio interviene sostenendo che quel bene è il suo);

2) **adesivo autonomo** o **litisconsortile**, quando l'interveniente, pur facendo valere un diritto autonomo, assume una posizione uguale a quella di una delle parti; la sua difesa, pur coincidendo con quella di una delle parti, comunque rimane sempre distinta da essa. Proprio per tale motivo l'interventore adesivo autonomo può proporre domande nuove o impugnare autonomamente la sentenza;

3) **adesivo dipendente** (*ad adiuvandum*), anche qui il terzo sostiene le ragioni di una delle parti, ma non potrebbe agire da solo, non vantando nessun diritto, ma avendo solo un interesse nella causa (es. il sub-conduttore che interviene nella causa pendente tra il locatore ed il conduttore altro condebitore). tale interesse consiste in una generica aspettativa di vantaggio che il terzo si aspetta dell'accoglimento della domanda, vantaggio non autonomo e collegato (dipendente) con la posizione della parte adiuvata. Per questo si dice che essendo l'interesse ad agire del terzo caratterizzato da un riferimento ad un diritto altrui è un interesse riflesso.

Per tale situazione di dipendenza processuale, l'interventore non può proporre impugnazione autonoma se la parte adiuvata vi abbia rinunciato.

L'intervento coatto.

L'intervento è coatto quando il terzo è convenuto o chiamato nel processo in corso. Non è una coazione fisica e neppure giuridica, è solo una situazione che sottolinea la non spontaneità dell'intervento.

L'intervento coatto su istanza di parte (art. 106 c.p.c.)

“ciascuna parte può chiamare nel processo un terzo al quale ritiene comune la causa o dal quale pretende di essere garantito”.

Tale tipo di intervento può essere di due tipi: 1) intervento coatto su istanza di parte “in senso proprio”, il quale si verifica quando una delle parti ritenga la sua causa comune ad un terzo. Siamo davanti ad un'ipotesi di connessione oggettiva per oggetto o titolo. Si tratta di chiamare in causa i terzi che avrebbero potuto spiegare intervento principale o adesivo autonomo; 2) “chiamata in garanzia”, che ricorre quando il convenuto chiama in causa il proprio garante per essere coadiuvato nella difesa e, in caso di soccombenza, per esercitare nei suoi confronti l'azione di regresso.

In linea di fatto nessuno può impedire ad una parte di chiamare in causa un terzo anche quando non sussistano ragioni che fondano la legittimazione alla chiamata (come sopra), se ciò avviene il terzo potrà dimostrare di essere stato chiamato senza fondamento e ottenere una pronuncia in tal senso.

Le ragioni che fondano la legittimazione a chiamare il terzo si riconducono alla connessione oggettiva come risulta dall'articolo quando dice:” al quale ritiene comune la causa o dal quale pretende di essere garantito”.

In realtà le ragioni che legittimano la chiamata sono le stesse che legittimano il terzo all'intervento volontario in tutte e 3 le forme (sia principale in cui il terzo potrebbe intervenire per rivendicare la proprietà di un bene , nell'hp di istanza di parte potrebbe essere chiamato da una delle parti per contestare l'altrui diritto – chiamata del terzo pretendente... così nel litisconsortile e nell'adesivo) .

Più precisamente le ragioni per cui una o l'altra parte possano chiamare il terzo è fare in modo che il terzo, con la chiamata assuma la qualità di parte e che il provvedimento che chiuderà il processo sia efficace anche nei suoi confronti per prevenire eventuali pretese del terzo o per l'immediata rivalsa in caso di soccombenza.

L'intervento coatto per ordine del giudice (art. 107 c.p.c.): il giudice può ordinare l'intervento del terzo quando ritiene che il processo si debba svolgere anche nei suoi confronti nei casi in cui ritenga la comune. In realtà il terzo non viene chiamato direttamente dall'ordine del giudice ma da una delle 2 parti, cioè l'ordine di intervento non è diretto al terzo, ma alla parte che deve provvedere alla chiamata, mediante citazione.

Se la parte non ottempera e la chiamata non avviene la causa viene cancellata dal ruolo e il processo si estingue. Se l'ordine della chiamata grava su entrambe le parti questo verrà ottemperato da quella che ha interesse alla prosecuzione del giudizio.

Quanto alle ragioni dell'ordine del giudice queste possono essere dovute a motivi di economia dei giudizi, per garantire unità e uniformità di decisione sui rapporti connessi, oppure per tener conto dell'interesse del terzo e tutelare le sue ragioni.

L'ordine di chiamata va tenuto distinto dall'ordine di integrazione del contraddittorio in caso di litisconsorzio necessario perché in questo caso (secondo l'art 102) il litisconsorzio necessario è la causa dell'ordine del giudice mentre nel primo caso (art 107) la necessità del litisconsorzio è una conseguenza dell'ordine di chiamata.

Il requisito perché il giudice possa procedere all'ordine di chiamata è la comunanza della causa.

L'ESTROMISSIONE

Fenomeno inverso all'intervento è quello dell'*estromissione*, che consiste nell'uscita di una parte dal processo per effetto di una pronuncia del giudice, ed ha luogo quando si accerti il difetto dei presupposti che condizionano la presenza della parte nel processo. L'estromissione può colpire tanto una parte originaria quanto una parte intervenuta o chiamata nel processo già pendente; e presuppone la pluralità di convenuti. Il codice regola espressamente due casi di estromissione.

Estromissione del garantito (art. 108 c.p.c.): tale articolo regola l'ipotesi di chiamata in causa del garante; se questi compare e accetta di assumere la causa in luogo del garantito, quest'ultimo può chiedere, qualora le altre parti non si oppongano, l'estromissione; in tal caso il processo prosegue contro il garante, che assume la veste di sostituto processuale del garantito *ex* art. 81 c.p.c., ma la sentenza di merito spiega i suoi effetti anche contro il garantito estromesso.

Estromissione dell'obbligato (art. 109 c.p.c.): quando si contende a quale di più parti spetti una prestazione e l'obbligato si dichiara pronto a eseguirla a favore di chi ne ha diritto, il giudice può ordinare il deposito della cosa o della somma dovuta, e può estromettere l'obbligato dal processo.

LA SUCCESSIONE NEL PROCESSO (art. 110 c.p.c.)

Che succede se durante un processo si apre una successione universale per la morte di una parte o, se persona giuridica, per la sua estinzione?

In alcuni casi la morte fisica della persona provoca la cessazione delle ragioni di esistere della causa determinando la cessazione della materia del contendere (es nella causa di divorzio muore uno dei coniugi). Con riguardo all'estinzione delle persone giuridiche , non sempre questo fenomeno da luogo al venir meno della parte (ad es ciò non accade nel caso di mutamento della regione sociale ma accade nel caso di incorporazione o fusione))

La soluzione del problema è implicita nella nozione di successione universale. Successione universale significa sub ingresso in tutti i diritti (esclusi i non trasferibili) del decuius, quindi se la posizione del decuius ha una propria ed autonoma consistenza giuridica, anche questa posizione giuridica processuale si trasmetterà al suo successore universale, non nella titolarità del diritto sostanziale ma nella sola posizione processuale.

Infatti l'art 110 dispone che quando la parte viene meno per morte o altra causa, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto. La legge quindi prende atto del fatto che il successore universale così come subentra nei diritto dell'estinto, così subentra anche nella posizione processuale mantenendo tutti i poteri del suo dante causa.

Come si verifica il sub ingresso?

Il successore non entra nel processo automaticamente ma dopo una interruzione attraverso un'autonoma iniziativa detto riassunzione (se compiuta dall'altra parte nei confronti del successore) o spontanea costituzione (se compiuta dal successore stesso)

La successione nel diritto controverso (art. 111 c.p.c.)

La successione a titolo particolare invece è la successione in un determinato diritto che può avvenire sia x atto tra vivi (alienazione, trasferimento) che mortis causa (legato). In ambito processuale questa situazione viene in rilievo quando tali eventi (alienazione, trasferimento, legato) verificandosi durante il processo riguardano il diritto oggetto del processo stesso. Perciò si parla di successione particolare nel diritto controverso (che è il diritto sostanziale su cui si svolge il giudizio)

In questo caso (che in epoca romana nn si verificava essendo vietata l'alienazione della res litigiosa) il codice dispone che :

- 1) Se il trasferimento avviene con per atto *inter vivos*, il processo prosegue tra le parti originarie quindi l'alienante continua ad essere parte che agisce o resiste in giudizio per far valere un diritto che nn è + suo (eccezione alla regola della legittimazione ad agire che configura un hp di legittimazione straordinaria).
- 2) Se il trasferimento avviene *mortis causa*, il processo è proseguito dal successore universale o nei suoi confronti.

Da notare è ke la parte che prosegue il processo non è il successore particolare (legatario) ma il successore universale (l'erede) che anche iin questo caso si trova ad agire o resistere in giudizio per far valere un diritto che non è suo ma è del legatario. Quindi assume la stessa posizione dell'alienante , entrambi sostituiti processuali del successore a titolo particolare.

Il 3 comma prevede che però il successore a titolo particolare possa intervenire nel giudizio e il sostituto processuale del successore a titolo particolare possa venire estromesso col consenso dell'altra parte.

In ogni caso la sentenza pronunciata spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui salvo le norme sull'acquisto in buona fede dei terzi e sulla trascrizione.

Cap. IX IL PUBBLICO MINISTERO

Il *Pubblico Ministero* (P.M.), è un organo dello Stato destinato ad operare accanto agli organi giurisdizionali nell'interesse pubblico rappresentato dall'attuazione della legge, con poteri e altre situazioni proprie delle parti. Tecnicamente quindi il Pm è una parte del processo, funzionalmente è l'interprete degli interessi pubblici. Le persone che ricoprono l'ufficio del Pm sono i magistrati facenti parte della cd. Magistrature requirente.

Le attribuzioni indicate dall'art 73 rispondono all'esigenza di vigilare sull'osservanza delle leggi, regolare l'amministrazione della giustizia, la tutela dei diritti dello stato, delle persone giuridiche ed incapaci. Quindi si può dire che la sua azione ha il preciso scopo di promuovere e controllare la tutela giurisdizionale quando vengono in rilievo interessi pubblici nell'ambito dell'amministrazione della giustizia.

La legge distingue tra 3 diverse figure di P.M a seconda dell'intensità dell'interesse pubblico.

1) P.M. agente (o attore): l'art. 69c.p.c. dispone che il pubblico ministero *esercita l'azione civile nei casi stabiliti dalla legge*. In questi casi è particolarmente rilevante l'interesse pubblico alla situazione sostanziale e alla sua tutela, la legge per l'hp che il titolare del diritto resti inerte , o manchi un titolare o la persona nn sia in grado di far valere il suo diritto attribuisce al PM un potere autonomo di agire x far valere quel diritto in sostituzione di chi non può o nn vuole farlo proponendo la domanda ed i successivi atti processuali (si parla di legittimazione straordinaria) con la caratteristica che il giudicato investe solo le parti e non il Pm (pur essendo parte) .

Tutto ciò è possibile solo nei casi stabiliti dalla legge (in materia di opposizione ed impugnazione di matrimonio, per interdizione ed inabilitazione, dichiarazione di fallimento, adozione.. etc)

Nel vasto gruppo di situazioni in cui il P.M. deve agire, si distingue un gruppo in cui tale azione tende ad ottenere dal giudice un provvedimento favorevole ad una determinata persona (es. la nomina del curatore dello scomparso), ed un gruppo in cui essa si pone come il limite di ordine pubblico alla libera esplicazione della volontà delle parti (es. opposizione al matrimonio).

2) P.M. interveniente necessario: ai sensi dell'art. 70 c.p.c., Il P.M. deve intervenire a pena di nullità (“intervento obbligatorio”, art. 70, comma primo) rilevabile anche d'ufficio in una serie di ipotesi, che sono tassativamente elencate nel testo della norma. L'ordinamento in questi casi esige che una volta chiesta la tutela da parte del titolare del diritto il processo non possa svolgersi se non con la partecipazione del PM.

Da un punto di vista tecnico questa ipotesi si configura come un litisconsorzio necessario da attuarsi tramite intervento. I casi tassativi di intervento necessario sono quelli delle cause che egli stesso avrebbe potuto proporre ma non ha proposto; delle cause matrimoniali comprese quelle di separazione personale dei coniugi; delle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone, e negli altri casi previsti dalla legge³)

Ha inoltre l'obbligo di intervento in ogni causa davanti alla Corte di Cassazione (art. 70, comma secondo).

3) P.M. interveniente facoltativo. Infine, il P.M. ha la facoltà di intervenire (“intervento facoltativo”), in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse (art. 70, ult. comma). Se interviene la sua posizione coincide con quella dell'intervento necessario.

Affinché, il P.M. sia posto in condizione di poter intervenire, l'art. 71 c.p.c. contempla l'obbligo del giudice davanti al quale è proposta una delle citate cause, di ordinare al cancelliere la comunicazione degli atti del processo al P.M. stesso. L'intervento può essere utile compiuto fino al momento che precede il giudizio, ossia il momento nel quale le parti precisano le conclusioni.

I POTERI DEL P.M. (ART. 72 C.P.C.) Sotto il profilo dei poteri del PM le posizioni viste sopra si riducono a 2 e si distingue quindi tra Pm attore e PM interveniente. Nella prima Hp al PM attore, investito dalla legge della titolarità dell'azione, vengono riconosciuti gli stessi poteri che competono alle parti e li esercita nelle forme che la legge stabilisce per queste ultime, compresi quelli di proseguire autonomamente il processo (in contrasto con la volontà delle parti) e di proporre impugnazioni anche nell'inerzia delle parti (art. 72).

I poteri del PM interveniente sono limitati dalle domande proposte dalle parti (tranne che nei giudizi innanzi alla corte di cassazione) quindi in questi casi il Pm ha libertà di movimento limitata a concludere per l'accoglimento o rigetto delle domande non potendo proporre impugnazioni non proposte dalle parti [salvo nei casi di sentenze relative a cause matrimoniali comprese quelle che dichiarano l'efficacia o inefficacia di sentenze straniere relative a cause matrimoniali (ma non nei casi di cause di separazione personale dei coniugi)]

Le impugnazioni suddette spettano tanto al Pm innanzi al giudice che ha pronunciato la sentenza quanto a quello presso il giudice competente a decidere sull'impugnazione, entro un termine che decorre dalla comunicazione della sentenza.

In + il Pm interveniente è titolare di un potere di impugnazione esclusivo: può proporre la revocazione della sentenza quando questa è stata pronunciata senza che egli sia stato sentito o quando la sentenza è l'effetto della collusione posta in essere dalle parti per frodare la legge (art. 397)

Infine, l'art. 73 c.p.c. stabilisce che al P.M. si applica la norma relativa all'astensione del giudice (art. 51 c.p.c.), ma non quella relativa alla ricsuzione (art. 52 c.p.c.).

CAPITOLO X

GLI ATTI PROCESSUALI

Nel capitolo 2 abbiamo detto che la dinamica in cui si sostanzia il processo si attua attraverso l'esercizio dei poteri processuali. Questo esercizio si identifica con gli atti processuali, sicché il processo è una serie di poteri (oltre che di doveri e facoltà) che introducono atti che a loro volta danno vita ad altri poteri. Finché questa concatenazione di poteri ed atti (detta procedimento) sfocia nell'atto finale in funzione del quale si è

³ Un esempio di intervento obbligatorio previsto dalla legge, si ha nel procedimento della “querela di falso”.

svolto l'intero procedimento. Il processo quindi non è che una serie di atti , finalizzati ad uno scopo , e la disciplina del processo si sostanzia nella disciplina di questi atti o meglio delle forme degli atti processuali.

Quando si parla di forma dell'atto giuridico si intende il suo manifestarsi in un comportamento esteriore, quando si parla di contenuto dell'atto si fa riferimento all'oggetto di questa manifestazione. La disciplina delle forme si riferisce anche al contenuto tantè che qualcuno parla di disciplina forma-contenuto.

A differenza del diritto sostanziale che disciplina non solo la forma dei negozi giuridici ma la sostanza quindi anche tutto ciò che precede (il formarsi della volontà del soggetto che lo compie , infatti prevede disposizioni in materia di vizi della volontà) e che segue la formazione del negozio(quindi la produzione degli effetti giuridici) in correlazione di elementi accidentali (condizione, termine, modus) e con la causa del negozio , la disciplina processuale degli atti lascia fuori questi elementi di "sostanza" per concentrarsi su una + dettagliata disciplina delle forme finalizzata allo scopo oggettivo dell'atto che compensa questa lacuna. (in pratica la disciplina delle forme è talmente dettagliata che il loro rispetto deve necessariamente realizzare il conseguimento dello scopo dell'atto, realizzazione che in ambito sostanziale avviene con l'indagine sugli elementi che precedono e seguono l'atto stesso (quindi indagine su volontà e causa del negozio).

IL PRINCIPIO DELLA STRUMENTALITÀ DELLE FORME O CONGRUITÀ DELLE FORME ALLO SCOPO ED IL PRINCIPIO DELLA LIBERTÀ DELLE FORME.

Il principio che ha ispirato il legislatore nel determinare le forme degli atti del processo, scegliendole con riguardo allo scopo dell'atto stesso è il cd. Il principio della strumentalità delle forme o congruità delle forme allo scopo.

In forza di questo principio le forme non sono semplici rituali da seguire e devono essere rispettate se ed in quanto sono necessarie per conseguire lo scopo obiettivo, altrimenti possono essere anche trasgredite.

Il nostro codice, pur non essendoci una formulazione esplicita di tale principio, si ispira a tale principio, come risulta indirettamente dal principio dell' art. 121 c.p.c. che prevede la "libertà delle forme" degli atti: gli atti del processo per le quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento dello scopo;

Il legislatore ha inteso così esprimere la tendenza alla maggior scioltezza delle forme, ma ha poi lasciato al principio un margine di applicazione ristretto, avendo determinato la forma di tutti gli atti più importanti.

Alcune regole generali:

sono quelle previste dagli art. 122 (sull'uso della lingua italiana ed eventuale nomina di interpreti), 123(nomina dei traduttori) e124 (sull'interrogazione dei sordi e muti).

Gli atti possono avere sia forma scritta (anche informatica)che orale.

In linea di massima sono orali tutti gli atti che si svolgono con la contemporanea presenza fisica della parti innanzi al giudice. Ma anche per tali atti , pur essendo orali, la legge prescrive che sia redatta una documentazione scritta (processo verbale secondo l'art 126) .

Una variante del documento scritto è il documento informatico che ha la stessa efficacia delle scrittore previa sottoscrizione digitale (firma digitale dalle parti, giudice o cancelliere).

L'udienza

I momenti in cui avvengono i contatti tra giudice –parti/difensori in apposite sale dell'ufficio giudiziario si chiamano udienze. La legge distingue due tipi di udienze: le udienze istruttorie, nelle quali si compiono le attività preparatorie e istruttorie, e l'udienza di discussione della causa.

Il processo può svolgersi in un'unica udienza o in più udienze.

Sotto la direzione del giudice, che tiene udienza in giorni ed ore stabiliti e nel luogo a ciò destinato, si svolgono un complesso di attività processuali, essenzialmente orali, che debbono essere documentate nell'apposito verbale.

Art 127: L'udienza è diretta dal giudice singolo o dal presidente del collegio.

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.*

Art 129: chi interviene all'udienza nn può portare armi o bastoni, deve essere a capo scoperto ed in silenzio.

Art 130: “Il cancelliere redige processo verbale sotto la direzione del giudice. Questo sarà sottoscritto dal giudice e dallo stesso cancelliere”.

Il verbale documenta gli atti che si compiono oralmente nel processo e particolarmente in udienza, e altresì le attività e i fatti materiali che abbiano rilevanza giuridica. Il verbale è formato e sottoscritto dal cancelliere; il verbale d’udienza è sottoscritto anche dal giudice che presiede l’udienza.

Forma degli atti di parte. La sottoscrizione

L’art 125 indica la forma-contenuto degli atti di parte da integrarsi con la loro disciplina specifica. La sottoscrizione è elemento essenziale, perché da essa si desume la paternità del documento e quindi l’autenticità dell’atto. Tutti gli atti del processo debbono essere sottoscritti dalla parte, se questa sta in giudizio di persona, o dal procuratore, se è costituita per ministero del procuratore.

I TERMINI (ARTT. 152.155)

I termini sono i periodi di tempo stabiliti dalla legge per il valido compimento degli atti.

Nel disporre per ciascun atto il termine per il suo compimento il legislatore si è ispirato ai criteri di ragionevolezza ed opportunità in base alle esigenze di accelerare il cammino processuale o ritardarlo.

Partanti si suole distinguere tra termini *acceleratori* (*es quelli per le impugnazioni*), *dilatatori* (*es quelli per comparire*).

I termini acceleratori sono detti finali e si distinguono in :

a) **perentori** L’inosservanza dei termini perentori produce la decadenza dal potere di compiere l’atto , il che significa che l’attività processuale, per il cui e la loro decorrenza compimento è stabilito il termine, non può più essere compiuta dopo la scadenza e se viene compiuta è priva di efficacia. I termini perentori non possono essere abbreviati o e neppure prorogati nemmeno con l’accordo delle parti; tuttavia in alcuni casi la legge prevede che la parte possa essere liberata dagli effetti perentori della scadenza, mediante l’istituto della remissione in termini.

b) **ordinatori**, L’inosservanza dei termini ordinatori non produce la decadenza, o quanto meno non la produce immediatamente ma a seguito di una valutazione discrezionale del giudice. I termini ordinatori possono essere abbreviati o prorogati dal giudice, ma la proroga non può di regola superare la durata del termine originario e non può essere ripetuta se non per motivi particolarmente gravi.

La presunzione è di natura ordinatoria nel senso che normalmente i termini si presumono “ordinatori”, salvo che la legge in casi particolari preveda dei termini “perentori

Per il computo dei termini: se si tratta di termini a mesi o anni si osserva il calendario comune;

Nel computo dei termini a giorni o ad ore, si escludono il giorno o l’ora iniziali , mentre si calcolano quelli finali. Non si tiene conto del fatto che 1 o + giorni compresi nel termine sia festivo ma se il giorno di scadenza e’ festivo la scadenza e’ prorogata di diritto al primo giorno seguente non festivo, proroga che si applica anche ai termini per il compimento degli atti svolti fuori dell’udienza che cadono nella giornata di sabato. In tutti gli altri casi il sabato è un giorno regolare di lavoro.

A volte la legge indica un termine riferendosi ad un certo numero di giorni liberi (ad es. il termine di comparizione)in questo caso si esclude dal computo sia il giorno iniziale che finale.

Tutti i termini processuali si sospendono dal 1° agosto al 15 settembre tranne che per le cause in materia alimentare, procedimenti cautelari, convalida di sfratto, opposizione all’esecuzione, dichiarazione e revoca fallimento, cause del lavoro e previdenziali.

La conseguenza del mancato compimento dell’atto nel termine finale comporta la decadenza (automatica o previa valutazione del giudice) dal potere di compiere quell’atto, questa decadenza si può verificare anche quando nn è stata osservata la preordinata sequenza degli atti (infatti talora la legge prevede che un atto debba essere compiuto a pena di decadenza, in concomitanza o non oltre un altro atto).La decadenza dà luogo alla **preclusione** (perdita, estinzione o consumazione di una facoltà processuale) che di solito è irreversibile salva la sola possibilità – nei casi previsti dalla legge – della **restituzione o rimessione in termini**.

SEZIONE II : I PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE, COMUNICAZIONI E NOTIFICAZIONI

Gli atti del giudice

L'art 131 prevede 3 tipi di provvedimenti: "Gli atti del giudice (c.d. "provvedimenti") possono avere la forma della *sentenza, ordinanza o decreto*. La legge prescrive in quali casi il giudice pronuncia, appunto, sentenza, ordinanza o decreto. In mancanza di tali prescrizioni, i provvedimenti sono dati in qualsiasi forma idonea al raggiungimento dello scopo."

Di solito la sentenza viene utilizzata x assolvere la funzione decisoria, mentre ordinanza e decreto ordinatoria, tuttavia ci sono casi in cui la legge configura provvedimenti decisori sul merito da pronunciarsi con ordinanza o decreto ed in questi casi sono soggetti al regime delle impugnazioni proprio di tali atti; nel caso invece in cui il giudice per errore pronunci un provvedimento con una forma diversa da quella che la legge prescrive sorgono dei problemi, anche se l'orientamento della Cassazione è nel senso che la sostanza prevalga sulla forma.

Secondo l'art 111 della costituzione inoltre Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Quest'esigenza di motivazione si manifesta con intensità diversa rispetto ai 3 diversi tipi di provvedimento ma opera inderogabilmente per i provvedimenti decisori.

1)La sentenza

La sentenza il provvedimento più solenne, che contiene la decisione del merito della causa o di una questione pregiudiziale o di rito.

Per quanto riguarda il contenuto si possono distinguere sentenza di merito (in cui viene accolta o respinta una domanda; sentenza di rito , con cui viene rilevato un difetto di un presupposto processuale o condizione dell'azione o viene evidenziato un ostacolo che impedisce al giudice di pronunciarsi sul merito della causa; sentenza di accoglimento o di rigetto della domanda; sentenza di mero accertamento (quando il giudice accerta l'esistenza del diritto contestato o vantato) di condanna (quando oltre ad accertare il diritto accerta l'esigenza della sua ulteriore tutela mediante esecuzione forzata) o costitutiva (quando dopo aver accertato un diritto ad una motivazione giuridica assolve l'esigenza di tutela mediante tale modificazione).

Quando la sentenza assolve interamente alla funzione decisoria e chiude quindi il giudizio xkè il giudice decide interamente nel merito o riscontra un difetto di presupposti processuali o condizioni dell'azione si parla di sentenza definitiva, non è definitiva quando appunto nn definisce il giudizio perché il giudice decide il merito solo in parte o risolve una questione pregiudiziale o preliminare in senso che consenta la prosecuzione del processo.

Ai sensi dell'art. 132, la *sentenza* è pronunciata in nome del popolo italiano, e deve contenere :

- 1) l'indicazione del giudice che l'ha pronunciata
- 2) l'indicazione delle parti e dei loro difensori
- 3) la conclusione del PM e delle parti
- 4) l'esposizione dello svolgimento del processo ed i motivi della decisione (motivazione ; la cui funzione è quella di consentire un controllo del ragionamento che ha condotto alla decisione.
- 5) il dispositivo, la data di deliberazione e la sottoscrizione del giudice (elemento richiesto a pena di *inesistenza*).

La sentenza emessa da 1 organo collegiale è sottoscritta solo dal presidente e dal giudice estensore (colui che redige la sentenza) la mancanza delle sottoscrizioni da luogo alla nullità assoluta ed insanabile.

Se il presidente nn può sottoscrivere sottoscrive il componente del collegio + anziano, se l'estensore nn può sottoscrivere basta la sottoscrizione del solo presidente purchè sia menzionato l'impedimento.

In applicazione del principio della congruità delle forme allo scopo, non è necessario che tali elementi seguano un ordine rigoroso purchè dal contesto della sentenza ciascuno di essi possa essere desunto con certezza, tantè che ad eventuali omissioni che nn diano luogo ad assoluta incertezza si può ovviare con un procedimento di correzione degli errori materiali.

Il difetto invece di un requisito essenziale per il raggiungimento dello scopo da luogo ad un vizio che si può far valere con i mezzi di impugnazione previsti dall'art 161.

La sentenza stesa e sottoscritta viene depositata nella cancelleria del giudice che l'ha pronunciata (art 133) di questo deposito il cancelliere da atto in calce alla sentenza apponendo la sua firma e la data. Questo è l'atto con cui la sentenza è resa pubblica ed acquista la sua efficacia.

Entro 5gg dalla pubblicazione il cancelliere comunica alle parti la sentenza. La data di pubblicazione costituisce il momento a partire dal quale decorrono i termini per la proposizione delle impugnazioni ordinarie (in mancanza della notificazione) , quella di comunicazione comporta la decorrenza del termine per la presentazione del regolamento di competenza o per le hp di riassunzione della causa.

L'ordinanza (art. 134 c.p.c.) è il provvedimento che il giudice emana durante il procedimento per regolarne lo svolgimento e risolvere le questioni procedurali che possano insorgere tra le parti nel corso dello stesso, quindi ha funzione ordinatoria.

Poiché di solito presuppone un contraddittorio tra le parti la legge dispone che debba essere succintamente motivata.

Se è pronunciata in udienza è inserita nel processo verbale , se è pronunciata fuori dall'udienza è scritta in calce o in foglio separato con data e sottoscrizione del giudice.

Anche l'ordinanza va comunicata dal cancelliere alle parti.

Carattere peculiare dell'ordinanza è la revocabilità. Infatti l'ordinanza, non solo non può mai formare giudicato, ma è normalmente revocabile dal giudice che l'ha emanata.

Il **decreto (art 135)** è anch'esso rispondente alla funzione ordinatoria (come l'ordinanza) . E' un provvedimento per lo più scritto, che viene pronunciato d'ufficio o su ricorso della parte .

A differenza dell'ordinanza, non presuppone il contraddittorio, ossia può essere emanato *inaudita altera parte* e proprio per questo non è motivato, salvo che la motivazione nn sia chiesta espressamente dalla legge..

Costituiscono figure tipiche di decreto i provvedimenti ordinatori del processo, i provvedimenti cautelari e quelli di volontaria giurisdizione .

COMUNICAZIONE (art 136)

Le comunicazioni sono compiute dal cancelliere di sua iniziativa per dovere d'ufficio, al fine di informare le parti o altri soggetti che si sono verificati determinati fatti rilevanti per il processo e principalmente che sono stati emanati determinati provvedimenti dal giudice;

Si esegue mediante biglietto di cancelleria in carta non bollata che si compone di 2 parti, una deve essere consegnato al destinatario o a lui trasmesso mediante raccomandata o a mezzo dell'ufficiale giudiziario o con un atto di notificazione, l'altra è conservata nel fascicolo d'ufficio.

NOTIFICAZIONE (137-151)

Le notificazioni invece sono compiute dall'ufficiale giudiziario su istanza di parte o del pubblico ministero o del cancelliere ed ha la funzione di portare a conoscenza del destinatario un altro atto consegnato in copia conforme all'originale al destinatario come l'ufficiale giudiziario attesta e dichiara. Questa attestazione di conformità è contenuta in una relazione che l'ufficiale giudiziario redige in calce all'originale ed anche alla copia prima di consegnarla, ed egli stesso data e sottoscrive.

La notificazione fa sorgere la presunzione legale di conoscenza del provvedimento da parte di chi la riceve. Non sono ammessi equipollenti della notificazione; la conoscenza dell'atto o del provvedimento che l'interessato ricevesse con altro mezzo non potrebbe produrre lo stesso effetto.

Le diverse forme in cui può avvenire la notificazione sono :

- in mani proprie (art 138) , consiste nella consegna da parte dell'uffic. Giudiz. Della copia nelle mani del destinatario. Presso la sua abitazione o se nn è possibile in qualunque luogo compreso nella circoscrizione dell'ufficio giudiziario a cui è adetto.

- L'art 139 prevede l'hp di notificazione (consegna della copia dell'atto) in altri luogo ed ad altre persone, di regola va fatta nel comune di residenza del destinatario ricercandolo nella casa di abitazione dove ha l'ufficio o esercita la professione. Se nn viene trovato in uno di questo luogo l'ufficiale giudiziario consegna la copia a persona di famiglia, all'ufficio o all'azienda (perchè non sia un minore o o incapace) . se tali persone sono anch'esse irreperibili è prevista la consegna al portiere o al vicino di

casa che sottoscriveranno una ricevuta. L'ufficiale poi darà notizia al destinatario dell'avvenuta notificazione con raccomandata.

- l'art 140 prevede l'ho di irreperibilità, incapacità o rifiuto a ricevere la notificazione dalle persone indicate negli articoli precedenti disponendo che in questi casi l'ufficiale provvederà al deposito della copia presso la casa del comune e affigge sulla porta dell'abitazione o ufficio o azienda del destinatario in busta chiusa l'avviso del deposito, inviando anche al destinatario una raccomandata (a/r) .

- se del destinatario però nn si conoscono né residenza né dimora né domicilio a norma dell'art 143 l'ufficiale giudiziario effettua la notificazione tramite il deposito della copia dell'atto presso la casa comune dell'ultima residenza o se questa è ignota, in quella del luogo di nascita del destinatario. Se neppure questi luoghi sono conoscibili la copia va consegnata al PM. In tutti questi casi la notificazione si intende eseguita.
- La notificazione a chi ha eletto domicilio presso una persona o un ufficio, avviene secondo l'art 141 con la consegna della copia alla persona o capo ufficio e questo caso equivale alla consegna in mani proprie.
- Se il destinatario nn ha né residenza , né dimora né domicilio in Italia l'art 142 prevede che l'atto sia notificato tramite spedizione al destinatario per mezzo di raccomandata e consegna di altra copia al PM che ne cura la trasmissione al Ministero degli affari esteri per la consegna al destinatario. Per le notifiche all'estero si procede secondo le disposizioni delle convenzioni internazionali, e solo se questo nn è possibile si applica l'art 142
Nella comunità europea è previsto dal Regolamento Ce 2000 che notificazioni e comunicazioni avvengano per tramite di organi mittenti e riceventi da designarsi in ciascuno stato membro; gli organo riceventi provvedono alla notificazione secondo la legge dei singoli stati e ritrasmettono gli atti notificati agli organi mittenti. Restano salve le facoltà degli stati membri di procedere direttamente alla notificazione attraverso i propri agenti diplomatici o consolari , o mezzo posta o direttamente attraverso pubblici ufficiali o funzionali dello stato membro richiesto.

Art 144: le notificazioni alle amministrazioni dello stato vanno fatte presso gli uffici dell'avvocatura di stato.

Art 145: le notificazioni alle persone giuridiche si eseguono nella loro sede , mentre per le società nn aventi personalità giuridica, associazioni e comitati nei luoghi in cui svolgono la loro attività.

Art 146: la notificazione ai militari in servizio va fatta consegnando una copia al PM che ne cura l'invio al comandante del corpo cui il militare appartiene

Art 147: le notificazioni nn possono farsi prima delle 7 e dopo le 21

Art 149: la notificazione può essere eseguita a mezzo del servizio postale se nn è fatto espresso divieto dalla legge

Art 150: nel caso in cui la notificazione debba essere fatta ad un numero elevato di destinatari difficilmente reperibili o identificabili può essere autorizzata dal capo dell'ufficio giudiziario davanti al quale si procede, su istanza di parte interessata e sentito il Pm la notificazione per pubblici proclami con le modalità indicate nell'art.

Art 151: in particolari circostanze la notificazione può avvenire con forme particolari (come quella telegrafica) che il giudice prescrive caso per caso.

LE NULLITÀ DEGLI ATTI (ART. 156- 162)

71.La nullità degli atti processuali civili ingenerale e la tecnica della relativa pronuncia. Estensione della nullità

Il legislatore processuale nn ha utilizzato la contrapposizione tra nullità ed annullabilità, preferendo configurare una nozione della nullità propria del diritto processuale civile, che comprende anche alcuni elementi dell'annullabilità.

La **nullità** è la conseguenza dell'inosservanza delle prescrizioni stabilite dalla legge per il compimento dell'atto e, più esattamente, rende l'atto inidoneo al raggiungere il suo scopo per la presenza di un determinato vizio. Questa è oggetto di una pronuncia del giudice, in mancanza della quale l'atto processuale produce ugualmente gli effetti, una pronuncia in pratica che non si limita a rilevare l'inefficacia dell'atto ma che è di questa inefficacia elemento costitutivo. Sotto questo profilo si vedono elementi comuni dell'annullabilità.

Mentre nel diritto sostanziale la pronuncia di annullabilità opera ex nunc e la pronuncia dichiarativa di nullità opera ex tunc, nel diritto processuale la pronuncia con cui il giudice dà atto della nullità opera con efficacia retroattiva (ex tunc).

Si tratta quindi di una pronuncia che, da un lato, come quella di annullamento, è essenziale x l'inefficacia dell'atto, mentre dall'altro, dichiara che l'atto non ha mai avuto efficacia, come è proprio della dichiarazione di nullità.

Tutto ciò significa che gli atti processuali, nonostante i vizi da cui possono essere afflitti, sono comunque efficaci fino a quando una pronuncia del giudice non ne dichiara la nullità.

L'art 159 riguarda l'estensione della nullità e dispone che :

“La nullità di un atto non importa quella degli atti precedenti, né 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”

72. Ragioni che fondano la pronuncia della nullità: i vizi dell'atto.

Anche nel diritto processuale il fenomeno della nullità è determinato da un vizio, ossia dalla mancanza di un requisito.

L'art 156 si riferisce alla mancanza di requisiti formali o di forma includendo tra essi anche i requisiti generali del processo come i presupposti processuali, quindi la competenza del giudice, la capacità processuale, la legittimazione processuale ... etc, requisiti che anche se inizialmente non hanno natura formale, finiscono, con lo svolgersi della serie di atti, col divenire formali anche essi visto che quando un atto si compie senza che quello precedente abbia posseduto i requisiti si estrinseca in condizioni diverse da quelle volute dalla legge.

Premesso questo il criterio cui si ispira l'art 156 (2 comma) per stabilire quando la mancanza di un requisito dà luogo a nullità è il principio della congruità delle forme allo scopo, nel senso che i requisiti formali cui la legge dà rilievo sono quelli necessari al conseguimento della funzione o scopo oggettivo dei singoli atti, infatti al 2 comma si legge la nullità può essere pronunciata quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo.

Naturalmente accade spesso che la legge stessa, quando dispone in concreto quali sono i requisiti degli atti, stabilisca anche che la loro mancanza dà luogo a nullità ed è x ciò che al 1 comma l'art 156 prende in considerazione questa ipotesi stabilendo che “la pronuncia della nullità presuppone di regola che per il requisito mancante la legge abbia espressamente comminato la nullità”.

La portata del primo e del secondo comma significa che quando la valutazione di indispensabilità del requisito non è espressamente compiuta dalla legge, va compiuta dal giudice in base al criterio della congruità delle forme allo scopo. Ciò è confermato nel 3 comma secondo cui “la nullità non può mai essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato”.

Quest'ultimo comma presuppone che esista quindi un vizio che dovrebbe fondare la pronuncia di nullità, quindi sembrerebbe contraddittorio il fatto di ipotizzare un atto che da un lato sia privo di un requisito necessario al raggiungimento dello scopo e dall'altro raggiunga comunque tale scopo. Tale contraddizione è solo apparente infatti supponiamo che 1 atto di citazione manchi, nella copia notificata, dell'indicazione della data di prima udienza... in questo caso l'atto non può essere idoneo alla instaurazione del contraddittorio; però nulla impedisce al convenuto di informarsi spontaneamente presso la cancelleria in modo da poter comparire all'udienza, se ciò accadesse l'atto, nonostante la sua obiettiva inidoneità, raggiungerebbe ugualmente lo scopo e la nullità resterebbe sanata.

Riassumendo:

In tema di novità, l'articolo 156 pone tre regole:

- A) la nullità non può essere pronunciata se la legge non la commina espressamente;
- B) L'atto è nullo se manca dei requisiti indispensabili per il raggiungimento dello scopo;
- C) Se l'atto viziato raggiunge il suo scopo, neanche in questo caso si potrà pronunciare la nullità (la nullità è sanata)

In altre parole l'atto processuale è nullo, per difetto di requisiti formali, quando sia idoneo a conseguire l'effetto, che era per sua natura destinato a produrre, inoltre nei casi in cui la legge commina espressamente la nullità; peraltro la nullità è sanata se l'atto produce egualmente l'effetto suo proprio.

73. L'iniziativa della pronuncia di nullità. Nullità relative e assolute, sanabili ed insanabili

Abbiamo visto che l'atto processuale viziato continua a produrre i suoi effetti finché non sia sopravvenuta la pronuncia di nullità da compiersi da parte del giudice (nel senso ampio di ufficio giudiziario davanti al quale pende il giudizio).

La pronuncia di nullità, di regola, dipende da un'iniziativa della parte che sarebbe interessata al rilievo del vizio. Ciò però non esclude la pronuncia di nullità anche d'ufficio consentita solo per quei casi in cui, per l'essenzialità del requisito mancante e per la conseguente gravità del pregiudizio, che investe non solo interessi di parte ma anche la regolarità del processo.

Quindi: l'iniziativa per la pronuncia di nullità è solitamente riservata alla parte interessata (c.d. nullità relative) salvi i casi in cui la legge prevede la rilevanza d'ufficio (c.d. nullità assolute, di norma "insanabili"). come dispone **Art. 157. (Rilevanza e sanatoria della nullità)** secondo cui al 1 comma:

Non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte, se la legge non dispone che sia pronunciata d'ufficio. Quindi sono relative le nullità che possono essere pronunciate solo a seguito di istanza di parte ed assolute quelle che possono pronunciarsi anche d'ufficio; quelle relative sono di regola proprie degli atti processuali civili salvo che la legge non attribuisca espressamente loro i caratteri dell'assolutezza.

La legge si è anche preoccupata di dettare regole precise per stabilire qual è la parte legittimata a chiedere la pronuncia di nullità e le precise modalità temporali per tale iniziativa (con conseguente preclusione) nei comma successivi, infatti:

2comma: 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.

3comma: La nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, né da quella che vi ha rinunciato anche tacitamente.

Queste regole riguardano solo le nullità relative, per quelle assolute non ci sono limitazioni ma possono essere rilevate in ogni stato e grado di giudizio, ciò comporta che nelle nullità relative (non assolute) se il rilievo della nullità non avviene nei suddetti limiti e modi, si verifica la sanatoria del vizio con efficacia retroattiva.

Cioè se la nullità non può o non può + essere fatta valere essa è come se non esistesse ed il vizio che sta alla base è sanato con efficacia retroattiva, ex tunc.

Però, mentre le nullità relative sono sanabili, quelle assolute sono insanabili, salvo che la legge non preveda espressamente la sanatoria.

Alla figura della sanatoria si riferiscono anche l' **Art. 158. (Nullità derivante dalla costituzione del giudice)** La nullità derivante da vizi relativi alla costituzione del giudice o all'intervento del pubblico ministero è insanabile e deve essere rilevata d'ufficio, salva la disposizione dell'art. 161.

(quindi prevede due ipotesi di nullità insanabile: quella derivante dall'irregolare costituzione del giudice o dal mancato intervento del P.M. ai sensi dell'art. 70 c.p.c) e **Art. 161. (Nullità della sentenza).**

74. La nullità della sentenza e la regola dell'assorbimento dei vizi di nullità nei motivi del gravame.

Ricordiamo sempre che i vizi di nullità restano privi di rilievo finché non ci sia stata una pronuncia da parte del giudice innanzi cui pende il giudizio che deve avvenire (x la nullità relativa) nei tempi e modi indicati

dall'art 157. quando accade ciò il giudice pronuncia la nullità con sentenza che poi potrà essere impugnata con i mezzi ordinari di impugnazione.

Però può accadere che:

- la nullità che investe un atto del processo anteriore alla sentenza nn sia stata fatta valere o nn sia rilevata dal giudice, in tal caso (se la nullità è relativa)né possibile che si verifichi la sanatoria, ma se questa nn si verifica (ad es. xkè la nullità è assoluta) inevitabilmente il vizio investe tutti gli atti successivi dipendenti, compresa la sentenza che quindi è da considerare nulla [**Art. 159. (Estensione della nullità)**

La nullità di un atto non importa quella degli atti precedenti, ne' 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 e' idoneo.]

- la nullità riguarda direttamente la sentenza

In entrambi i casi si verifica la nullità della sentenza (per vizi derivanti da atti precedenti o per vizi propri) che si fa valere solo col mezzo di impugnazione cui la sentenza è assoggettata (nei tempi e modi di tale mezzo) ossia l'appello e il ricorso per cassazione in applicazione del principio fondamentale per cui i vizi di nullità si convertono in motivi di impugnazione (art 161¹)

Questo significa che:

1) nn c'è altro mezzo x far valere la nullità delle sentenze se nn il mezzo di impugnazione

2) le modalità della proposizione dell'impugnazione (con termini, limiti e preclusioni relativi)si ripercuotono sulla possibilità di far valere tale nullità con la conseguenza che

3)l'eventuale decadenza dal mezzo di impugnazione per il mancato rispetto di quelle modalità/termini/limiti da luogo alla stessa decadenza della rilevabilità del vizio e quindi alla sua sanatoria.

Questa **regola della conversione o dell'assorbimento** per cui i vizi di nullità si convertono in motivi di impugnazione (quindi l'eventuale decadenza dal mezzo di impugnazione, determina la sanatoria della nullità per effetto del passaggio in giudicato) è enunciata dal 1 comma dell' **Art. 161. (Nullità della sentenza)**

La nullità delle sentenze soggette ad appello o a ricorso per cassazione può essere fatta valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie di questi mezzi di impugnazione.

75. La c.d. inesistenza e irregolarità. La rinnovazione. La nullità delle notificazioni

Il secondo comma dell'art 161 aggiunge che la disposizione non si applica quando la sentenza manca della sottoscrizione del giudice (ossia *inesistente*).

Ciò vuol dire che nn si applica la regola della conversione nel senso che il vizio di nullità può essere fatto valere anche al di fuori ed oltre le modalità ed i termini propri del mezzo di impugnazione con 1 autonoma azione di accertamento mero (actio nullitatis) con la conseguenza che la decadenza dal mezzo di impugnazione n implica la sanatoria del vizio, il quale dunque è tanto grave da privare dell'efficacia sanante perfino il passaggio in giudicato o da impedire il passaggio in giudicato. La dottrina per spiegare questo fenomeno ricorre alla nozione di inesistenza.

Ad esempio può essere considerata inesistente una sentenza pronunciata da chi nn è giudice o nn redatta x iscritto o carente di dispositivo o con dispositivo assurdo o impossibile.

L'inesistenza è l'aspetto + intenso della nullità (ciò che è + che nullità) , all'opposto (quindi ciò che è meno) si parla di semplice irregolarità. Sono irregolari i casi in cui il difetto del requisito nn pregiudica l'idoneità dell'atto a conseguire il suo scopo e nn da luogo a nullità.

Quando pronuncia la nullità è automaticamente investito (dall'art 162) di un ulteriore dovere cioè : disporre, quando sia possibile, la rinnovazione degli atti ai quali la nullità si estende. Vale a dire che deve disporre il compimento di nuovi atti destinati a produrre i medesimi effetti che avrebbe prodotto l'atto colpito dall'estensione di nullità, col conseguente recupero degli atti successivi.

La rinnovazione può essere compiuta spontaneamente dalla parte interessata (es. nel caso di un appello proposto con un atto di citazione nullo la legge contempla la possibilità di una sua riproposizione fino a quando non sia decorso il termine o non sia dichiarata l'inammissibilità o l'improcedibilità). In aggiunta con questa possibilità la legge ha configurato l'obbligo per il giudice di ordinare la rinnovazione.

Il giudice, quando viene rilevata la nullità di un atto, può o disporre la rinnovazione degli atti laddove possibile, al fine di consentire la prosecuzione del processo, oppure emettere una sentenza che dichiara la nullità del processo e concludere il giudizio.

Art. 162. (Pronuncia sulla nullità)

Il giudice che pronuncia la nullità deve disporre, quando sia possibile, la rinnovazione degli atti ai quali la nullità si estende. 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, n. 2.

Infine l' Art. 160. (Nullità della notificazione) dispone che :

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 artt. 156 e 157 (cioè raggiungimento dello scopo o inesistenza)

LIBRO 2

CAPITOLO I INTRODUZIONE

Il processo di cognizione può essere definito come quel processo in cui il giudice è chiamato ad accertare la situazione di fatto esistente tra le parti in causa, ad individuare la norma giuridica che deve essere applicata nella fattispecie, a decidere con sentenza definendo la questione controversa tra le parti.

Si parla dunque di p. di c. per indicare l'attività in cui si accertano le condizioni ed i presupposti di diritto e di fatto per pervenire all'accoglimento della domanda

1. Orientamenti generali e schema della disciplina del processo di cognizione.

Il 2° libro del codice di procedura civile è interamente dedicato a questo tipo di processo, disciplinandone e descrivendo la serie degli atti che lo costituiscono, nell'ordine in cui vengono compiuti.

Poiché il processo di cognizione può svolgersi di fronte a 4 tipi di giudice (di pace, tribunale, corte d'appello e cassazione) ed in gradi diversi (1°; 2° o appello, cassazione, rinvio, revocazione, opposizione di terzo) e poiché di fronte a ciascuno dei diversi giudici e in tutti i gradi di merito il processo si svolge in modo sostanzialmente uguale (mentre è diverso il processo in cassazione) ,il legislatore ha scelto di non ripetere la disciplina innanzi ai singoli giudici ma di utilizzare una disciplina-tipo, valida per ogni processo di cognizione innanzi a ciascun giudice in tutti i gradi, integrandola di volta in volta con le regole specifiche richieste dalla particolarità dei singoli tipi giudici e dei singoli gradi di giudizio (processi innanzi al giudice di pace e processo di appello) , e disciplinando poi autonomamente i giudizi innanzi alla corte di cassazione nonché il processo del lavoro e, in certa misura, i procedimenti speciali tra i quali alcuni disciplinati in leggi speciali.

Per tale disciplina tipo il legislatore ha scelto il giudizio + frequente che si svolge innanzi al giudice con la sfera di competenza + ampia, ossia il processo di primo grado davanti al tribunale

Tra gli argomenti che ispirano le modifiche degli anni '90: disciplina più rigorosa delle preclusioni, scelta di fondo per il sistema imperniato sul giudice unico anche innanzi al tribunale, provvedimenti anticipatori di condanna, l'efficacia esecutiva le sentenze di primo grado, attribuzione alla corte di cassazione del potere di giudicare anche sul rescissorio

CAPITOLO II FASE INTRODUTTIVA

2. Schema della disciplina del processo di cognizione di primo grado davanti al tribunale.

Il codice di procedura civile distingue nettamente tre fasi del processo di cognizione:

1) fase introduttiva : **L'introduzione** della causa consiste in una serie di atti finalizzati alla proposizione della domanda , atto con cui si concretizza l'iniziativa del soggetto che chiede la tutela.

Si capisce quindi che nella fase di introduzione predomina l'iniziativa di parte: attraverso la notificazione dell'atto di citazione, la costituzione delle parti e iscrizione a ruolo della causa. La sezione prima del titolo secondo disciplina anche gli aspetti patologici di questa fase prevedendo determinate conseguenze per il caso di citazione nulla o se le parti si costituiscano in ritardo o non si costituiscano affatto.

2) fase istruttoria . **Istruzione** in senso ampio (che a sua volta si distingue in “fase di trattazione”, che consiste nell'attività svolta per individuare e discutere le domande e le eccezioni, e “istruzione in senso stretto o probatoria”, in cui si realizza la raccolta e la valutazione delle prove);

3) fase decisoria, caratterizzata dall'emissione della sentenza da parte del giudice.

Il Tribunale decide in composizione monocratica assumendo in se le funzioni di giudice istruttore ed organo giudicante (c.d. *giudice unico*), tranne nelle ipotesi previste dall'art. 50 *bis* c.p.c. in cui la decisione spetta al tribunale in composizione collegiale (riforma introdotta dal d.lgs. n. 51/98).

Art 163: L'atto di citazione e i suoi requisiti.

Salve le eccezioni (proposizione con ricorso.. etc) la domanda si propone con le forme proprie dell'atto di citazione⁴ che è l'atto introduttivo del giudizio di cognizione .

Per citazione si deve intendere la chiamata in giudizio della parte contro la quale la domanda è proposta.

L'atto di citazione: è un atto formale (redatto e sottoscritto dalla parte personalmente o dal difensore a cui deve aver conferito procura) doppiamente recettizio perché per produrre gli effetti deve essere notificato al destinatario (determinando la cd. Litispendenza) e perchè è rivolto a 2 destinatari:

1) il convenuto (che diventa tale se regolarmente citato mediante la notificazione della citazione) ed in questo caso la funzione della citazione è la cd. *vocatio in ius* cioè chiamata della controparte in giudizio

2) il giudice adito , in questo caso la funzione della citazione è detta *edictio actionis* cioè domanda di tutela giurisdizionale al giudice previa affermazione del diritto di cui si chiede la tutela e con la conseguente determinazione dell'oggetto del processo.

Per assolvere a queste due funzioni l'articolo 163, 3° comma c.p.c. individua i requisiti dell'atto di citazione, ossia a) con riguardo all'*edictio actionis*:

1) indicazione del **tribunale** davanti al quale la domanda è proposta , che ha la funzione di individuare il giudice

2) indicazione delle **parti** : il nome, il cognome e la residenza dell'attore e del convenuto e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono⁵, se convenuta è una persona giuridica si deve indicare la denominazione o la ditta con l'indicazione dell'organo che ha il potere di stare in giudizio .

Questo requisito ha la funzione di individuare attore e convenuto e le persone che li rappresentano o li assistono.

3) indicazione del **petitum** (mediato: oggetto della domanda, immediato: provvedimento)

⁴ O meglio, una citazione a comparire a udienza fissa (art. 163, comma primo), in quanto la data della prima udienza è fissata dall'attore nell'atto di citazione.

⁵ Ad esempio, in caso di incapace il rappresentante legale.

4) **causa petendi** (l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni). L'esposizione dei fatti è l'affermazione o allegazione dei fatti costitutivo e lesivi che, in quanto riconducibili in astratto ad una norma costituisce la causa petendi o ragione della domanda o titolo. L'esposizione degli elementi di diritto ha la funzione di prospettare la riconducibilità suddetta dei fatti ad una o + norme, ma non è vincolante secondo il principio *iura novit curia*. Le conclusioni sono la formulazione sintetica della domanda al giudice. Questo elemento è una barriera preclusiva x l'attore xkè nei successivi svolgimenti del processo nn può introdurre nuovi petita e causae petendi.

5) indicazione dei **mezzi di prova** (dei quali l'attore intende valersi) e dei documenti che offre in comunicazione

6) indicazione del **procuratore con nome e cognome** e indicazione della procura se è già stata rilasciata

b) con riguardo alla vocatio in ius:

7) l'indicazione del giorno dell'udienza di comparizione, l'invito al convenuto a costituirsi nel termine di 20gg prima dell'udienza indicata o 10 gg in caso di abbreviazione dei termini, con l'avvertimento che la costituzione oltre tale termine implica le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c. (preclusione della possibilità di proporre domande riconvenzionali, eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio o chiamare in causa in terzo).

Con questa disposizione l'attore invita il convenuto a 2 adempimenti (di costituirsi e di comparire all'udienza) assolvendo all'onere derivante dalla regola del contraddittorio quindi ponendo il convenuto nella condizione di potersi difendere se lo vuole.

Oltre l'invito al convenuto a costituirsi e comparire all'udienza, la disposizione prevede l'avvertimento al convenuto che se la sua costituzione nn avverrà nei termini stabiliti determinerà le decadenze (di cui all'art 167) che costituiscono la prima barriera preclusiva a carico del convenuto. L'importanza di tale avvertimento si nota nell'art 164 che fa discendere dalla sua mancanza una hp di nullità della citazione

(Fino agli anni 50 l'invito dell'attore al convenuto consisteva solo nella sua costituzione in cancelleria, la prima udienza era stabilita dal presidente del tribunale dopo la costituzione dell'attore.)

L'indicazione del giorno della prima udienza , come si legge dall'art, è fatta dall'attore tra quelli destinati dal calendario giudiziario alla prima comparizione innanzi al giudice istruttore; le udienze successive vengono di volta in volta fissate dal giudice istruttore

L'udienza così fissata si svolge davanti al giudice istruttore che alla data della citazione non è ancora designato e verrà nominato in un momento successivo (art 168bis)

La legge 80/2005 prevede un elemento aggiuntivo della citazione cioè la possibilità che l'atto di citazione contenga un invito al convenuto di notificare la comparsa in risposta e che , se accolto da tutti convenuti, fa sì che il processo prosegua con le forme e secondo le modalità del rito societario, avente la caratteristica che tutta la prima fase del processo (finché una delle parti nn chieda la fissazione dell'udienza x la decisione) si concretizza in un semplice scambio di atti tra le parti senza partecipazione del giudice.

Termini per comparire (art. 163 bis)

Precisato dunque che il giorno della prima udienza viene scelto dall'attore e indicato nell'atto di citazione , nel far ciò deve rispettare **i termini per comparire**.

L'esistenza di questo limite temporale risponde a 2 esigenze:

- 1) fare in modo che l'attore nello scegliere il giorno della prima udienza nn lo scelga tanto vicino da impedire al convenuto di avere un margine di tempo sufficiente a predisporre la sua difesa. Per questa esigenza la legge stabilisce un numero minimo di giorni liberi che l'attore deve lasciare intercorrere tra la notificazione della citazione e il giorno della prima udienza, cioè 90gg se il luogo della notificazione è in italia e 150 se all'estero tenendo conto sia delle eventuali sospensione feriale del computo dei termini , sia del fatto che se il giorno di scadenza è festivo la scadenza è prorogata al primo giorno seguente non festivo.

Tali termini costituiscono i termini minimi.

Tuttavia se ci sono particolari ragioni di urgenza il presidente del tribunale, su istanza dell'attore può abbreviare questi termini fino alla metà con decreto motivato steso in calce all'originale dell'atto di citazione

e da trasciversi sulle copie

- 2) fare in modo che l'attore non scelga un giorno tanto lontano da frustrare l'interesse del convenuto ad accelerare i tempi. Per questa esigenza il legislatore ha previsto il potere del convenuto di chiedere l'anticipazione della prima udienza nel caso in cui il termine per comparire stabilito dall'attore ecceda il minimo ed a condizione che il convenuto di costituisca prima della scadenza di suddetto termine.

Il presidente provvede con decreto che va comunicato alle parti costituite 5 giorni prima dell'udienza e notificato personalmente alle altre parti in un congruo termine stabilito dal presidente

I termini per comparire devono essere rispettati con riguardo all'udienza originariamente fissata, indipendentemente da successivi rinvii dell'udienza stessa

Notificazione dell'atto di citazione.

L'atto di citazione non produce effetti se non è sottoscritto dal difensore (salvo i casi della parte che sta in giudizio personalmente) e notificato dall'ufficiale giudiziario su richiesta della parte o del suo procuratore.

Se ci sono più convenuti la notificazione deve avvenire nei confronti di tutti con la consegna di una copia a ciascuno, su ogni copia l'ufficiale giudiziario stende la relazione di notificazione.

Quindi quando è notificato l'atto di citazione produce gli effetti giuridici altrimenti è *tamquam non esset*, in quanto solo con la notificazione l'atto raggiunge ufficialmente il primo dei suoi 2 destinatari che, proprio xkè e dal momento in cui riceve la notificazione, assume la veste di convenuto.

È il momento della **notificazione** della citazione che dà vita al processo e al cd. Rapporto processuale.

La notificazione ha, sul processo, sia effetti di natura processuale che effetti di natura sostanziale (che incidono cioè sul diritto che si fa valere in giudizio).

- gli Effetti processuali sono quelli che la proposizione della domanda (che consiste nella notificazione della citazione) produce sul rapporto processuale: determina l'esistenza giuridica del rapporto processuale, fissa il momento in cui devono ricorrere tutti i presupposti processuali, determina la pendenza del processo (con la notificazione anche se l'ufficio giudiziario non è stato ancora coinvolto e si è avuto solo un contatto tra attore e convenuto il processo può dirsi iniziato ed è da questo momento che si determinano giurisdizione e competenza); determina l'acquisizione della qualità di parte (la notificazione fa acquistare all'attore ed al convenuto la qualità di parte); la determinazione dell'oggetto del processo (la notificazione fa sì che si determini l'oggetto del processo con riferimento alla domanda giudiziale, cioè al *petitum* ed alla causa pretendi dell'atto di citazione).

(quindi: *litispendenza*, *perpetuatio jurisdictionis* e relative conseguenze, individuazione di parti ed oggetto)];

- Per quanto riguarda gli Effetti sostanziali della notificazione della citazione, rispondono all'esigenza di evitare che il tempo necessario allo svolgimento del processo danneggi la parte che ha ragione. Questo vuol dire che:

1) il tempo del processo non deve dar luogo ad effetti estintivi cioè deve provocare :

- ***l'interruzione della prescrizione*** (la notificazione fa interrompere il termine di prescrizione fino al passaggio in giudicato della sentenza, momento in cui la prescrizione si trasforma da breve in decennale; c'è da dire però che l'effetto sospensivo viene meno se non c'è una sentenza, nel senso che se il processo si estingue la prescrizione riprende dall'evento interruttivo);

- ***l'impedimento alla decadenza*** (la decadenza dall'esercizio di un diritto in alcuni casi può essere impedita con un atto stragiudiziale, in questi casi rimane impedita per sempre; in altri casi può essere impedita con un'azione giudiziale, ovvero con l'atto di citazione, in tali casi però affinché la decadenza venga impedita è necessario che si arrivi ad una sentenza; più precisamente se si tratta di una decadenza che poteva essere impedita con un atto stragiudiziale, anche l'atto giudiziale la impedisce per sempre, altrimenti è necessario che il processo si concluda con una sentenza);

2) quando il diritto viene riconosciuto ciò deve avvenire come se avvenisse al momento della proposizione della domanda e sotto questo profilo vanno considerate le norme che dispongono l'obbligo del possessore

in buona fede di restituire i frutti percepiti dopo la domanda (art 1148 c.c.); o l'obbligo del possessore convenuto in rivendicazione che abbia perso il possesso del bene per fatto proprio di recuperarlo x l'attore (art 948 c.c) o l'opponibilità delle sentenze che accolgono domande relative ai beni immobili ai terzi che abbiano acquistato i diritti sui beni dopo la proposizione della domanda purchè la domanda (cioè l'atto di citazione notificato) sia stata trascritta prima della trascrizione dell'acquisto di terzo. (art 2652,2653 cc).

Nullità della citazione (art. 164 c.p.c.)

Come per ogni atto processuale la nullità va pronunciata quando l'atto manca dei requisiti indispensabili per il raggiungimento del suo **scopo** obiettivo (art.156, 2° comma c.p.c.).

L'articolo 164 disciplina la nullità della citazione e distingue tra

- a) i vizi che attengono la **vocatio in ius** (disciplinati nei primi tre commi) il cui scopo è quello di istaurare il contraddittorio con il convenuto per metterlo in condizione di potersi difendere
- b) e vizi che attengono **all'edictio actionis** (negli ultimi commi), il cui scopo è quello di precisare al convenuto ciò che si chiede contro di lui per consentirgli di difendersi sul merito e, inoltre, quello di offrire al giudice elementi per il giudizio;

Inoltre viene ben distinta l'ipotesi in cui il convenuto si costituisce dall'ipotesi in cui il convenuto non si costituisce.

Si possono distinguere due ipotesi di nullità della citazione con relative conseguenze a seconda che siano viziati gli elementi della *vocatio in ius* o della *edictio actionis*.

1) Riguardo i vizi della **vocatio in ius**: ai sensi dell'art 164 comma primo :

L'atto di citazione è nullo: se è omesso o risulta assolutamente incerto uno dei requisiti stabiliti nei punti **1) e 2)** dell'art. 163; se manca la **data dell'udienza** di comparizione; se al convenuto è stato assegnato un **termine a comparire inferiore** a quello stabilito nell'art. 163 *bis*; se manca **l'avvertimento delle scadenze previste al punto 7)** dell'art. 163; è inoltre nulla se è omesso o se risulta assolutamente incerto il requisito stabilito nel n. 3 dell'art. 163 ovvero se manca l'esposizione dei fatti di cui al n. 4 dello stesso articolo. *I vizi della vocatio in ius, elencati nel 1° comma, producono le conseguenze di cui al 2° e al 3° comma.*

La ragione per cui la mancanza o l'incertezza dei requisiti suddetti provochi la nullità va ricercata nel fatto che essi sono indispensabili per lo scopo della citazione (per esempio come potrebbe il convenuto essere messo in condizioni di difendersi se non sa davanti quale giudice è citato?)

Tuttavia poiché la costituzione del convenuto è il miglior indice che la citazione ha eseguito il suo scopo l'art 164 distingue tra le conseguenze che la costituzione e la mancata costituzione hanno sui vizi:

- (*2° comma*): se il convenuto non si costituisce, il giudice rileva la nullità dell'atto, e dispone d'ufficio la **rinnovazione** (rituale) della stessa entro un termine perentorio; se la rinnovazione viene eseguita dall'attore, si verifica la sanatoria dell'atto con efficacia retroattiva, se non viene eseguita, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo ed il processo si estingue (la rinnovazione quindi sana i vizi, mentre l'effetto distruttivo c'è solo se l'attore nn procede alla rinnovazione stessa)

- (*3° comma*): se il convenuto si costituisce in giudizio, allora si verifica la sanatoria dei vizi con efficacia retroattiva però se il convenuto deduce l'inosservanza dei termini o la mancanza dell'avvertimento previsto dal n°7 art 163, sollevando le relative eccezioni, poiché questa mancanza ed inosservanza possono pregiudicare la possibilità del convenuto di predisporre preventivamente le sue difese, il giudice deve fissare una nuova udienza nel rispetto dei termini.

2) I vizi che investono **l'edictio actionis** sono specificati nel 4°co. e producono le conseguenze di cui al 5°

Si ha nullità quando l'atto di citazione è privo delle indicazioni ai punti **3) e 4)** dell'art. 163, la cui mancanza rende la domanda inidonea a porre il convenuto in condizione di conoscere l'oggetto della domanda dalla quale deve difendersi.

Anche qui possono, secondo il 5 comma, verificarsi due ipotesi:

- se il convenuto non si è costituito, il giudice rilevata la nullità fissa all'attore un termine perentorio per la rinnovazione dell'atto di citazione fissando anche il giorno dell'udienza (se avviene la rinnovazione, lascia ferme le decadenze eventualmente maturate, e se non avviene dà luogo all'estinzione)
- se il convenuto si costituisce, il giudice concede all'attore un termine perentorio per integrare la domanda in quelle parti mancanti (se avviene l'integrazione , lascia ferme le eventuali decadenze e, se non avviene fonda una dichiarazione di nullità della citazione);

In dette ipotesi, a differenza della *vocatio in ius*, la sanatoria (di integrazione o rinnovazione) ha efficacia "non retroattiva", perché l'atto di citazione, nei momenti che precedono la sanatoria ,risulta inidoneo ad assolvere alla sua funzione impeditiva delle decadenze e interruttiva della prescrizione, quindi alle decadenze maturate nel frattempo non sarà + possibile porre rimedio e restano fermi i diritti quesiti (sono i diritti facenti parte del patrimonio di un soggetto) anteriormente alla rinnovazione o alla integrazione.

Come riprende il processo?

Dopo la rinnovazione : le successive preclusioni riguardano l'atto rinnovato e la successiva comparsa in risposta.

Dopo l'integrazione : è sufficiente una nuova fissazione dell'udienza con lo spostamento della barriera preclusiva (a carico del convenuto)

Detti vizi sono rilevabili d'ufficio dal giudice solo nel caso in cui il convenuto non si sia costituito.

Se il giudice nn rileva i vizi e non dispone la rinnovazione, ovviamente nella sola hp che il convenuto nn si sia costituito, c'è il dubbio se i vizi divengano insanabili e rilevabili d'ufficio nei gradi successivi o se ci siano (questo è l'orientamento della cassazione) possibilità di rinnovazione e sanatoria.

Nel caso di citazione a + convenuti, se il vizio investe solo la *vocatio in ius* di alcuni i problemi conseguenti alla sua mancata sanatoria canno risolti , nel caso di litisconsorzio necessario, secondo l'art 102 co.2, nel caso di litisconsorzio facoltativo secondo le regole dello stesso.

Indipendentemente dall'ordine di rinnovazione l'attore può sempre proporre una nuova citazione la cui validità può ovviare i vizi della precedente, previa riunione dei 2 procedimenti.

Nel caso di vizi di **inesistenza** (è inesistente l'atto che manchi di quel minimo di elementi necessari perché possa essere riconosciuto come tale, ad esempio la mancata sottoscrizione dell'originale da parte del procuratore costituito) non è possibile alcuna sanatoria.

Costituzione delle parti in giudizio

La costituzione in giudizio è l'atto con cui la parte si rende giuridicamente presente nel processo depositando in cancelleria il proprio fascicolo.

La costituzione dell'attore.

Abbiamo detto che la citazione ha portata doppiamente recettizia in quanto rivolta a due destinatari: il convenuto ed il giudice.

Il giudice è il destinatario naturale della domanda poiché è a lui che con la citazione l'attore chiede tutela giurisdizionale.

La portata ricettizia della citazione nei confronti del giudice si concretizza nella **costituzione dell'attore** : secondo **l'art 165**:

“L'attore, entro dieci giorni dalla notificazione della citazione al convenuto, ovvero entro cinque giorni nel caso di abbreviazione di termini a norma del secondo comma dell'articolo 163 bis, deve costituirsi in giudizio a mezzo del procuratore, o personalmente nei casi consentiti dalla legge, depositando in cancelleria :

- 1) la nota d'iscrizione a ruolo⁶
- 2) il proprio fascicolo contenente:
 - a. l'originale della citazione notificata (con la relativa di notifica),
 - b. la procura (la cui mancata presentazione provoca nullità solo se il giudice aveva invitato l'attore a produrre il documento mancante) e i documenti che offre in comunicazione.

Se si costituisce personalmente, deve dichiarare la residenza o eleggere domicilio nel comune ove ha sede il tribunale. Se la citazione è notificata a più persone, l'originale della citazione deve essere inserito nel fascicolo entro dieci giorni dall'ultima notificazione.”

L'atto ulteriore che quindi l'attore deve compiere per far proseguire il processo dopo la notificazione è la sua costituzione , che nn è altro che il deposito di un **fascicolo detto di parte** all'organo che ha la funzione di recepire gli atti rivolti al giudice, il cancelliere.

Il significato giuridico di questo materiale deposito è l'auto-presentazione della parte al giudice a mezzo di difensore, con cui la parte assume la presenza ufficiale per tutta la durata del processo in quel determinato grado. (Fenomeno diverso è l'effettiva presenza -a mezzo di difensore- della parte costituita alle singole udienza detta comparizione e la cui mancanza da luogo all'assenza).

La parte così costituita può comparire o no all'udienza , mentre la sua non costituzione fonda una dichiarazione di contumacia e il contumace resta estraneo allo svolgimento del processo.

L'inosservanza delle formalità prescritte dall'articolo comporta l'obbligo per il cancelliere di non ricevere la costituzione: attraverso tale rifiuto è possibile ricorrere al capo dell'ufficio giudiziario.

Le irregolarità della costituzione invece, rilevate dalla controparte o d'ufficio dal giudice, possono comunque essere fatte valere solo nella prima udienza.

La costituzione del convenuto

(Art 166) Il convenuto deve costituirsi a mezzo del procuratore, o personalmente nei casi consentiti dalla legge, almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione, o almeno dieci giorni prima nel caso di abbreviazione di termini a norma del secondo comma dell'articolo 163-bis, ovvero almeno venti giorni prima dell'udienza fissata a norma dell'articolo 168-bis, quinto comma, depositando in cancelleria il proprio fascicolo contenente la comparsa di cui all'articolo 167 con la copia della citazione notificata, la procura e i documenti che offre in comunicazione.

Il soggetto che riceve l'atto di citazione può scegliere se rimanere inerte o partecipare attivamente al processo.

La costituzione del convenuto è l'atto col quale questo assumerà partecipazione attiva processo.

È un atto analogo a quello della costituzione dell'attore con la differenza che il convenuto entra in un processo il cui oggetto è già stato determinato dall'attore, perciò la domanda che egli propone al giudice è formulata con riferimento alla domanda dell'attore contenuta nell'atto di citazione.

Per costituirsi il convenuto deve cominciare a redigere un atto difensivo scritto contrapposto alla citazione denominato **comparsa di risposta** e depositarlo in cancelleria in un proprio fascicolo contenente anche la copia della citazione consegnata al momento della notificazione , la procura e i documenti che offre in comunicazione entro un termine stabilito.

Tale termine, per consentire al convenuto di redigere la comparsa di risposta-conoscere il testo della citazione-esaminare i documenti prodotti-predisporre la propria linea difensiva, è riferito non alla data di notificazione della citazione ma a quella della prima udienza (quindi entro 20 giorni o 10 giorni in caso di abbreviazione dei termini)

Quindi la costituzione del convenuto avviene tramite il deposito in cancelleria del proprio fascicolo.

LA COMPARSA DI RISPOSTA (art.167 c.p.c.)

⁶ Istanza rivolta al cancelliere, di iscrivere la causa nel “ruolo generale degli affari contenziosi civili”.

E' l'atto difensivo scritto del convenuto, omologo e contrapposto all'atto di citazione, e come questo è doppiamente ricettizio (rispetto al giudice e all'attore), deve contenere tutti gli elementi della citazione tranne la vocatio in ius e un semplice riferimento all'oggetto (che è già determinato dall'attore) salva la possibilità del convenuto di allargare l'oggetto del processo con la proposizione di eccezioni o di oltrepassare i limiti della domanda con la proposizione di domande riconvenzionali.

Il contenuto della comparsa di risposta è descritto dall'art. 167:

a) Il 1° comma dell'art. 167 prevede che “Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni”.

In questo comma sono indicate le attività minime che il convenuto deve attuare, necessarie per individuare il thema decidendum, consentendo al giudice ed alla controparte di venire a conoscenza degli elementi salienti della materia del contendere.

L'onere di prendere posizione sui fatti posti dall'attore non è previsto a pena di decadenza, per cui sembra che si debba ammettere la possibilità di una contestazione tardiva;

Nel caso in cui il convenuto si limiti ad una contestazione generica egli non decade dalla possibilità di indicare nella prima udienza i mezzi di prova di cui intende avvalersi e i documenti che offre in comunicazione, infatti

neanche l'onere di indicare i mezzi di prova e i documenti di cui intende avvalersi è sancito a pena di decadenza in base alla previsione dell'art 183 co.6 che prevede l'assegnazione da parte del giudice su istanza di parte di un termine perentorio entro cui le parti possono produrre documenti e dedurre nuovi mezzi istruttori.

Per quanto riguarda la formulazione di conclusioni (richieste che la parte avanza basandosi sui fatti ed elementi di diritto costituenti le ragioni della propria posizione) la legge dispone solo che ci deve essere una correlazione con quelle dell'attore. Queste possono essere proposte sia nel primo atto difensivo sia nel momento in cui la causa viene rimessa in decisione, anche se si suppone che con l'espressione “deve formulare le conclusioni” fa presumere che la mancata formulazione rientri tra le hp di comportamento sleale e scorretto valutabile dal giudice.

b) La prima barriera preclusiva a carico del convenuto relativamente alla comparsa in risposta riguarda:

- le eventuali domande riconvenzionali (si hanno quando il convenuto, traendo spunto dalla domanda dell'attore, non si limita a chiedere il rigetto ma propone a sua volta una domanda esercitando limitatamente ad essa un'autonoma azione)
- le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio (quelle processuali riguardano gli atti introduttivi del giudizio, la giurisdizione, la competenza; quelle di merito riguardano i fatti di cui si discute in causa e quindi hanno ad oggetto il fatto estintivo, modificativo o impeditivo del diritto dedotto in giudizio, che viene allegato dall'interessato al fine di ottenere il rigetto della domanda della controparte)

Il 2° comma dell'art. 167 dispone che nella comparsa di risposta il convenuto “A pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio”.

- la dichiarazione di voler chiamare in causa un terzo:

Il 3° comma dell'art. 167 dispone che Se intende chiamare un terzo in causa, deve farne dichiarazione nella stessa comparsa e provvedere ai sensi dell'articolo 269, cioè il convenuto che intenda chiamare un terzo in causa deve, a pena di decadenza, farne dichiarazione nella comparsa di risposta e contestualmente chiedere al giudice istruttore lo spostamento della prima udienza allo scopo di consentire la citazione del terzo nel rispetto dei termini dell'art. 163-bis”.

Mentre, per le modificazioni, allegazioni e istanze istruttorie, la preclusione scatta, come per l'attore, alla prima udienza di trattazione e successivi eventuali termini.

c) Con riguardo all'omissione o incertezza dell'oggetto o titolo della domanda riconvenzionale l'art dispone che: Se è omesso o risulta assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della domanda riconvenzionale, il

giudice, rilevata la nullità, fissa al convenuto un termine perentorio per integrarla. (la sanatoria ha effetto ex nunc) Restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti acquisiti anteriormente alla integrazione .

Iscrizione della causa a ruolo e formazione del fascicolo d'ufficio (art. 168 c.p.c.).

La costituzione delle parti deve essere integrata con l'iscrizione della causa a ruolo.

L'art 168 comma 1 dispone che:

All'atto della costituzione dell'attore, o, se questi non si è costituito, all'atto della costituzione del convenuto, su presentazione della nota d'iscrizione a ruolo, il cancelliere iscrive la causa nel ruolo generale.

L'iscrizione a ruolo è un atto distinto dalla costituzione delle parti ,anche se deve avvenire contemporaneamente ad essa, con cui il cancelliere iscrive la causa nel “registro generale degli affari contenziosi civili”

Ha la funzione di documentare la pendenza di un processo davanti ad un certo ufficio giudiziario e di investire il giudice della causa , instaurando il rapporto tra il giudice e le parti.

Presupposti sono la costituzione di una delle parti, la consegna della nota e la regolarità degli atti presentati.

Il cancelliere iscrive su istanza della parte stessa, cosiddetta **nota di iscrizione a ruolo**

La parte che per prima si costituisce ha l'onere di presentare nella cancelleria la nota di iscrizione a ruolo , consistente in un atto scritto in cui sono indicati gli estremi della causa (nome delle parti e del procuratore, oggetto della domanda, data di notificazione della citazione, data dell'udienza di prima comparizione)e avente la funzione di portare a conoscenza del giudice la causa che dovrà trattare.

La nota nn va confusa con l'iscrizione vera e propria che è l'atto del cancelliere che ha altresì il dovere di controllare la corrispondenza degli elementi contenuti nella nota e gli atti e i documenti prodotti dalle parti e anche , in caso di omissione o inesattezze che permettano comunque di individuare gli elementi della causa necessari allo scopo, deve procedere all'iscrizione.

Art 168 comma 2 : Contemporaneamente il cancelliere forma il fascicolo d'ufficio, nel quale inserisce la nota d'iscrizione a ruolo, copia dell'atto di citazione, delle comparse e delle memorie in carta non bollata e, successivamente, i processi verbali d'udienza, i provvedimenti del giudice, gli atti di istruzione e la copia del dispositivo delle sentenze.

La nota di iscrizione verrà inclusa nel **fascicolo d'ufficio** insieme ai fascicoli delle 2 parti, contraddistinto dal numero di ruolo con cui la causa potrà essere individuata.

Nel fascicolo d'ufficio sono contenuti in originale tutti gli atti dell'ufficio (come ad esempio i processi verbali d'udienza) e una copia degli atti delle parti (per consentire al giudice ed alle parti stesse di poter consultare i fascicoli nonostante una parte si sia avvalsa della facoltà di ritirare il proprio).

Poiché, con la costituzione, le parti hanno assunto la presenza ufficiale nel processo per mezzo del loro difensore , tutte le notificazioni e le comunicazioni si fanno presso il difensore-procuratore costituito, mentre se le parti si sono costituite personalmente -ove possibile- si fanno nella residenza o domicilio dichiarato (art 170) ciò nn è richiesto x tutti gli atti, ad esempio per le comparse e le memorie (atti processuali con cui le parti illustrano x iscritto la propria posizione sui punti di diritto e di fatto oggetto della controversia) consentite dal giudice in alternativa alla notificazione è previsto lo scambio documentato col visto del procuratore o della parte o il deposito in cancelleria.

Designazione e immutabilità del giudice istruttore. Differimento d'ufficio della prima udienza.

Formato il fascicolo d'ufficio, l'art. 168-bis dispone che 1° comma :

“il cancelliere lo presenta senza indugio al presidente del tribunale, il quale, con decreto scritto in calce alla nota di iscrizione al ruolo, designa il giudice istruttore davanti al quale le parti devono comparire, se non crede di procedere egli stesso all'istruzione. Nei tribunali divisi in più sezioni il presidente assegna la causa ad una di esse, e il presidente di questa (sempre nel rispetto dei criteri su indicati) provvede nelle stesse forme alla designazione del giudice istruttore. Subito dopo questa il cancelliere iscrive la causa sul ruolo della sezione, su quello del giudice e gli trasmette il fascicolo”

Il giudice istruttore è il magistrato a cui, attraverso la trattazione delle questioni rilevanti e la acquisizione degli elementi di prova, è demandata la funzione di rendere la causa matura per la decisione.

La designazione del giudice istruttore spetta al presidente del tribunale che può anche designare se stesso, o al presidente della sezione se si tratta di tribunale diviso in + sezioni.

Questa :

- deve avvenire non oltre il secondo giorno successivo alla costituzione della parte + diligente .
- deve avvenire in assoluta libertà, infatti il presidente nn è vincolato alla concomitanza tra il giorno prescelto dall'attore per la prima udienza ed il giorno in cui il giudice che intende designare tiene le udienze di prima comparizione.

Se così fosse l'attore potrebbe, nello scegliere il giorno della prima udienza, scegliere indirettamente il giudice che + gli aggrada.

Ma se con tale disposizione si è evitato questo inconveniente si è posto allo stesso tempo un problema pratico: se il presidente deve designare il giudice istruttore senza curarsi della concomitanza del giorno della prima udienza col giorno in cui il giudice designato tiene udienza di prima comparizione, può accadere che la data dell'udienza indicata nell'atto di citazione non coincide con quella in cui il giudice designato tiene udienza;

in tal caso secondo quanto stabilisce l'art.168 c.p.c. comma 4 la causa dovrà essere trattata nell'udienza tenuta dal giudice designato che sia immediatamente successiva alla data indicata nella citazione (questo è un rinvio d'ufficio dell'udienza).

Diverso è il differimento della prima udienza previsto dal 5comma, si parla di rinvio discrezionale e soggettivo: “Il giudice istruttore può differire, con decreto da emettere entro cinque giorni dalla presentazione del fascicolo, la data della prima udienza fino ad un massimo di quarantacinque giorni. In tal caso il cancelliere comunica alle parti costituite la nuova data della prima udienza”

Questo rinvio è disposto dal giudice per l'esigenza di amministrare più razionalmente il carico di lavoro ed acquisire un'adeguata conoscenza della causa.

La designazione del giudice opera x tutto il processo, nel senso che una volta designato è immutabile (art 174)

Il giudice può essere sostituito con decreto del presidente solo per assoluto impedimento o per gravi esigenze di servizio o quando la sostituzione è indispensabile per il compimento dei singoli atti.

L'udienza indicata nell'atto di citazione è detta udienza edittale, mentre quella stabilita in base al calendario di cui sopra, al rinvio, allo spostamento del giudice oppure ad esigenze interne all'ufficio è l'udienza effettiva (ai fini della costituzione del convenuto si tiene conto dell'udienza edittale anche se a norma dell'art 166 Fino a venti giorni prima della prima udienza differita il convenuto può costituirsi).

11. Ritardata o mancata costituzione delle parti o di una di esse (art. 171 c.p.c)

La costituzione in giudizio, sia dell'attore sia del convenuto, avviene normalmente a mezzo di un procuratore legale (salvo le ipotesi in cui la parte possa stare personalmente in giudizio) mediante il deposito in cancelleria del proprio fascicolo (cd. fascicolo di parte). Il fascicolo dell'attore conterrà l'originale della citazione con la relazione di notifica alla controparte, la procura, se rilasciata con atto separato (artt. 83, 125, 2 comma) e i documenti che offre in comunicazione; mentre il fascicolo del convenuto conterrà la copia della citazione notificata, la comparsa di risposta, la procura, se rilasciata con atto autonomo e i documenti che offre in comunicazione.

La parte che si costituisce per prima (che può essere quindi anche il convenuto) deve provvedere alla iscrizione della causa a ruolo.

Ci sono 2 ipotesi:

- 1) Se nessuna delle parti si è costituita, neanche tardivamente, non essendoci stata l'iscrizione a ruolo della causa il giudice istruttore non può essere designato quindi la prima udienza nn sarà mai tenuta.
- 2) Nell'hp di costituzione tardiva di una sola parte , essendoci comunque stata l'iscrizione a ruolo della causa da parte della parte diligente, il giudice istruttore terrà la prima udienza per ordinare la cancellazione della causa dal ruolo

Dunque la costituzione regolare di una delle parti assicura la prosecuzione del giudizio e la parte che non si è costituita nel suo termine può farlo fino alla prima udienza (purché l'altra parte si sia costituita nel suo termine e abbia iscritto la causa al ruolo)

Le conseguenze del ritardo :

- a) se la parte ritardataria è l'attore , non ci sono grandi conseguenze sul piano processuale
- b) se è il convenuto è prevista come sanzione dall'art 167 la preclusione circa la proposizione di domande riconvenzionali, richiesta di chiamare un terzo e la proposizione di eccezioni non rilevabili d'ufficio.

La parte ritardataria può costituirsi fino alla prima udienza purché la costituzione dell'altra sia stata regolare. La parte che non si costituisce neppure alla prima udienza è dichiarata **contumace** con ordinanza dal giudice istruttore salvo che la mancata costituzione del convenuto nn sia dovuta ad un'irregolarità della citazione tale da nn consentire al convenuto di prendere parte al processo.

In entrambe le hp (1 mancata iscrizione o 2 avvenuta cancellazione dal ruolo) il processo non è ancora estinto (è formalmente pendente) ed entra in uno stato di quiescenza che potrà durare fino ad 1 anno dalla scadenza del termine stabilito per la costituzione del convenuto nel primo caso, o dalla data del provvedimento di cancellazione nel secondo caso.

Entro quel termine il processo potrà essere riassunto a cura della parte che vi ha interesse attraverso la notificazione all'altra di un atto (la comparsa di riassunzione) che ha i caratteri di una nuova citazione. In questo modo si formeranno nuovi termini di costituzione (con riferimento alla data della notificazione della nuova udienza di comparizione) il cui mancato rispetto da parte di entrambe le parti darà luogo alla immediata estinzione del processo (307) che si verifica anche nel caso della mancata riassunzione entro il termine dell'anno previsto.

CAPITOLO III

FASE ISTRUTTORIA

SEZ. I – L'istruzione in senso ampio

12. L'istruzione in senso ampio e le sue sotto-fasi.

Successivamente all'introduzione della causa (che termina con la costituzione delle parti) ha inizio la fase di istruzione della stessa (in senso ampio)..

In questa fase si svolgono tutte quelle attività necessarie a rendere la causa matura per la decisione.

Ma cosa s'intende? Noi sappiamo che la decisione della causa consiste in un giudizio circa l'esistenza o meno del diritto affermato nella domanda. Questo giudizio è la sintesi di 2 operazioni logiche: il giudizio di fatto e il giudizio di diritto. Per rendere possibile la decisione, quindi rendere matura la causa, occorre acquisire tutti gli elementi e gli strumenti necessari a compiere entrambi i giudizi. Però una vera e propria acquisizione materiale si può parlare solo con riguardo ai fatti (che necessitano di prove) mentre per il giudizio di diritto

in base al principio *iura novit curia* il giudice non ha bisogno di acquisire elementi esterni. Ciò non vuol dire che l'istruzione si riduce all'acquisizione delle prove poiché per stabilire se una causa è matura o no è necessaria un'attività logica che risolva determinati problemi di diritto (come ad esempio il riscontro dei requisiti del processo)

Quindi: In questa fase si acquisiscono gli elementi di fatto e si controllano gli aspetti giuridici necessari per la definizione del processo.

Mentre la fase dell'introduzione è caratterizzata dalla attività delle parti, in questa fase fondamentale è l'attività del giudice istruttore.

Nella fase di istruzione si individuano 3 sotto fasi:

1. Trattazione: ha la funzione di individuare le parti, precisare o modificare le domande, discutere le questioni + rilevanti
2. istruzione in senso stretto o probatoria consistente nell'acquisizione delle prove scritte ed orali necessarie alla decisione delle questioni della causa
3. rimessione della causa in decisione: a seguito della quale l'autorità giudicante (tribunale in composizione monocratica o collegiale) si riserva la pronuncia finale sulla domanda

13. Il giudice-ufficio giudiziario e i suoi organi: giudice istruttore, collegio e presidente.

Con la parola giudice si intende talora l'ufficio giudiziario (il tribunale) e talora il giudice istruttore (il magistrato designato per ciascuna causa dal presidente del tribunale o della sezione tra i diversi giudici appartenenti a quel tribunale o della sezione) che è uno degli organi, come anche il collegio e il presidente, nei quali si articola l'ufficio giudiziario.

14. Il giudice istruttore come soluzione di compromesso....

Detto che la funzione del giudice istruttore è di rendere matura la causa e la decisione, si deve approfondire la conoscenza sulla ragione d'essere di questo organo. Questa è il risultato delle varie soluzioni poste ai problemi di politica legislativa dai legislatori del '40 e del '90.

Innanzitutto si deve dire che le esigenze cui il legislatore del '40 voleva soddisfare erano quelle di rapidità del giudizio attraverso un dialogo diretto, senza formalismi, tra parti e giudice.

Già prima del '40 queste esigenze si rivenivano nei principi di oralità, immediatezza e concentrazione che stavano alla base dell'orientamento di Chiovenda verso un processo simile a quello penale cioè che si svolgesse interamente innanzi all'organo collegiale.

Però alcuni sostenendo che tale soluzione presentava degli svantaggi non prestandosi l'organo collegiale ad un colloquio rapido ed agile con le parti ed ad una rapida acquisizione degli elementi di giudizio, avanzarono l'idea di un processo innanzi a un giudice unico. L'altra parte di dottrina invece continuava a sostenere il giudice collegiale dal momento che secondo questi il sistema del giudice unico era caratterizzato da inconvenienti quali: insufficiente ponderazione del giudizio e maggiori possibilità di errori.

In questo dibattito, circa i vantaggi e gli svantaggi della soluzione del giudizio collegiale o del giudice unico o monocratico, prevalse la soluzione di compromesso che attribuiva al giudice unico – il giudice istruttore – l'istruzione della causa e al collegio la decisione. Però istruzione e decisione sono attività talmente connesse tra loro che era inconcepibile un processo in cui queste fossero svolte da organi diversi, tenendo conto anche del fatto che l'attribuzione delle separate attività a 2 organi completamente distinti non solo ritardava il processo ma comprometteva anche il giudizio (visto che il collegio giudicava senza aver acquisito l'esperienza che solo l'istruzione dà).

La soluzione data dal legislatore del '40 mirava ad attuare una coordinazione tra i due organi, attraverso l'espedito dell'inserimento del giudice istruttore nel collegio come uno dei suoi membri con la funzione di relatore. Ma anche questa soluzione presentava 1 inconveniente: si creava una posizione di disparità tra il giudice istruttore-relatore (che assumeva in concreto la parte di giudice unico del fatto) e gli altri componenti del collegio (che partecipavano quindi attivamente solo al giudizio di diritto). Tuttavia tale soluzione ebbe il merito di aver dato la spinta a quel sistema che poi fu introdotto dal legislatore degli anni '90.

La riforma degli anni '90 accentuò l'orientamento verso il giudice unico, mantenendo il sistema del doppio organo soltanto per talune materie specificamente individuate (nell'art 50bis) e ritenute più delicate e, in tutte le altre, attribuendo anche le funzioni decisorie allo stesso giudice istruttore in funzione di giudice unico.

15. Il giudice istruttore al centro del processo di cognizione. Suoi poteri e suoi provvedimenti.

Il giudice istruttore è l'organo propulsore del processo di cognizione. Una volta designato è investito di tutta l'istruzione della causa (art 174)

I poteri del giudice istruttore sono quelli che le singole specifiche norme gli attribuiscono (art. 175 c.p.c.) Il giudice istruttore (G.I.) esercita tutti i poteri necessari per il più sollecito e leale svolgimento del procedimento; egli fissa le udienze successive alla prima e i termini entro i quali le parti devono compiere gli atti processuali. Quando il giudice ha ommesso di provvedere a norma del comma precedente si applicano le disposizione dell'art 289”

Queste udienze , come la prima, si svolgono davanti al giudice istruttore, tranne l'ultima che si svolge davanti al collegio nei casi previsti. Pur essendo possibile in teoria che l'istruzione si risolva in una sola udienza in pratica le udienze successiva sono necessarie sia x la trattazione sia x l'istruzione probatoria.

Le udienze davanti al giudice istruttore (a differenza dell'udienza collegiale) non sono pubbliche. Ad esse partecipano i difensori delle parti e le parti personalmente (ma solo alla prima udienza di trattazione e nei casi previsti dalla legge senza poter interloquire se non con l'autorizzazione del giudice).

Infine la legge prevede l'eventualità che l'ordinanza non contenga la fissazione dell'udienza successiva o del termine entro cui si devono compiere gli atti, in questo caso è prevista la possibilità delle parti di chiedere entro 6 mesi dall'udienza la fissazione dell'udienza o dei termini mancanti (quindi l'integrazione del provvedimento); altrimenti il processo si estingue (art 289)

(art. 176 c.p.c.) Tutti i provvedimenti del G.I (quindi anche la fissazione delle udienze), salvo che la legge disponga diversamente (ad esempio usa il decreto nei casi di fissazione dell'udienza dopo la sospensione o termini per il deposito delle momenti), hanno la forma dell'ordinanza da pronunciarsi in udienza, oppure fuori udienza previa riserva e con successiva comunicazione ai procuratori delle parti in causa a cura del cancelliere .

Le ordinanze pronunciate in udienza si presumono conosciute dalle parti presenti (senza bisogno di comunicazione) e da quelle che dovevano comparirvi(quindi ne deriva l'onere implicito delle parti alla comparizione); quelle pronunciate fuori dall'udienza sono comunicate a cura del cancelliere entro i tre giorni successivi.

Qualora la comunicazione dell'ordinanza manchi o sia irregolare si verifica la nullità di tutti gli atti successivi del processo per violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, nullità sanata quando l'atto comunque raggiunge il suo scopo (comparizione della parte interessata).

L' art. 177 c.p.c. 1° e 2° comma afferma che le ordinanze del giudice istruttore non pregiudicano mai la decisione della causa, in quanto possono essere modificate e revocate dal giudice che le ha pronunciate, tranne che nei casi specificamente indicati dal 3° comma c. cioè

- 1) Siano state pronunciate su accordo delle parti su materie su cui queste possono disporre (ad esempio nel caso dell'art 296 che prevede la possibilità del giudice di disporre la sospensione del processo su istanza delle parti)
- 2) Siano dichiarate espressamente non impugnabili dalla legge; (es. ordinanza con cui il giudice decide sull'istanza di ricasazione, art. 53 c.p.c.)
- 3) Siano assoggettate ad uno speciale mezzo di reclamo. (es. il reclamo proposto contro le ordinanze che dichiarano l'estinzione del processo, pronunciate dal giudice istruttore che non opera in funzione di giudice unico).

Sez. II – La comparizione e la Trattazione della causa

La trattazione della causa comprende quelle attività di giudizio diretta all'individuazione dell parti in causa, alla modificazione e precisazione ad opera delle stesse delle domande proposte non chè alla esposizione delle ragioni di fatto e di diritto che sorreggono le rispettive pretese.

16. *La trattazione in generale, la comparizione, l'assenza e relative conseguenze.*

Il primo avvio alla trattazione in senso ampio si verifica nell'udienza che l'attore aveva indicato nell'atto di citazione. Tale udienza di prima comparizione torna [a seguito delle modifiche apportate, dalle leggi - n. 80/2005, legge n. 263/2005, legge n. 51/2006 -, alla fase di trattazione del giudizio di cognizione (ne hanno trasformato profondamente la fisionomia⁷)] ad identificarsi con la prima udienza di trattazione.

Sicché il nuovo articolo 180 si limita all'enunciazione dell'oralità della causa con la redazione del relativo processo verbale e la prima udienza è ora disciplinata interamente dall'art. 183 c.p.c. "prima comparizione delle parti e trattazione della causa".

L'articolo 181 c.p.c. tratta della *Mancata comparizione delle parti*

Per comparizione non si intende la presenza formale delle parti (che si acquista con la costituzione) ma si intende la presenza effettiva in udienza della parte regolarmente costituita che compare a mezzo del difensore. Si desume che la costituzione – atto necessario x la partecipazione giuridica al processo – non è sufficiente per la partecipazione effettiva allo stesso, x la quale occorre la presenza alle udienze a cominciare dalla prima.

La mancata costituzione determina la contumacia, mentre la mancata comparizione determina l'assenza.

L'art dispone che:

Se Nessuna delle parti regolarmente costituite compare all'udienza di prima comparizione: il giudice istruttore, con ordinanza non impugnabile, fissa un'udienza successiva di cui il cancelliere dà comunicazione alle parti; qualora le parti non compaiono neanche a questa udienza il giudice con ordinanza non impugnabile dispone la cancellazione della causa dal ruolo. La cancellazione, analogamente a ciò che avviene nell'hp di mancata iscrizione, fa sì che la causa viene a trovarsi in uno stato di quiescenza per un anno, entro il quale le parti devono riassumere la causa. Decorso inutilmente tale anno il processo si estingue ("estinzione mediata").

Il legislatore quindi ha attribuito alla mancata comparizione delle parti valore di implicita rinuncia alla prosecuzione del processo che ha conseguenze diverse a seconda che:

- sia L'attore costituito a non comparire in udienza: se il convenuto è interessato alla definizione della causa, la stessa procede in assenza dell'attore; in caso contrario, il giudice fissa una nuova udienza la cui data deve essere comunicata all'attore, ma se l'attore non compare neppure in questa udienza, la causa viene cancellata dal ruolo e il processo si estingue immediatamente, a meno che il convenuto chieda che si proceda in assenza dell'attore

- sia Il convenuto costituito a non comparire in udienza quindi è presente solo l'attore: il giudizio prosegue in sua assenza (se nn è costituito è contumace)

17. *La prima udienza. Le verifiche di regolarità di costituzione e del contraddittorio.*

Art. 182.(Difetto di rappresentanza o di autorizzazione) Il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità della costituzione delle parti e, quando occorre, le invita a completare o a mettere in regola gli atti e i documenti che riconosce difettosi.

Si tratta di un aspetto della funzione di "direzione del procedimento" del giudice istruttore.

Con questo controllo (che il giudice deve compiere d'ufficio) si possono evitare le conseguenze di irregolarità o di vizi che potrebbero compromettere il processo.

L'oggetto del controllo riguarda :

⁷ Con la riforma *de qua*, non si ha più la distinzione tra l'udienza di prima comparizione e la prima udienza di trattazione. Quello che in precedenza era previsto dagli artt. 180 e 183 c.p.c., attualmente è regolato nel solo novellato art. 183. Difatti, il nuovo testo dell'art. 180, si limita a disciplinare la *forma della trattazione*, stabilendo che "la trattazione della causa è orale e che della stessa si redige processo verbale". Inoltre, non si ha più l'obbligo della comparizione personale delle parti, comparizione che viene autorizzata dal g.i. qualora le parti ne facciano concorde richiesta. Altra differenza rilevante, è la riunione dei doppi termini ex artt. 183 e 184 c.p.c.

- i cd. Vizi del contraddittorio , ad esempio la mancanza o irregolarità degli atti da includere nel fascicolo, le modalità della procura del difensore o i suoi requisiti soggettivi (es. mancata iscrizione all'albo), che possono comunque essere sanati con l'invito del giudice a completare o mettere in regola atti e documenti difettosi

- i vizi del presupposto processuale che è la legittimazione processuale, infatti il co.2 dell'art dispone che:

Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione, il giudice può assegnare alle parti un termine per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, o per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, salvo che si sia avverata una decadenza.

Difetto di rappresentanza significa sia che c'è un difetto di funzionamento o del potere dello strumento rappresentativo (contemplatio domini o falsus procurator) sia che manca lo strumento rappresentativo nonostante la sua necessità (ad es. per incapacità processuale del rappresentate).

Nel caso di difetto di funzionamento con la costituzione del rappresentate che nel frattempo si sia munito del potere rappresentativo si può conseguire il risultato pratico della ratifica rispetto agli atti già compiuti; nel caso di difetto di capacità processuale, la costituzione del soggetto processualmente legittimato opera come una sanatoria , come accade anche nei casi di difetto di assistenza ed autorizzazione.

La sanatoria o ratifica in caso di costituzione della parte legittimata, può avvenire anche oltre la prima udienza con effetto retroattivo fino alla rimessione della causa in decisione purchè nel frattempo non si siano verificate decadenze, e può avvenire anche indipendentemente dall'iniziativa del giudice istruttore che può cmq facilitarla o renderla possibile attraverso la concessione di un termine.

Alle verifiche sulla regolarità del contraddittorio si riferisce

Il comma 1 dell'art 183 *Prima comparizione della parti e trattazione della causa*

All'udienza fissata per la prima comparizione delle parti e la trattazione il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità del contraddittorio (ossia la regolare costituzione delle parti, in caso di litisconsorzio necessario che siano presenti tutti i litisconsorti, ecc.) e, quando occorre, pronuncia i provvedimenti previsti :

dall'articolo 102 (ordine di integrazione del contraddittorio),

dall'articolo 164 (ordine di rinnovazione, integrazione e cancellazione),

dall'articolo 167(ordine di integrazione della domanda riconvenzionale),

dall'articolo 182 (difetto di rappresentanza e autorizzazione)

e dall'articolo 291(ordine di rinnovazione che precede la dichiarazione di contumacia)

Comma 2: Nel caso in cui il giudice debba emettere tali provvedimenti, o qualora si debba procedere al tentativo di conciliazione⁸, verrà fissata una nuova udienza di trattazione.

18. La prima udienza. La comparizione personale (art. 183, 3° comma).

Il 3° comma dell'art 183 dispone che “ il giudice istruttore fissa una nuova udienza se deve procedere a norma dell'art 185 intitolato “ tentativo di conciliazione.

Secondo quest'articolo:

“Il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta delle parti, fissa la comparizione delle medesime al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione. Il giudice istruttore ha altresì facoltà di fissare la predetta udienza di comparizione personale a norma dell'articolo 117. Quando e' disposta la comparizione personale, le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. Se la

⁸ A differenza di quanto previsto prima della riforma, (in cui nella prima udienza di trattazione, ex art. 183, le parti avevano l'obbligo di comparire personalmente affinché il G.I. potesse interrogarle liberamente e tentare la conciliazione), la comparizione personale della parti è prevista solamente nel caso in cui siano le stesse a richiederlo.

procura e' conferita con scrittura privata, questa può essere autenticata anche dal difensore della parte. La mancata conoscenza, senza giustificato motivo, dei fatti della causa da parte del procuratore e' valutata ai sensi del secondo comma dell'articolo 116"

Si tratta dell'eventualità della comparizione personale delle parti tesa a consentire al giudice di procedere all'interrogatorio libero delle stesse al fine di provocarne la conciliazione, oggi subordinata ad una richiesta congiunta degli interessati oppure ad una iniziativa ufficiosa dello stesso giudice.

La conciliazione giudiziale alla quale è finalizzato il tentativo è più che una transazione perché produce sia effetti sostanziali (nel caso in cui ad esempio si abbia una rinuncia da parte di una delle parti) sia effetti processuali con riguardo al processo in corso (si verifica immediatamente ed ipso iure in caso di conciliazione l'estinzione del processo) e sia con riguardo al fatto che la legge attribuisce efficacia di titolo esecutivo al documento di conciliazione secondo l'ultimo comma dell'art 185 : Quando le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della convenzione conclusa. Il processo verbale costituisce titolo esecutivo.

19. La prima udienza. Modificazione delle domande e eccezioni (art. 183, 4° comma e ss.).

Il normale svolgimento della trattazione presuppone la reciproca conoscenza e immutabilità delle domande, eccezioni, e l'offerta dei mezzi di prova delle parti e la loro conoscenza da parte del giudice.

Col sistema precedente alla riforma era consentita la possibilità di modificare domande, proporre nuove eccezioni e nuovi mezzi di prova fino alla remissione della causa al collegio. Questo sistema determinava un allungamento dei tempi del giudizio, dovuto alla continua concessione, da parte del giudice istruttore, di rinvii di udienza per consentire a ciascuna parte di replicare ai mutamenti del thema decidendum attuati dalle integrazioni, modificazioni e precisazioni della controparte.

Il sistema delle preclusioni invece introdotto con l'art 183 consente al giudice di fissare immediatamente la materia del contendere stabilendo che le parti possano modificare e precisare solo gli elementi già indicati negli atti introduttivi, nei limiti in cui queste modificazioni siano risposte alle difese avversarie e nei limiti temporali stabiliti dal giudice.

L'art 183 comma 4 dispone che : Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.

La nuova disciplina configura dapprima i termini e le autorizzazioni per le nuove allegazioni (precisazioni e modificazioni) e dopo , i termini e le autorizzazioni relative alle istanze istruttorie e alle produzioni.

A) Il sistema delle preclusioni nelle allegazioni.

All'esame del regime di termini e autorizzazioni circa le allegazioni, occorre premettere il chiarimento della portata delle espressioni delle quali si servono la legge :

- 1) **Modificare (*mutatio*)**, significa introdurre altri fatti e altre richieste cioè proporre nuove domande o nuove eccezioni allargando l'oggetto del processo
- 2) **Precisare, *emendatio***, significa solo rettificare i fatti allegati

La legge consente la precisazione ma anche la modificazione se non muta radicalmente il petitum e la causa petendi (cioè è possibile allegare solo secondari e non quelli principali che fondano la causa petendi) il cui mutamento implica nuova domanda.

Quindi ferma la preclusione per le domande totalmente nuove, entrambe le parti possono effettuare precisazioni ed eventuali modificazioni alla prima udienza di trattazione e anche con memorie successive se autorizzate.

Tale facoltà però consente alle parti una semplice modifica di ciò che è stato già formulato (*emendatio libelli*), e non anche di mutare completamente le domande o addirittura di proporre delle nuove (*mutatio libelli*).

Le precisazioni e modificazioni sono previste dal 5 comma dell'art 183: "Entrambe le parti possono precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate"

Mentre la previsione delle memorie è contenuta nel 6 comma che dispone che: "Se richiesto, il giudice concede alle parti i seguenti termini perentori:

- 1) un termine di ulteriori trenta giorni per il deposito di memorie limitate alle sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte;
- 2) un termine di ulteriori trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime e per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali;
- 3) un termine di ulteriori venti giorni per le sole indicazioni di prova contraria."

Queste facoltà che riguardano entrambe le parti vanno integrate con quelle previste per ciascuna di esse:

1)per quanto riguarda l'attore: Il quinto comma n°2 dell'art. 183, stabilisce che nella stessa udienza l'attore può (replicare) : proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto (c.d. *reconventio reconventionis*). Può altresì essere autorizzato a chiamare un terzo in causa, solo se tale esigenza deriva dalle difese del convenuto.

2) per quanto riguarda il convenuto:Il convenuto può , in questa fase, oltre alle eccezioni rilevabili d'ufficio e oltre quelle che conseguono alle allegazioni dell'attore (art.183, 6° comma n°2) proporre precisazioni e modificazione delle eccezioni già proposte e quelle consequenziali.

Occorre infine chiarire che ai sensi dell'ultima parte del 4 comma questo è l'ultimo momento utile per modificare "domande, eccezioni e conclusioni", giacché in sede di rimessione in decisione della causa ex. art. 189 le parti possono sì precisare le conclusioni, ma "nei limiti di quelle formulate negli atti introduttivi o a norma dell'art. 183".

A questo punto si chiude la barriera delle preclusioni che riguardano la domanda e che consiste quindi :

- 1) nel divieto fin dall'inizio di domande totalmente nuove che nn dipendano dalle allegazioni della controparte
- 2) nella possibilità di precisare e modificare le eccezioni cnhe indipendentemente dalle difese della controparte fino e non oltre la scadenza del termine eventualmente chiesto all'udienza.

Questa barriera relativa alle preclusioni può subire eccezioni nelle ipotesi:

- a) di jus superveniens che si determina quando viene consentita la nuova domanda resa necessaria dalle modificazioni di diritto sopravvenute in corso di giudizio;
- b) e di fatti sopravvenuti che possono essere dedotti tardivamente per evitare la frammentazione del giudizio quando questo è evitabile.

B) Il sistema delle preclusioni nelle istanze istruttorie e nelle produzioni di documenti.

Alla prima udienza si chiude anche la barriera delle istanze istruttorie sulle quali il giudice si riserva di provvedere.

I comma 7-8-9 e 19 dell'art 183 dispongono che:

7: Salva l'applicazione dell'articolo 187(hp che il giudice ritenga matura la causa per la decisione), il giudice provvede sulle richieste istruttorie fissando l'udienza di cui all'articolo 184 per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti. Se provvede mediante ordinanza emanata fuori udienza, questa deve essere pronunciata entro trenta giorni.

8: Nel caso in cui vengano disposti d'ufficio mezzi di prova con l'ordinanza di cui al settimo comma, ciascuna parte puo' dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal giudice con la medesima ordinanza, i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi nonche' depositare memoria di replica nell'ulteriore termine perentorio parimenti assegnato dal giudice, che si riserva di provvedere ai sensi del

settimo comma.

9: Con l'ordinanza che ammette le prove il giudice può in ogni caso disporre, qualora lo ritenga utile, il libero interrogatorio delle parti; all'interrogatorio disposto dal giudice istruttore si applicano le disposizioni di cui al terzo comma.

10: L'ordinanza di cui al settimo comma e' comunicata a cura del cancelliere entro i tre giorni successivi al deposito, anche a mezzo telefax, nella sola ipotesi in cui il numero sia stato indicato negli atti difensivi, nonché a mezzo di posta elettronica, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione e la trasmissione dei documenti informatici e teletrasmessi. A tal fine il difensore indica nel primo scritto difensivo utile il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui dichiara di voler ricevere gli atti.

Chiusa così la prima fase della trattazione il nuovo testo dell'art 184 disciplina l'assunzione delle prove eventualmente ammesse, aprendo la fase dell'istruzione in senso stretto:

“Nell'udienza fissata con l'ordinanza prevista dal settimo comma dell'articolo 183, il giudice istruttore procede all'assunzione dei mezzi di prova ammessi.”

In conclusione: i provvedimenti del giudice in cui si concretizza il programma di eventuale istruzione o di decisione devono essere pronunciati alla prima udienza di trattazione o a quella successiva resa necessaria dall'assegnazione dei termini conseguenti all'esercizio delle facoltà di cui all'art 183, nonché a seguito dell'ammissione d'ufficio dei mezzi di prova.

Le nuove produzioni e le nuove offerte di mezzi di prova sono possibili fino a quando il giudice non provvede sulle istanze istruttorie.

[Allo scadere del termine relativo alle allegazioni, il giudice istruttore fissa l'udienza per i provvedimenti di cui all'art. 184, ossia i provvedimenti sulle istanze istruttorie proposte alla prima udienza o in precedenza. In questa nuova udienza, il giudice istruttore può ammettere senz'altro i mezzi di prova oppure rinviare ad un'altra udienza assegnando termini perentori per eventuali altre istanze e produzione di documenti e per eventuali altre indicazioni di prova contraria. Allo scadere di questi termini si chiude anche la barriera relativa alle istanze istruttorie, salvo un eventuale altro termine nell'ipotesi che vengano disposte prove d'ufficio.]

L'art. 184bis prevede per le ipotesi di decadenza dalle barriere preclusive della fase di trattazione la rimessione in termini se la parte decaduta dimostra che la decadenza è dovuta a causa ad essa non imputabile. Sull'istanza il giudice provvede applicando la norma che disciplina la remissione in termini del contumace.

20. *La trattazione nei suoi aspetti concreti.*

A) le questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito.

Il primo passo da compiere nella trattazione è l'individuazione delle questioni che risultano dalle domande ed eccezioni delle parti, seguito dall'individuazione (tra queste) di quelle che devono essere affrontate per prime poiché la loro decisione può condizionare lo svolgimento dell'istruzione sia riguardo al “se” sia riguardo al “come” deve proseguire.

Queste questioni (che condizionano il cammino del giudice verso la pronuncia di merito) sono dette:

- pregiudiziali di rito (concernono i requisiti del processo: giurisdizione, competenza, capacità o legittimazione processuale, validità atti processuali...)
- preliminari di merito (introdotte da un'eccezione - quale ad esempio la prescrizione del diritto controverso, o l'avvenuta compensazione dei rapporti in causa - il cui accoglimento renderebbe superfluo il giudizio sul merito del fatto costitutivo del diritto)

Il problema si pone specialmente nelle cause da decidersi dal collegio (ex art 50bis) e consiste nel vedere come il giudice istruttore debba regolarsi se sorgano questioni di questo tipo, problema che quindi concerne la necessità di rispettare l'autonomia e indipendenza sia del giudice istruttore che del collegio.

Supponiamo ad esempio che in una di tali cause si ponga una questione pregiudiziale di rito e cioè che il convenuto con la comparsa di risposta eccepisca l'incompetenza del tribunale adito.

Se tale eccezione fosse fondata il tribunale dovrebbe dichiarare la sua incompetenza, altrimenti occorrerebbe procedere nell'istruzione.

Cosa deve fare allora il giudice istruttore? Poiché l'istruzione è un suo compito sembrerebbe logico affidargli la soluzione della questione, ma ciò implicherebbe anche l'assegnazione di un potere decisorio che nelle cause suddette spetta al collegio.

Convien allora affidare questo compito al collegio obbligando il giudice istruttore, ogni volta che viene sollevata una questione di questo tipo, a rimettere la causa al collegio? No, perché (se nel primo caso non si rispettava il potere decisorio del collegio) in questo caso nn si rispetta il compito di direzione del procedimento del giudice istruttore, che diverrebbe un semplice passacarte.

Stessa cosa avverrebbe in caso di questione preliminare di merito (ad esempio se viene sollevata una questione sulla legittimazione processuale o sulla sussistenza delle condizioni della domanda)

Il codice del 1940 -che su questo punto non è stato modificato- ha risolto questo problema affidando al giudice istruttore il potere di compiere, sulla questione, una valutazione provvisoria implicita con cui scegliere se proseguire o meno nell'istruzione e se rimettere o meno la causa al collegio (il cui potere decisorio resta quindi impregiudicato)

Tale scelta è imperniata sul quesito se la questione è o non è suscettibile di definire giudizio.

La soluzione prospettata dai comma 2 e 3 dell'art 187 prevede che :

“il giudice istruttore può rimettere le parti al collegio affinché sia decisa separatamente una questione di merito preliminare o una questione di rito pregiudiziale, solo quando la decisione di essa può definire il giudizio” (questa attitudine a definire il giudizio c'è solo quando l'istruttore prevede che la decisione della questione sarà nel senso della fondatezza dell'eccezione)

Nell'hp opposta (cioè quando il giudice istruttore prevede una decisione della questione nel senso dell'infondatezza dell'eccezione) “può anche disporre che siano decise unitamente al merito”

Nelle cause da decidersi dal tribunale in composizione monocratica, il problema praticamente non si pone a causa dell'identità dell'istruttore e dell'organo decidente nella stessa persona.

21. B) L'ammissione dei mezzi di prova. Il sistema del codice del 1940. Le integrazioni introdotte dalla novella del 1950 ed eliminate dalla legge 353/1990. Il reclamo al collegio contro le ordinanze di estinzione del processo.

Superate le questioni preliminari e pregiudiziali, si prosegue verso il giudizio sulla domanda che si sostanzia in una sintesi tra interpretazione della norma astratta (giudizio di diritto) e verifica o riscontro degli accadimenti e fatti affermati dalle parti come costitutivi (impeditivi o modificativi) del diritto sostanziale oggetto del processo.

Ricordiamo che il giudizio di diritto non ha bisogno dell'acquisizione di altri elementi poiché “iura novit curia”, quindi la prosecuzione del giudizio si concretizza sugli aspetti di fatto, cioè allegazioni dei fatti e strumenti x il riscontro della loro verità (cioè mezzi di prova)

I mezzi di prove si distinguono in :

1) prove precostituite (ad esempio i documenti) le prove ke nn necessitano di altre attività all'infuori della loro offerta al giudice dalla parte

2) prove costituende (come gli interrogatori, i testimoni) che necessitano, per la produzione dei loro effetti, di un'attività procedimentale ulteriore alla semplice presentazione detta “esperimento, acquisizione o esecuzione delle prove”, attività che costituisce l'istruzione in senso stretto.

Tornando al processo , il secondo tipo di ostacolo che per il giudice può sorgere sulla via della trattazione e dell'istruzione è quello di valutare la possibilità (nel senso valutare se sussistono le condizioni a cui l'ordinamento subordina l'esperimento di quel mezzo di prova) e l'utilità (nel senso che l'eventuale esito positivo della prova sarà rilevante per il giudizio) dell'eventuale ammissione.

Il quesito in questione quindi concerne le questioni di ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova , e anche in questo caso , come per le questioni pregiudiziali e preliminari , si pone il problema (limitatamente alle cause elencate dall'art 50 bis) della distribuzione dei poteri tra organi diversi (giudice istruttore e collegio). Anche questo problema è risolto dal codice in maniera analoga a quello sulle questioni pregiudiziali e

preliminari ossia con l'attribuzione all'istruttore del potere di compiere una decisione provvisoria che questa volta è, o può essere, esplicita in quanto espressa in un'ordinanza, caratterizzata dalla revocabilità e modificabilità (da parte dell'organo decidente oltre che dallo stesso giudice istruttore)

Tale pronuncia può avvenire al termine della 1° udienza o nelle eventuali prosecuzioni previste per le eventuali istanze istruttorie. Il legislatore del 1950 aveva inoltre previsto uno strumento che consentiva al collegio di decidere le questioni di ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova senza attendere la remissione toale della causa al collegio, ossia con una rimessione che investiva il collegio solo del potere di decidere le questioni suddette (rimessione istruttoria della causa al collegio)

La riforma del 1990 ha eliminato questo istituto che prevedeva quindi il controllo immediato sulle istanze istruttorie a mezzo di reclamo al collegio peraltro mantenendo il reclamo al collegio (quale impugnazione) proponibile solo contro l'ordinanza del giudice istruttore che dichiara l'estinzione del processo.

22. L'ordinanza di pagamento di somme non contestate, l'ordinanza di ingiunzione e l'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione.

I provvedimenti anticipatori di condanna hanno la funzione di soddisfare “esigenze immediate di tutela”.

Al fine di accelerare la tutela dei diritti, la legge n. 353/90 ha introdotto la possibilità per il G.I. di emettere provvedimenti di condanna in corso di causa, che anticipano in tutto o in parte gli effetti dell'eventuale sentenza di condanna. Funzione essenziale di tali provvedimenti è quella di soddisfare esigenze immediate di tutela, scoraggiando la prosecuzione di giudizi dettati da finalità dilatorie.

Il primo di tali provvedimenti è: **L'Ordinanza per il pagamento delle somme non contestate** (art. 186 bis c.p.c.):

“su istanza di parte⁹ il G.I. può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite.”

È innanzitutto un provvedimento emesso dal giudice istruttore a sua discrezionalità e solo su istanza di parte, mai d'ufficio.

L'ordinanza (che ha ad oggetto il pagamento esclusivamente di somme di denaro) ha come presupposto la non contestazione “consapevole” della somma da pagare, e pertanto non può essere pronunciata nei confronti della parte contumace (in quanto precisa che la non contestazione deve provenire dalle parti costituite)

È un provvedimento anticipatorio (nel senso che anticipa il probabile contenuto della sentenza quindi sarà assorbito da essa nel caso di sentenza di accoglimento della domanda, o sarà destinato ad essere caducato nei suoi effetti in caso di sentenza di rigetto) e provvisorio nel senso che non può mai pregiudicare la decisione della causa in quanto è revocabile e modificabile, anche d'ufficio, sia dall'istruttore nello svolgimento successivo della trattazione sia in fase di decisione senza bisogno di impugnazioni.

Costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia esecutiva in caso di estinzione processo con un'ultra-attività che non implica il giudicato, cioè sarebbe possibile sempre rimettere in discussione i risultati dell'ordinanza (ad es. con l'opposizione all'esecuzione) dimostrando l'inesistenza del diritto posto a fondamento della domanda, in pratica il creditore potrà continuare ad avvalersi dell'ordinanza ma il debitore può contestare il suo fondamento in un altro giudizio di merito o in sede di opposizione all'esecuzione.

Secondo provvedimento: L'ordinanza di ingiunzione o Istanza di ingiunzione (art. 186 ter c.p.c.) di pagamento o di consegna: anche tale ordinanza viene pronunciata su istanza di parte¹⁰, prima della

⁹ Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone con decreto la comparizione della parti, assegnando un termine alla parte istante per la notificazione del decreto stesso (periodo aggiunto dalla legge n. 263/2005).

¹⁰ Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone con decreto la comparizione della parti, assegnando un termine alla parte istante per la notificazione del decreto stesso (periodo aggiunto dalla legge n. 263/2005).

precisazione delle conclusioni quando sussistano i presupposti che consentirebbero la pronuncia del decreto ingiuntivo (procedimento speciale disciplinato dagli artt. 633 e ss.): l'istanza deve avere ad oggetto o una somma liquida di denaro, o una determinata cosa mobile o una determinata quantità di cose fungibili, e deve basarsi su prova scritta del diritto di credito fatto valere : diritto di credito + prova scritta (art.186ter,1° comma).

Se il diritto vantato dipende da una controprestazione o condizione , l'ingiunzione può essere pronunciata solo se l'istante offre prove dell'adempimento della controprestazione o dell'avvenimento della condizione.

Se è diretta verso la controparte contumace): l'ordinanza è dichiarata provvisoriamente esecutiva quando si basa su titolo di credito o atto ricevuto da pubblico ufficiale ,cioè quando sussistono i requisiti per tale concessione al decreto ingiuntivo di cui all'art. 642 c.p.c. (credito fondato su cambiale, assegno,atto ricevuto dal notaio....art. 186 ter, 2° comma);

Se è diretta verso la controparte costituita l'esecuzione provvisoria è concessa anche nei casi di cui all'art. 648 c.p.c., ossia nei casi in cui il, nel procedimento ingiuntivo il debitore abbia proposto eccezioni non fondate su prova scritta.

Inoltre, soltanto nel primo caso (controparte contumace),la legge dispone la notifica dell'ordinanza entro 60 giorni a pena di inefficacia, con l'avvertimento che se l'intimato non si costituirà entro 20 giorni, l'ordinanza acquisirà l'efficacia (diventa esecutiva) di cui all'art.647 c.p.c. (art. 186 ter, 5° comma).

L'ordinanza è revocabile modificabile dal giudice istruttore fino alla pronuncia della sentenza che la sostituirà (art.186 ter, 3° comma); è perciò provvisoria e anticipatoria (art. 186ter, 4° comma).

In caso di estinzione del processo, l'ordinanza conserva la sua efficacia esecutiva, con una ultra-attività che non implica il giudicato, tranne che nei casi in cui la parte ingiunta contumace non si sia costituita neppure a seguito dell'avvertimento di cui all'art.186ter, 5° comma (se la parte contro cui è pronunciata l'ingiunzione è contumace, l'ordinanza deve essere notificata ai sensi e per gli effetti dell'art. 644. In tal caso l'ordinanza deve altresì contenere l'espresso avvertimento che, ove la parte non si costituisca entro il termine di venti giorni dalla notifica, diverrà esecutiva ai sensi dell'art. 647).

Terzo provvedimento: L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione, che è pure un provvedimento provvisorio e anticipatorio, differisce dai primi 2 provvedimenti in quanto può essere pronunciata, a istanza di parte (anche verbalmente o con ricorso) , solo al termine dell'istruzione , quando cioè la causa sarebbe già matura x la decisione.

In effetti si tratta di una decisione anticipata (esecutiva e provvisoria) resa possibile (anzikkè dalla contestazione come nella prima o dalla prova scritta come nella seconda) dal risultato dell'istruzione, ovviamente nei limiti in cui il convincimento dell'istruttore sia nel senso dell'accoglimento della domanda.

Questa ordinanza può avere ad oggetto soltanto la condanna :

- 1)al pagamento di somme
- 2)alla consegna o rilascio di beni mobili ed immobili (186 quater, 1° comma) con pronuncia anche sulle spese.

La richiesta dell'ordinanza deve comunque contenere la specificazione dell'oggetto e del suo titolo.

La pronuncia può avvenire nella stessa udienza o in altra previa instaurazione del contraddittorio.

L'istante ha 2 alternative : scegliere se attendere la sentenza nella prospettiva di cambiare il convincimento del giudice ed ottenere la revoca dell'ordinanza, o rinunciare alla pronuncia della sentenza x appellare subito l'ordinanza che proprio x questo motivo acquista efficacia di sentenza impugnabile.

La limitazione alla condanna pone il problema della possibilità della pronuncia dell'ordinanza nei casi in cui la causa abbia ad oggetto anche altre domande, in particolare quando l'accoglimento della domanda di condanna dipende dall'accoglimento di altre domande costitutive o di accertamento.

Nel caso di domande autonome, anche se cumulate nn ci sono problemi previa separazione delle stesse.

Nel caso di domande in rapporto di pregiudizialità è determinante il fatto che la legge ha limitato i poteri del decisionali esercitabili con l'ordinanza alla sola condanna, si escludono così pronunce costitutive o di

accertamento (salvi gli accertamenti impliciti) nella valutazione di fondatezza della domanda di condanna. Questo però non impedisce che il giudice possa conoscere incidentalmente tantum della domanda pregiudiziale, salvi i casi in cui sulla pregiudizialità la legge o l'esplicita domanda delle parti esigano la pronuncia con efficacia di giudicato (che è la situazione + frequente).

La domanda dell'ordinanza può essere accolta o respinta o accolta parzialmente.

L'ordinanza è titolo esecutivo ed è revocabile con la sentenza che definisce il giudizio (art. 186quater 2° comma).

Se dopo la pronuncia dell'ordinanza il processo si estingue l'ordinanza acquista l'efficacia di sentenza impugnabile (art. 186quater, 3° comma).

Questo comma si riferisce all'eventualità che sia la parte richiedente (appagata dalla pronuncia dell'ordinanza e che la parte intimata (convinta di non poter ottenere la revoca dell'ordinanza) si astengano dal dare impulso al processo. Quindi l'ordinanza acquista efficacia di sentenza sia se il giudizio si estingue, sia se l'intimato rinuncia alla pronuncia della stessa¹¹.

Il termine per l'impugnazione decorre dalla comunicazione dell'ordinanza che dichiara l'estinzione del processo o della sentenza pronunciata sull'eventuale reclamo.

All'eventuale mancata impugnazione segue l'efficacia di sentenza passata in giudicato.

Il 4° comma dell'art. 186quater prevede che l'ordinanza acquisti automaticamente l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza salvo che la parte intimata non manifesti entro 30 giorni dalla sua pronuncia in udienza o dalla comunicazione, con ricorso notificato all'altra parte e depositato in cancelleria, la volontà che sia pronunciata la sentenza.

Se permangono altre domande il giudizio procede con riguardo ad esse, analogamente a quanto accade nella previsione di cui all'art. 129 disp.att.c.p.c. (continuazione del giudizio per la pronuncia sulle altre domande).

La pronuncia dell'ordinanza se è stata pronunciata in precedenza un altro provvedimento provvisorio presuppone la revoca implicita di quest'ultimo. Quindi è possibile la sovrapposizione di ciascuno dei provvedimenti anticipatori solo quando il provvedimento precedente di condanna non sia già esecutivo.

Sez. III - Intervento dei terzi

23. Le modalità dell'intervento dei terzi nelle sue diverse forme.

L'intervento volontario avviene col deposito di una comparsa in udienza o in cancelleria; è un atto simile alla comparsa di risposta del convenuto con la differenza che mentre il convenuto quando si costituisce è già parte del processo (attraverso la notificazione della citazione) per l'interveniente volontario il momento dell'ingresso formale (qualità di parte) coincide con momento della costituzione.

Se il deposito della comparsa avviene in udienza le altre parti ne sono subito informate ed il contraddittorio è già instaurato anche col terzo, se ciò avviene fuori udienza il cancelliere ne dà notizia alle parti costituite (art. 267 1° e 2° comma c.p.c.).

L'intervento è consentito fino alla precisazione delle conclusioni, ma il terzo non può compiere atti che non sono più consentite alle altre parti (art. 268 c.p.c.) sicché l'attività del terzo sarà assoggettata alle preclusioni di cui agli articoli 183-184 quindi il terzo non può proporre domande, relative precisazioni e allegazioni dopo la trattazione (come le parti) o dopo il termine eventualmente fissato dal giudice per le precisazioni e modificazioni delle domande, salvo nel caso in cui l'intervento avvenga per attuare il litisconsorzio necessario o avvenga per l'integrazione necessaria del contraddittorio.

¹¹ La legge n. 263/2005 ha modificato le modalità con cui l'ordinanza ex art. 186 quater acquista l'efficacia della sentenza impugnabile: non è più richiesta l'attivazione della parte intimata (che dichiara di rinunciare alla pronuncia della sentenza con atto notificato alla controparte), ma è sufficiente che la parte intimata non manifesti entro 30 giorni la volontà che sia pronunciata la sentenza.

L'intervento coatto è tale solo nel caso che il terzo entra nel processo perché citato per udienza fissata dal g.i., quindi il terzo è parte processuale a seguito della notifica della citazione

Se l'intervento coatto avviene:

a) a istanza di parte (art. 269, 1° comma) e cioè ad iniziativa della parte interessata, il terzo deve essere posto in condizione di poter partecipare al processo senza subire preclusioni, ossia fin dall'inizio del processo rispettando i termini per comparire; questo implica che la prima udienza venga differita o che venga fissata un'altra udienza dopo la prima e che quindi il terzo venga citato per l'udienza così differita o fissata.

L'iniziativa per la nuova fissazione dell'udienza da parte del giudice istruttore è assunta dalla parte che intende chiamare il terzo:

- se richiedente è il convenuto, questo deve, a pena di decadenza farne dichiarazione nella comparsa di risposta e contestualmente chiedere al giudice istruttore lo spostamento della prima udienza per consentire la citazione del terzo (art. 269, 2° comma); in accoglimento dell'istanza di spostamento il giudice istruttore entro 5 gg dalla richiesta provvede con decreto a fissare la data della nuova udienza, il decreto è comunicato alla parti costituite dal cancelliere ed il convenuto dovrà poi notificare al terzo la citazione per l'udienza così spostata, con i conseguenti oneri di costituzione.

- Se invece chi vuol chiamare il terzo è l'attore la chiamata del terzo è possibile solo se l'interesse alla chiamata sia sorto dalle difese svolte dal convenuto nella comparsa di risposta, e previa autorizzazione del giudice. la richiesta di fissazione di un'udienza per la citazione del terzo, in quanto risulta necessaria solo dopo il deposito della comparsa di risposta potrà avvenire solo alla prima udienza con la conseguente fissazione di altra udienza (art. 269, 3° comma "l'attore deve a pena di decadenza chiedere l'autorizzazione al giudice istruttore nella prima udienza, il giudice se concede l'autorizzazione fissa una nuova udienza per consentire la citazione del terzo) la citazione è notificata a cura dell'attore entro il termine perentorio stabilito dal giudice.

Se la prima udienza tra le parti originarie non coincide con la prima udienza col terzo le preclusioni tra le parti originarie restano ancorate alla prima udienza originaria, i termini eventuali ulteriori sono stabiliti dal giudice nell'udienza di comparizione del terzo. In ogni caso, sia che la citazione avvenga per la prima udienza originaria, sia per la nuova udienza fissata, l'atto va depositato nei termini di costituzione dell'attore.

b) se l'intervento coatto è per ordine del giudice (art. 270 c.p.c.) l'ordine suddetto (con la forma dell'ordinanza revocabile e modificabile) è rivolto non al terzo, ma alle parti già costituite e, in pratica, alla parte che ha interesse alla prosecuzione del processo che deve provvedere alla citazione del terzo pena la cancellazione della causa dal ruolo.

Il terzo chiamato potrà restare contumace o costituirsi, in questo caso deve osservare le modalità della costituzione del convenuto.

Se il terzo volesse a sua volta chiamare in causa altro terzo deve farne dichiarazione pena di decadenza nella comparsa di risposta ed essere poi autorizzato come nel caso in cui sia l'attore a chiamare in causa il terzo.

24. La risoluzione delle questioni relative all'intervento.

Le questioni relative all'intervento concernono la legittimazione, attiva e passiva, del terzo alla partecipazione al processo e sorgono, di solito, dopo l'intervento o in sede di richiesta di autorizzazione alla chiamata; ci si chiede se è possibile un controllo anticipato della legittimazione del terzo. la risposta è che rispetto alla legittimazione in generale, questo controllo spetta al collegio in sede di rimessione totale della causa cioè se il giudice istruttore ritiene la causa matura per la decisione o se sorgono questioni idonee a definire il giudizio quali questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito.

Riguardo alla legittimazione del terzo le questioni relative all'intervento sono decise dal collegio insieme col merito salvo che di esse il collegio venga investito subito se sono decisive per il giudizio sul merito.

Il controllo del collegio riguarda tutte le possibili questioni nel caso dell'intervento iussus iudicis, sia la questione relativa alla comunanza di causa, sia all'opportunità dell'ordine. L'esito negativo del controllo può provocare un provvedimento di estromissione o scissione di cause.

Sez. IV - Rimessione della causa al collegio o in decisione

Passaggio dalla fase istruttoria alla fase decisoria

L'art. 187 c.p.c. analizza le ipotesi che si possono verificare durante lo svolgimento della causa:

- se il G.I. ritiene la causa matura per la decisione di merito, senza l'assunzione dei mezzi di prova, rimette la causa in decisione (rimessione totale);
- può rimettere la causa parzialmente in decisione, quando deve essere risolta una questione di merito avente carattere preliminare (es. eccezione di prescrizione), o una questione attinente alla giurisdizione o alla competenza o ad altra pregiudiziale;
- infine, qualora il G.I. ritiene necessario procedere all'istruzione probatoria, ammette i mezzi di prova proposti dalle parti, che ritiene ammissibili e rilevanti, ed ordina gli altri mezzi che può disporre d'ufficio.

25. La rimessione totale della causa al collegio o in decisione. Le diverse ipotesi di rimessione totale.

In seguito alla riforma introdotta dal d.lgs. n. 51/98, la causa viene rimessa al collegio, nei soli casi indicati nell'art. 50 bis c.p.c.; in tutte le altre ipotesi la causa prosegue dinanzi al G.I. che decide in funzione di giudice unico.

La rimessione della causa al collegio provoca un trasferimento della causa stessa e dei relativi poteri dal giudice istruttore al collegio. Quando la rimessione è totale tali poteri sono pieni, cioè il collegio è investito di tutta la causa, quindi può decidere la causa, non deciderla rimettendola nuovamente all'istruttore, a seconda che condivida o meno la valutazione di maturità per la decisione effettuata dallo stesso. Inoltre la rimessione totale da luogo alla chiusura dell'istruzione ed ha la funzione di ponte di passaggio alla fase di decisione.

Le hp in cui avviene la **rimessione totale** sono tutte accomunate dal previo riscontro da parte dell'istruttore che la causa è matura per una decisione che può definire il giudizio (anche se questa sua valutazione non vincola il collegio dal momento che può rimettere la causa in istruttoria).

- 1) L'hp più semplice è quella della rimessione immediata al termine della trattazione senza istruzione probatoria (quindi il giudice la causa matura per la decisione di merito. (art. 187, 1° comma c.p.c.) o perché i fatti risultano pacifici o perché le parti non hanno offerto prove costituenti
- 2) la seconda hp è quella che si verifica quando l'istruttore ritiene che eventuali questioni preliminari o pregiudiziali siano idonee a definire il giudizio (art. 187, 2° e 3° comma);
- 3) l'hp più frequente è quella della rimessione terminata l'istruzione probatoria (il giudice rimette le parti al collegio per la decisione art. 188 c.p.c.).

26. Le modalità della rimessione totale. a) la precisazione delle conclusioni (art. 189 c.p.c.).

Modalità di rimessione

1. Precisazioni conclusioni
2. Compare conclusionali
3. Memorie di replica

La prima e più importante modalità è La precisazione delle conclusioni prevista dall'art 189:

Il giudice istruttore, quando rimette la causa al collegio, invita le parti a precisare davanti a lui le conclusioni che intendono sottoporre a quest'ultimo nei limiti di quelle formulate negli atti introduttivi.

La precisazione è un atto orale da compiersi da ciascuna delle parti, che prelude alla rimessione della causa poiché viene compiuta innanzi all'istruttore che ha effettuato l'invito, tendenzialmente dopo tale invito nella stessa udienza o in una fissata appositamente.

Precisazione significa manifestazione precisa e definitiva delle conclusioni (ossia delle formulazioni sintetiche delle domande, quindi le richieste che intendono sottoporre al giudice) tenendo conto degli elementi emersi durante la trattazione e l'eventuale istruzione probatoria.

Le conclusioni di merito devono essere formulate anche nei casi di rimessione in funzione della risoluzione di una questione pregiudiziale o preliminare (questo perché la rimessione investe il collegio dell'intera causa), ciò vale anche per le conclusioni istruttorie (le domande concernenti l'esperimento dei mezzi di prova che

possono essere proposte nei termini previsti dall'art 183 e 184) . Le istanze istruttorie tempestivamente proposte e non accolte possono essere riproposte al collegio.

Quindi la precisazione delle conclusioni consiste nella formulazione ultima e definitiva -nei limiti delle preclusioni maturate- delle domande di merito e istruttorie di ciascuna parte da formularsi comunque, interamente, anche nelle ipotesi di rimessione per questioni pregiudiziale o preliminari.

L'importanza della precisazione delle conclusioni consiste nell'esigenza di ciascuna parte di conoscere la formulazione definitiva e non più mutabile delle domande dell'altra parte.

Perciò questo momento segna il limite di ogni preclusione. Oltre questo momento non è + possibile sollevare eccezioni (salvo quelle improprie e le questioni rilevabili d'ufficio) né modificare o integrare il testo delle conclusioni.

Nel precisare le conclusioni le parti possono anche rinunciare o diminuire il petitum o richiamare le conclusioni formulate in precedenza. Questo richiamo si intende effettuato implicitamente anche nel caso in cui la parte non ottemperi all'invito di precisare le conclusioni (ad es. non comparando all'udienza).

27. b) Le comparse conclusionali e le memorie di replica.

La rimessione vera e propria della causa al collegio avviene quindi dopo la precisazione delle conclusioni.

Successivamente la legge disciplina lo scambio tra le parti degli atti difensivi finali in funzione della decisione, atti in cui si sostanzia l'attività difensiva dei difensori (assistenza dell'avvocato).

I primi e + importanti di questi atti sono le **comparse conclusionali**:

Nel termine di 60 giorni dalla precisazione delle conclusioni le parti sono onerate al deposito delle **comparse conclusionali** (art. 190 c.p.c.)

Il deposito consiste nel deposito in cancelleria di un'originale da inserire nel fascicolo di parte e di alcune copie destinate alla controparte, al fascicolo d'ufficio ed ai componenti del collegio.

Con questo deposito avviene la comunicazione all'altra parte della copia ad essa destinata.

Lo scambio delle comparse così si realizza.

La comparsa conclusionale è un atto scritto con cui la parte o il suo difensore espone in precise posizioni, che prendono il nome di conclusioni, i provvedimenti che si richiedono al giudice sulla base delle domande originarie, delle risultanze istruttorie nonché del globale svolgimento del processo.

La comparsa conclusionale contiene le conclusioni già precisate innanzi al giudice istruttore e le ragioni di fatto e di diritto su cui esse si fondano.

Costituiscono, per ciascuna parte, l'atto difensivo scritto nel quale si concreta l'assistenza del difensore che in tale atto riassume e coordina le proprie difese.

Tutto questo vale anche x le memorie di replica che sono atti scritti aventi il contenuto di una risposta alle deduzioni avversarie: non può presentare conclusioni nuove.

Entro 20 giorni dalla scadenza del termine per il deposito delle comparse conclusionali le parti possono depositare brevi **memorie di replica** (art. 190 c.p.c.).

28. La rimessione parziale della causa al collegio

Nella rimessione parziale della causa il collegio è investito di tutti i poteri (di decisione e di rimessione all'istruttore x la riapertura dell'istruzione) ma relativi solo ad una questione o causa coordinata con la principale e dotata di una certa autonomia tale da permettere che venga decisa separatamente, questa valutazione di opportunità di decisione separata è effettuata dall'istruttore. In 2 casi tassativi:

1. la querela di falso proposta in via incidentale , sulla quale deve pronunciarsi sempre il collegio perché rientra tra le cause previste dall'art 50bis,

2. la verifica della scrittura privata pure proposta in via incidentale

La rimessione parziale avviene con le modalità previste x la rimessione totale ossia previa precisazione delle conclusioni e scambio delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, inoltre le conclusioni da precisare concernono solo la decisione parziale (giudizio sulla querela di falso o sulla verifica della scrittura provata).

Le cause riservate alla decisione collegiale

Regola : il tribunale giudica in composizione monocratica ; **Eccezione**: il tribunale giudica in composizione collegiale nelle cause indicate dall'art 50 bis c.p.c.

- nelle cause nelle quali è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero, salvo altrimenti disposto;
- nelle cause di opposizione, impugnazione, revocazione
- nelle cause devolute alle sezioni specializzate (x la delicatezza della materia oggetto di giudizio che postula una composizione collegiale - ad es la composizione del tribunale x i minorenni)
- nei procedimenti in camera di consiglio salvo che sia altrimenti disposto
- nelle cause di omologazione del concordato fallimentare e preventivo;
- nelle cause di impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea e del consiglio di amministrazione
- nelle cause di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari e i liquidatori delle società, delle mutue assicuratrici e società cooperative, delle associazioni in partecipazione e dei consorzi; casi in materia societaria;
- nelle cause di impugnazione dei testamenti e di riduzione per lesione di legittima
- nelle cause sulla responsabilità dei giudici.

Hp specifiche : per le pronunce sulla querela di falso , reclamo cautelare , reclamo contro l'ordinanza di estinzione del processo esecutivo

Il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica: è sostanzialmente identico al procedimento davanti al tribunale in composizione collegiale (art. 281bis c.p.c.) salvo :

- la disposizione (art. 281ter) che attribuisce al giudice monocratico la facoltà di disporre d'ufficio la prova testimoniale, quando le parti si sono riferite a persone che appaiono a conoscenza della verità.

- e le disposizioni (art 281 quinquies e sexties) che prevedono **2 modalità di decisione** che il giudice monocratico può scegliere:

a) quella (normale) della **trattazione scritta o mista**: quindi dopo il normale scambio delle comparse conclusionali e delle memorie il giudice deposita la sentenza in cancelleria entro 30 giorni dalla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica. Se però una delle parti richiede al posto dello scambio di memorie una discussione orale ,il giudice fissa l'udienza di discussione orale non oltre trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito delle comparse medesime; la sentenza è depositata entro i 30 giorni successivi all'udienza di discussione.

b) oppure quella della **trattazione orale**: il giudice, fatte precisare le conclusioni, può ordinare la discussione orale della causa nella stessa udienza o, su istanza di parte, in un'udienza successiva e pronunciare sentenza al termine della discussione, dando lettura del dispositivo e della concisa motivazione. La sentenza si intende pubblicata con la sottoscrizione da parte del giudice del verbale che la contiene ed è immediatamente depositata in cancelleria.

Rapporti tra collegio giudice monocratico e conseguenze della violazione delle regole di ripartizione.

Che succede quando , avvenuta la rimessione, il collegio ritiene che la causa vada decisa dal giudice monocratico o viceversa?

Art. 281-septies.(Rimessione della causa al giudice monocratico): Se il collegio rileva che una causa, rimessa davanti a lui per la decisione, deve essere decisa dal tribunale in composizione monocratica, rimette la causa davanti al giudice istruttore con ordinanza non impugnabile.

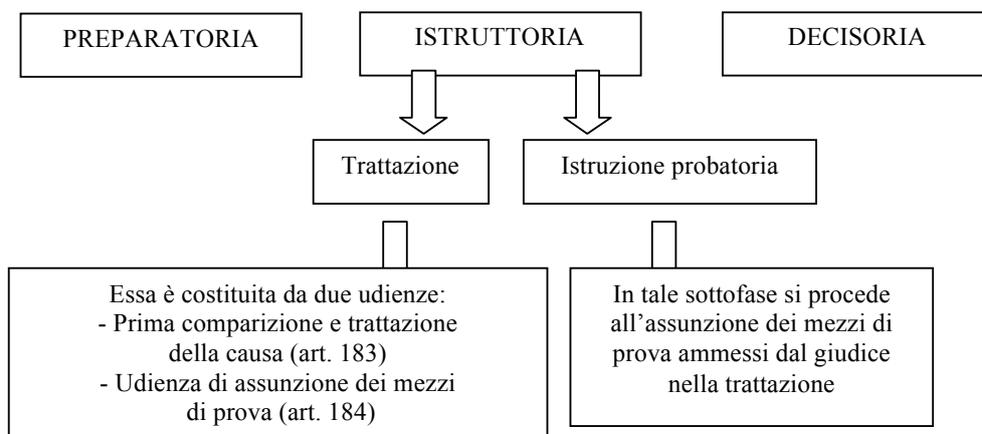
Art. 281-octies.(Rimessione della causa al tribunale in composizione collegiale): Se il giudice rileva che una causa, riservata per la decisione davanti a se in funzione di giudice monocratico, deve essere decisa dal tribunale in composizione collegiale, rimette la causa al collegio.

Art. 281-nonies.(Connessione) : In caso di connessione tra cause che debbono essere decise dal tribunale in composizione collegiale e cause che debbono essere decise dal tribunale in composizione monocratica, il giudice istruttore ne ordina la riunione e le rimette al collegio, il quale pronuncia su tutte le domande, a meno che (se possibile) disponga la separazione.

L'inosservanza di queste disposizioni è causa di nullità. Però se nn è fatta oggetto di impugnazione si intende sanata.

SCHEMATIZZAZIONE

FASI DEL PROCESSO DI COGNIZIONE

**CAPITOLO IV****ISTRUZIONE IN SENSO STRETTO O ISTRUZIONE PROBATORIA***Sez. I - La prove in generale*

L'istruzione probatoria è quella parte della fase istruttoria diretta a raccogliere le prove necessarie per la decisione delle questioni individuate e discusse in fase di trattazione. È una fase meramente eventuale.

32. La prova in generale.

La funzione della prova nell'ambito del processo di cognizione concerne l'espletamento da parte del giudice del giudizio di fatto o sui fatti affermati dall'una o dall'altra parte. Più precisamente

Le prove sono gli strumenti processuali per la formazione del convincimento del giudice circa la verità o non dei fatti affermati dalle parti. Mentre nell'esecuzione della attività decisoria per quel che concerne il giudizio di diritti il giudice è libero in applicazione del principio *iura novit curia*, nel giudizio sui fatti ha un duplice vincolo: può conoscere solo i fatti affermati dalle parti, può pronunciarsi sulla verità di questi fatti servendosi solo delle prove offerte dall'una o dall'altra parte.

La più importante e fondamentale distinzione in merito alle prove o mezzi di prova *Con riguardo al momento di formazione e alle modalità di acquisizione* è tra:

- Le prove **precostituite** sono quelle che si formano fuori, e di solito, prima del processo, come tipicamente i documenti che entrano nel processo con la loro produzione ossia con l'introduzione nel fascicolo di parte al momento della costituzione o anche in seguito entro termini stabiliti. (ad es documenti, scritture pubbliche e private, fotografie, cose idonee a fondare o rafforzare il convincimento del giudice ad esempio un oggetto personale rinvenuto in un certo luogo)

Le prove **costituende** sono quelle che si formano nel processo, come risultato di attività istruttorie in senso stretto, come le prove orali, articolate in prove testimoniali, confessione, giuramento, ma anche ispezione giudiziale, richiesta di informazioni dalla P.A)

Il meccanismo dell'ingresso nel processo delle prove costituende è complesso e si articola:

1. In un'istanza di parte (salvo casi in cui il giudice può provvedere d'ufficio) con cui la parte nell'offrire il mezzo di prova chiede al giudice l'espletamento dell'attività istruttoria necessaria affinché la prova venga raccolta

(es istanza x far luogo ad una testimonianza) l'istanza è necessaria solo x le prove che rientrano nella disponibilità delle parti, non è necessaria per quelle che il giudice può disporre d'ufficio

2. In un provvedimento di ammissione, che assume la forma dell'ordinanza del giudice istruttore o collegio e che è il risultato della valutazione di ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova

(L'ammissibilità è il requisito di legalità della prova, in quanto questa per essere ammessa deve essere consentita dalla legge.

La rilevanza implica invece un giudizio preliminare di utilità della prova, nel senso che la prova deve essere efficace e non superflua per la dimostrazione di ciò che si vuole provare)

3. L'esperimento della prova (ossia il suo costituirsi) che consiste nelle attività con cui si attua quello che era un programma probatorio dando luogo ad un risultato documentato nel processo verbale di assunzione della prova. Questo risultato è oggetto della valutazione che il giudice compie nel momento della decisione (ad es audizione dei testimoni, interrogatorio della parte...).

Le prime 2 fasi precedono l'istruzione in senso stretto e si collocano quindi nella trattazione, quindi è la terza fase che costituisce l'istruzione in senso stretto quindi l'esperimento o l'assunzione dei mezzi di prova.

33. Le norme sull'assunzione delle prove (c.p.c.) nel quadro unitario della disciplina comprendente anche l'ammissibilità e l'efficacia (c.c.).

La disciplina sull'assunzione dei mezzi di prova include anche la disciplina sull'ammissibilità delle prove e sull'efficacia delle stesse.

Le regole che concernono l'ammissibilità delle prove sono perlopiù il risultato di massime d'esperienza, quindi di orientamenti generali che suggeriscono di preferire alcune prove (ad es. quelle documentali) rispetto ad altre (ad alle testimoniali) così negando l'ammissibilità delle seconde se sono in contrasto con le prime, o lasciando alcune prove alla disponibilità delle parti e in generale stabilendo una sorta di gerarchia tra le prove anche il relazione alla loro prevedibile efficacia

Queste regole (di ammissibilità ed efficacia probatoria) in quanto destinate ad operare nel processo, hanno natura processuale, sebbene contenute nel codice civile.

I mezzi di prova concretamente ammissibili sono soltanto quelli che la legge configura espressamente come tali. Questi quindi sono a numero chiuso senza possibilità x l giudice di crearne altri È questa la cosiddetta **tipicità dei mezzi di prova** : non esistono altre vie x far entrare nel processo le prove al di fuori di quelli che la legge espressamente prevede, né esistono regole di ammissibilità o attribuzione di efficacia probatoria diverse da quelle contenute nel codice.

Tutto ciò nn impedisce che le suddette norme possano applicarsi a situazioni nn espressamente contemplate dalla legge. Si parla di prove atipiche. Un ruolo importante è svolto dalle presunzioni che la legge disciplina come espediente di integrazione probatoria fondata sui cd. Indizi , nonché degli argomenti di prova tratti dal comportamento delle parti.

34. Le regole generali sull'efficacia e sua valutazione delle prove.

Le 2 regole fondamentali in tema di prove sono:

1) la regola sulla disponibilità delle prove L'art. 115 così recita: "Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero. Può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza".

2) la regola della libera valutazione delle prove art 116 c.p.c. dispone che il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento salvo che la legge disponga altrimenti.

Quest'ultima regola, oltre ad essere una regola di giudizio per il giudice è anche un criterio di distinzione tra le prove, infatti il legislatore sembra dire che normalmente il giudice valuta le prove secondo il suo prudente apprezzamento cd. **Prova libera** ed eccezionalmente non le può valutare in questo modo cd. **Prova legale**.

Quindi con riguardo all'efficacia le **prove legali** sono quelle che, ad eccezionale deroga della libera valutazione di cui all'articolo 116 c.p.c., vincolano il giudice alle loro risultanze nel senso che il giudice nn ha margine di esprimere un convincimento diverso da quello che consegue a quel risultato, quindi una volta che la prova legale sia stata esperita (ad es, sia stata resa confessione o prestato giuramento) il giudice deve prendere atto dei risultati di quella prova senza possibilità di attribuire rilievo ad eventuali dubbi sull'effettiva corrispondenza a verità di tali risultanza, sempre che nn siano in contrasto con altra prova di uguale efficacia.

ad es. poiché la parte che dichiara fatti a se sfavorevoli e favorevoli all'altra parte normalmente dice il vero tranne il caso in cui sia folle, il legislatore è giunto alla conclusione che la dichiarazione confessoria deve essere ritenuta vera dal giudice il quale pertanto non può liberamente valutarla anche se abbia il sospetto che la parte dica il falso. Allo stesso modo poiché chi giura normalmente dice il vero il giudice è tenuto a credere a quanto risulta dal giuramento. In ogni caso va chiarito per ciò che concerne la prova legale che i meccanismi di valutazione preventiva presuppongono da un lato che i soggetti siano pienamente capaci e dall'altro che i diritti su cui incidono siano diritti disponibili.

In relazione all'oggetto le prove si distinguono in:

Prove dirette che sono quelle che sono idonee a far conoscere immediatamente il fatto da provarsi (ad es. la testimonianza);

Prove indirette che sono quelle che fanno conoscere uno o più fatti diversi i cd *indizi* dai quali attraverso una operazione logica si può risalire al fatto da provarsi . L'operazione si *chiama presunzione semplice* ed è la conseguenza che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato, rilevante se grave, precisa e concordante ed esclusa nei casi in cui non è ammessa la prova per testimoni; dalla presunzione semplice si distingue quella legale che nn è un mezzo di prova né ha natura processuale anche se influisce sulla regola dell'onere della prova.

Infine con riguardo all'intensità dell'efficacia probatoria si distinguono:

- 1) **Prove piene** che sono quelle normalmente richieste dalla legge;
- 2) **Prove di verosimiglianza** che sono quelle che sono sufficienti quando la legge si accontenta del convincimento del giudice secondo il quale il fatto affermato è credibile o verosimile (ad es. il *fumus boni iuris* in sede cautelare).
- 3) L'**argomento di prova** costituisce un semplice supporto per la risultanza di altre prove ed è quello che si desume dal contegno delle parti nel processo (ad es. le risposte delle parti in sede di interrogatorio libero, il loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni)

35. L'onere della prova

Ci si è chiesti come deve comportarsi il giudice quando le parti nn sono riuscite a provare le circostanze di fatto che hanno allegato, o quando non hanno voluto o potuto offrire prove a riguarda sia perché le prove nn sono state ammesse o perché anche se ammesse ed esperite nn hanno provocato un convincimento del giudice (quindi non hanno dato un risultato di conferma delle circostanze allegate).

La risposta sembrerebbe che egli non può provvedere e che quindi deve rifiutare il giudizio, ma rifiutare il giudizio significa nn accogliere la domanda e quindi respingerla il che vuol dire giudicare in certo modo.

A parte questo, poiché l'ordinamento nn consente al giudice di rifiutare il giudizio ma gli impone di giudicare sempre sulle domande postegli sia che disponga sia che nn disponga di prove con provvedimento suscettibile di divenire definitivo, occorre una regola che stabilisca quale delle due parti deve subire le conseguenze dell'eventuale mancanza (o insuccesso) di prove ossia quale delle parti è gravata dal cosiddetto **onere della prova**.

L'onere della prova, ex art. 2697 c.c., spetta alle parti; se la parte non fornisce tale prova soccombe nella causa.

La regola enunciata dall'articolo nel senso che "onus probandi incumbit ei qui dicit": chi vuol far valere il diritto di cui dice o afferma i fatti costitutivi è onerato alla prova dei fatti costitutivi di quel diritto, ed è responsabile dell'eventuale difetto o insuccesso di quella prova(sicché se non li prova soccombe). L'altra parte, cioè chi nega l'esistenza del diritto cercherà di dimostrare il contrario, il non accadimento dei fatti

costitutivi, ma si trova avvantaggiata nel senso che se quei fatti non sono provati né accadimento né non accadimento riuscirà vittoriosa, mentre la parte che aveva l'onere della prova riuscirà soccombente.

Le posizioni si invertono nel caso in cui anziché ai fatti costitutivi ci si riferisca ai fatti impeditivi, modificativi o estintivi per cui colui che dice o afferma tali fatti è onerato della prova degli stessi quindi se non li prova la sua eccezione non può essere accolta.

Tale norma pone il problema per il giudice di individuare quali siano i fatti fondamentali bisognosi di prova ai fini dell'accoglimento della richiesta.

A tal fine il legislatore ha distinto i fatti in due categorie:

- 1) quelli costitutivi che sono alla base della situazione sostanziale dedotta nel processo (cd. *Fatti principali*)
- 2) quelli che hanno il potere di modificare, estinguere o impedire gli effetti che i primi hanno prodotto o sono idonei a produrre (cd. *Fatti secondari*)

Occorre rilevare che l'art 2697 c.c. non dice nulla in ordine al modo secondo cui si possono individuare i fatti costitutivi, impeditivi, estintivi e modificativi, quindi sul modo di ripartizione dell'onere della prova.

- costituiscono **inversione** dell'onere della prova

- le *presunzioni legali* di cui al 2728 c.c.,

In taluni casi la legge influisce direttamente sulla ripartizione dell'onere della prova, attraverso le **presunzioni legali**, ossia quelle conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad uno ignorato, queste dispensano dalla prova coloro a favore dei quali sono stabilite (art. 2728 c.c.) e che si dividono in *juris tantum (relative)* o *juris et de jure (assolute)* a seconda che consentano o meno la prova contraria.

- nonché i casi di inversione pattizia dell'onere – limitatamente ai diritti disponibili- di cui al 2698.

E' possibile -limitatamente ai diritti disponibili- una preventiva regolamentazione pattizia dell'onere della prova.

- costituiscono **superamento** dell'onere della prova

- i casi in cui giudice dispone la prova d'ufficio quali ad es. i) ispezione giudiziale, ii) interrogatorio libero, iii) consulenza tecnica, iv) sempre che i fatti oggetto di prova siano stati allegati dalla parte che fruisce della prova.

- la cd. Acquisizione delle prove che si sostanzia nella regola generale secondo cui “La prova, una volta acquisita, opera a prescindere da quale parte l'abbia offerta” purché i fatti oggetto di prova siano stati allegati dalla parte che ne fruisce.

- **Esentati** dall'onere della prova, sono i **fatti notori** (che rientrano nella comune esperienza e che sono a conoscenza del giudice in quanto uomo). possono essere posti a fondamento della decisione senza bisogno di prova, rispetto ai fatti che siano già stati allegati.

Sez. II – I procedimenti istruttori di integrazione

36. La consulenza tecnica l'esame contabile.

La **consulenza tecnica** non è un mezzo di prova dato che la sua funzione non consiste nel determinare il convincimento del giudice circa la verità o non verità dei fatti ma nell'offrire al giudice cognizioni tecniche che egli di solito non possiede.

Poiché queste cognizioni tecniche sono date in funzione del giudizio la loro acquisizione avviene nella fase istruttoria mentre la loro valutazione in quella decisoria.

Il C.T integra l'attività del giudice sia xkè generalmente opera nell'ambito della fase istruttoria sotto le direttive del giudice, sia perché può offrire elementi x orientare l'ulteriore svolgimento dell'attività istruttoria (si pensi ad es. al caso in cui il G.I. si avvalga del consulente per sapere se i sintomi di una malattia che già conosce in forza di prove documentali consentano di desumere che la malattia stessa sia o non sia conseguenza di un sinistro stradale dovuto a colpa).

In hp limite la consulenza tecnica può essere utilizzata anche per conoscere fatti la cui conoscenza può essere acquisita solo da chi possiede una determinata preparazione tecnica, purché si tratti di fatti tempestivamente allegati e comunque esclusa ogni finalità esplorativa.

L'attività del CT serve in definitiva ad integrare l'attività del giudice sia perché può offrire elementi per valutare la risultanza di determinate prove (ad es. nel caso della malattia la consulenza serve al giudice nella valutazione delle prove sui sintomi della malattia, ancora ad es quando viene chiesto al consulente se una canzone incisa su un certo disco è cantata da un certo cantante) sia xkè può offrire elementi diretti di giudizio (ad es quando si chiede al consulente se una determinata macchina è o no idonea all'uso x cui è stata costruita ed acquistata, ad es. viene chiesto al consulente se un certo edificio presenta o no pericolo di crollo).

In ogni caso, del giudizio è sempre responsabile il giudice che può far propri i suggerimenti del consulente o disattenderli o prescindere da essi (motivando).

[La relazione del consulente tecnico non vincola il giudice nella decisione della causa; infatti avviene che il giudice recepisce le conclusioni del consulente tecnico senza andare a riesaminare tutti i fatti che hanno portato il consulente tecnico a quelle conclusioni. Tuttavia si ritiene che nel momento in cui il giudice si discosta dalle conclusioni del consulente tecnico deve motivare le ragioni per le quali ritiene di non seguire tali conclusioni e manifestare un orientamento differente]

Inoltre spetta al giudice stabilire se e in che limiti gli occorre l'aiuto del consulente e di indicare e delimitarne il compito con la formulazione dei cosiddetti quesiti.

Trattandosi di attività integrativa di quella del giudice la consulenza può essere disposta d'ufficio anche se nulla impedisce alle parti di richiederla e di sollecitarla fino a suggerire il testo di eventuali quesiti.

La nomina del C.T è compiuta dal giudice con ordinanza con la quale viene fissata anche l'udienza di comparizione del consulente notificata dal cancelliere insieme all'invito a comparire.

Il consulente salvo i casi di rifiuto o di astensione deve comparire all'udienza e deve prestare giuramento di adempiere bene e fedelmente all'incarico al solo scopo di far conoscere ai giudici la verità.

Il consulente assiste alle udienze alle quali è invitato, compie da solo o insieme al giudice anche fuori della circoscrizione giudiziaria le indagini che gli sono commesse dal giudice, può essere autorizzato a domandare chiarimenti alle parti, ad assumere informazioni da terzi e ad eseguire piante, calchi e rilievi.

Allo svolgimento di queste attività, che devono avvenire nel rispetto delle esigenze del contraddittorio, possono assistere le parti sia personalmente sia a mezzo dei loro difensori o consulenti tecnici di parte nominati (dalle parti) entro il termine fissato dall'istruttore con l'ordinanza che dispone la nomina del C.T.U.

Tali consulenti di parte possono redigere memorie ed osservazioni ed intervenire alle udienze insieme con il C.T.U.

Occorre rilevare che se le indagini del C.T.U sono compiute davanti all'istruttore se ne redige processo verbale altrimenti esse si concretano in una relazione scritta che viene depositata in cancelleria e nella quale vanno inserite anche le istanze e le osservazioni compiute dalle parti o dai loro consulenti.

Il consulente può anche partecipare su invito del presidente alle udienze davanti al collegio ed esprimere il suo parere anche in camera di consiglio, prima della decisione a cui nn partecipa.

Per concludere va ricordato che sono figure particolari di consulenti ad es. l'interprete, il traduttore, gli esperti di determinate arti o professioni, ordinamenti stranieri o infine quello che effettua l'esame contabile al quale la legge attribuisce determinati poteri.

Un'altra figura *di consulente tecnico*, con riferimento alla sua particolare attività – che è l'esame contabile – è presa in considerazione dagli art. da 198 a 200 c. p.c. Al consulente contabile vengono attribuiti particolari e più ampi poteri:

1. la possibilità di esaminare, col consenso delle parti, documenti e registri anche non prodotti in causa;
2. tentare la conciliazione delle parti, compito che il giudice istruttore può affidargli in relazione agli aspetti tecnici contabili della controversia. Se la conciliazione riesce se ne redige processo verbale che ha efficacia di titolo esecutivo, se nn riesce il consulente espone nella sua relazione i risultati delle sue indagini e le dichiarazioni delle parti da cui può desumere argomenti di prova (ex art 116 co. 2)

Sez. III – Le regole generali sull’assunzione dei mezzi di prova

38. Le regole generali sull’assunzione dei mezzi di prova.

L’assunzione dei mezzi di prova ha lo scopo di far acquisire al processo le cd. “prove costituenti”, in contrapposizione con le “prove precostituite” o documentali che di regola non possono essere oggetto di assunzione (sono formate prima del processo e le parti dovranno semplicemente esibirle).

Le prove costituenti infatti si formano nel processo attraverso l’attività di assunzione dei mezzi di prova, momento della fase istruttoria con cui l’autorità giudiziaria acquisisce concretamente la prova costituenda nel processo (es. deposizione del teste)..

All’assunzione dei mezzi di prova provvede il giudice. Per assumere le prove occorre disporre l’assunzione con 1 ordinanza con cui, se non è possibile assumere le prove nella stessa udienza, il giudice stabilisce il tempo, luogo e modo dell’assunzione.

Se la prova non si esaurisce nell’udienza fissata è necessaria la fissazione di un’altra udienza per la prosecuzione.

Dell’assunzione, alla quale possono assistere oltre che i difensori anche le parti personalmente (art 206), si redige il processo verbale sotto la direzione del giudice istruttore che, oltre a riportare in prima persona le dichiarazioni delle parti o dei testimoni può anche descriverne il contegno da cui può trarre argomenti di prova. In + può pronunciarsi con ordinanza su tutte le questioni che sorgono durante il corso dell’assunzione fino alla dichiarazione della chiusura dell’assunzione.

Secondo l’art 208, con riguardo alle prove che si assumono su richiesta dell’una o dell’altra parte, la parte richiedente ha l’onere di presenziare all’udienza fissata per l’inizio o la prosecuzione della prova, se non si presenta il giudice pronuncia ordinanza con cui la dichiara decaduta dal diritto di far assumere la prova, ordinanza che può essere revocata dall’istruttore nell’udienza successiva a istanza della parte interessata, quando l’istruttore stesso riconosca che la mancata comparizione della parte è stata cagionata da causa non imputabile ad essa.

Se le prove devono essere assunte fuori dalla circoscrizione del tribunale il giudice (art 203) delega a procedervi il giudice istruttore del luogo, salvo che le parti richiedano concordemente (e che il presidente del tribunale vi consenta) che vi si trasferisca il giudice stesso. L’ordinanza deve contenere il termine entro il quale la prova deve assumersi e l’udienza di comparizione delle parti per la prosecuzione del giudizio. Il giudice delegato procede all’assunzione, dopo rimette d’ufficio il processo verbale al giudice istruttore delegante. Il termine per l’assunzione può essere prorogato dal giudice delegante o a mezzo del giudice delegato.

Se il mezzo di prova deve essere assunto all’estero, il giudice istruttore dispone la c.d. rogatoria (art. 204, 1° comma c.p.c.) alle autorità estere e la relativa trasmissione per via diplomatica salvo che il mezzo di prova non riguardi cittadini italiani residenti all’estero, nel qual caso il giudice istruttore delega il console competente che provvede a norma della legge consolare (art. 204, 2° comma c.p.c.). in entrambi i casi il giudice istruttore stabilisce i termini e fissa l’udienza di prosecuzione avanti a se.

Se l’assunzione riguarda stati membri della Ce è previsto sia che l’assunzione avvenga attraverso richiesta dell’autorità giudiziaria dello Stato richiedente a quella competente dello Stato richiesto e sia l’assunzione diretta della prova in altro Stato membro.

Sez. IV - Prove precostituite (o prove documentali)

39. I documenti generali e le sue diverse funzioni.

In generale **documento** è ogni oggetto materiale idoneo a rappresentare o a dare conoscenza di un fatto, perciò i documenti sono considerati come i mezzi di prova tra i + efficaci e sicuri.

Il fatto di cui il documento dà conoscenza può consistere nel fatto che è immediatamente rilevante per il giudizio (es. la foto del veicolo prima del sinistro che dimostra lo stato di usura delle gomme che si assume essere causa del sinistro)

Il documento di gran lunga più frequente è uno scritto che consiste nella estrinsecazione di pensiero compiuta direttamente o indirettamente dal soggetto che ha voluto estrinsecare quel pensiero attraverso un’attività detta di documentazione. Il documento scritto rileva per il suo contenuto **intrinseco** (fatti e dichiarazioni in esso rappresentati), e per quello **estrinseco** (la sua provenienza cioè il fatto che le asserzioni

contenute negli stessi siano state espresse proprio dagli autori di essi.). L'autore dello scritto può essere ma anche non essere colui che ha materialmente scritto le parole su carta. Ciò che conta è riscontrare che il soggetto ha riconosciuto come proprio o ha fatto proprio a posteriori il pensiero espresso nello scritto attraverso una sottoscrizione dello stesso o con firma in calce o con firma digitale. La sottoscrizione (con la quale sottoscrittore fa proprio il contenuto dell'atto) non è necessaria quando non è contestata la provenienza dello scritto.

La documentazione va collocata nel tempo e nello spazio e a tale funzione assolve la data che è quell'elemento che si inserisce nel documento per constatare del luogo e del momento della sua formazione. Per ottenere maggiore sicurezza rispetto a quella offerta dalla sottoscrizione pura e semplice, l'ordinamento si avvale dell'attestazione ufficiale da parte di soggetto (notai o pubblici ufficiali) che ha la funzione di attribuire al documento pubblica fede. Quindi Mentre nella scrittura privata la provenienza risulta dalla sottoscrizione o da altri elementi meno sicuri (sicché occorrono altri espedienti integrativi) nell'atto pubblico la provenienza è attestata da notaio o altro pubblico ufficiale.

A seconda che l'attestazione sia pubblica o che si possa contare solo sulla sottoscrizione si distinguono due tipi fondamentali di prova documentale: l'atto pubblico e la scrittura privata.

Oltre che alla funzione probatoria il documento assolve prima ancora alla funzione di realizzare l'estrinsecazione dell'atto in forma scritta. La forma scritta non è la sola forma possibile, esistendo anche la forma orale o verbale, ma quando la legge prescrive l'impiego della forma scritta è evidente che tale imposizione è compiuta proprio con riguardo alla funzione probatoria. Quindi la legge si serve di questa imposizione per favorire la predisposizione di una prova, questo vale non solo nei casi in cui la legge richiede la forma scritta ad probationem, ma talora anche ad substantiam, (ossia a pena di nullità).

40. L'efficacia probatoria: a) dell'atto pubblico.

Alla disciplina dell'efficacia probatoria dell'atto pubblico è dedicato l'art 2700 c.c in correlazione con l'art 2699 che ne dà la definizione stabilendo che *l'atto pubblico è il documento redatto con le richieste formalità da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo in cui l'atto è formato.*

L'efficacia dell'atto pubblico è condizionata dall'esistenza di determinati requisiti la cui mancanza provoca che l'atto abbia efficacia di scrittura privata. Ora l'art 2700 dispone che *Esso fa piena prova fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha formato e delle dichiarazioni e dei fatti che questi attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.*

“Piena prova” significa efficacia probatoria assoluta ed incondizionata nel senso che non lascia al giudice il margine per una libera valutazione ma lo vincola, il che vuol dire che si tratta di prova legale.

Questo vincolo (e con esso l'efficacia di prova legale) cessa solo per effetto della querela di falso.

L'articolo in questione da un lato determina l'efficacia probatoria legale dell'atto pubblico, dall'altro contiene una limitazione di tale efficacia a quegli elementi estrinseci (provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, momento della formazione cioè data e luogo della formazione stessa, quindi in generale tutto ciò che è stato detto o fatto innanzi al pubblico ufficiale). Per quanto riguarda l'intrinseco (contenuto della dichiarazione) esso è al di fuori dell'efficacia di prova legale e per ciò rientra nell'ampia e normale libera valutabilità da parte del giudice. La veridicità del suo contenuto intrinseco è lasciata alla libera valutazione del giudice, cioè il giudice, che è vincolato nel ritenere ad esempio che Tizio compì quella dichiarazione di vendita in quel dato giorno e luogo davanti al notaio, è libero di ritenere che compì un negozio simulato o una dichiarazione falsa.

Le dichiarazioni rappresentate dall'atto pubblico potranno essere:

a) *Dichiarazioni di volontà ed in tal caso dire che l'atto pubblico copre solo l'estrinseco, e non l'intrinseco, significa dire che l'efficacia di prova fino a querela di falso concerne solo il fatto che la dichiarazione di volontà sia stata resa ma ciò non esclude ad es. che la dichiarazione sia simulata o viziata da dolo o errore*

b) *Dichiarazioni di scienza ed in questo caso dire che l'atto pubblico copre solo l'estrinseco e non l'intrinseco delle dichiarazioni di scienza significa dire che l'efficacia di prova fino a querela di falso concerne solo il fatto che la dichiarazione di scienza sia stata resa, ma non anche che essa sia vera*

Occorre rilevare che se la dichiarazione di scienza contenuta nell'atto pubblico appartiene ad un terzo essa non può avere alcuna efficacia probatoria nel processo dato che tali dichiarazioni in tanto possono essere utilizzate nel processo in quanto siano rese a seguito di prova testimoniale nel processo stesso o in casi eccezionali a futura memoria.

41. b) della scrittura privata.

Scrittura privata (art. 2702 e ss. c.c.): la scrittura privata è qualunque documento scritto, che non proviene da un pubblico ufficiale, ma è sottoscritto dalla parte.

Essa ha la stessa efficacia dell'atto pubblico, ossia fa piena prova fino a querela di falso, quando è *autenticata* (sottoscritta dinanzi ad un notaio o ad altro pubblico ufficiale), *riconosciuta in giudizio* (ossia la parte contro cui è depositata la riconosce in udienza) o *verificata* (in seguito ad una istanza di verifica).

Anche nella **scrittura privata** (che vale come prova se proviene dall'altra parte, mentre se proviene da un terzo può offrire solo indizi), l'efficacia di piena prova fino a querela di falso riguarda solo l'estrinseco; inoltre perché sussista questa efficacia piena sulla provenienza, occorre un altro espediente integrativo, e cioè il riconoscimento della sottoscrizione o della provenienza (esplicito o implicito) o, in mancanza, l'autenticazione della sottoscrizione da parte del notaio o altro pubblico ufficiale di cui all' **Art. 2703 (Sottoscrizione autenticata)**. Si ha per riconosciuta la sottoscrizione autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato. L'autenticazione consiste nell'attestazione da parte del pubblico ufficiale che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza. Il pubblico ufficiale deve previamente accertare l'identità della persona che sottoscrive.)

Quando insieme con la sottoscrizione opera uno di questi espedienti integrativi, il legislatore non esita ad equiparare l'efficacia probatoria della scrittura privata a quella dell'atto pubblico, sempre limitatamente all'estrinseco ossia alla provenienza.

L'art **Art. 2702** c.c. dispone che (**Efficacia della scrittura privata**)

La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta.

Per quanto riguarda l'intrinseco invece il giudice può valutarlo in piena libertà.

La scrittura privata riconosciuta o autenticata è equiparata, con riguardo alla prova della provenienza, all'atto pubblico. Dal riferimento al riconoscimento deriva poi che tale efficacia probatoria sussiste solo in quanto la scrittura provenga non da un terzo ma da una delle parti e precisamente da quella contro cui la scrittura è prodotta.

Il primo degli espedienti integrativi è quindi il riconoscimento espresso.

In mancanza di riconoscimento espresso la legge fa ricorso a due situazioni che possono equipararsi ad esso:

1) **all'autenticazione della sottoscrizione** che si ha quando un notaio o un altro P.U. a ciò autorizzato previo accertamento dell'identità della persona che sottoscrive attesti che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza. A differenza di quanto accade nell'atto pubblico in questo caso il P.U. non è l'autore dell'atto e non raccoglie le dichiarazioni ma si limita ad integrare l'efficacia della sottoscrizione attestandone la provenienza.

2) al **riconoscimento tacito o implicito** che si ha quando la parte contro cui la scrittura è prodotta (che pertanto è gravata dall'onere di negare formalmente la propria sottoscrizione o la propria scrittura (di dichiarare di non conoscerla, se si tratta di erede o di avente causa) o se non preferisca proporre la querela di falso - art. 214 c.p.c.) non la disconosce o trattandosi di scrittura del suo dante causa non dichiara di non conoscerla [quindi il riconoscimento è implicito nel mancato disconoscimento] nei modi e termini che la legge prevede ossia nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione della scrittura (art. 215 c.p.c.), mentre se contumace, può disconoscerla solo se e quando si costituisce (art. 293, 3° comma c.p.c.) a pena di riconoscimento implicito irretrattabile, salvo il caso di disconoscimento tardivo a seguito di costituzione tardiva.

In caso di disconoscimento avvenuto la legge consente alla parte che ha prodotto lo scritto due alternative e cioè

- 1) rinunciare ad avvalersi dello scritto disconosciuto che perciò rimane privo di efficacia probatoria
- 2) oppure insistere sulla provenienza *proponendo l'istanza di verificaione (chiedere che venga accertata l'autenticità della scrittura disconosciuta o della sua sottoscrizione)* instaurando il giudizio di verificaione, giudizio che si inserisce nel giudizio principale ma che ha un oggetto specifico cioè la verificaione della provenienza dello scritto.

Art. 216. (Istanza di verificaione)

La parte che intende valersi della scrittura disconosciuta deve (ha l'onere di..) chiederne la verificaione, proponendo i mezzi di prova che ritiene utili e producendo o indicando le scritture che possono servire di comparazione.

L'istanza per la verificaione può anche proporsi in via principale con citazione, quando la parte dimostra di avervi interesse; ma se il convenuto riconosce la scrittura, le spese sono poste a carico dell'attore.

L'interesse di cui si parla è l'interesse ad agire che deve sussistere nn solo in caso di proposizione autonoma di un giudizio ad hoc ma anche in caso di proposizione in via incidentale. In quest'ultimo caso l'interesse consiste nella rilevanza della scrittura come prova nel processo principale, mentre nell'altro caso tale interesse sarà determinato dalla possibilità (affermata) di doversi servire della scrittura come prova in eventuali futuri giudizi o anche come titolo per trascrizioni o iscrizioni.

Il giudizio di è imperniato sulla comparazione con altre scritture di sicura provenienza della parte disconoscente, comparazione che il giudice effettua riferendosi alle scritture già riconosciute o accertate giudizialmente, salvo il potere di ordinare alla parte di scrivere stto dettatura (alla presenza di un consulente tecnico *perito calligrafico*) . Se la parte invitata a comparire personalmente non si presenta, o si rifiuta di scrivere senza giusto motivo, la scrittura si ritiene riconosciuta .

Sull'istanza di verificaione si pronuncia l'organo giudicante ossia il collegio o il giudice monocratico ,con sentenza che sarò definitiva dell'intero giudizio se è stato proposto in via autonoma(art. 220 c.p.c.); mentre potrà essere o meno definitiva se, proposto in via incidentale si è avuta la rimessione totale , sarà in ogni caso nn definitiva se si è avuta la rimessione parziale.

Se l'esito del giudizio sia affermativo la scrittura vale come riconosciuta e il disconoscente può essere condannato con la sentenza ad una pena pecuniaria. Se l'esito è negativo la scrittura rimane priva di ogni effetto probatorio.

L'efficacia della scrittura privata (o delle sue riproduzioni) è riconosciuta al documento informatico e, ha efficacia intensa se il documento è sottoscritto con firma elettronica e ancora più intensa se è sottoscritto con firma digitale o altro tipo di firma elettronica avanzata, cioè se la firma è basata su un certificato qualificato ed è generata da un dispositivo per la creazione di una firma sicura, fa inoltre piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta.

42. La data della scrittura privata. Scritture private particolari.

La data nn è 1 elemento essenziale della scrittura privata a meno che nn si tratti di un esigenza legata ai terzi, ossia con riguardo all'opponibilità ai terzi della data della scrittura privata.

La data certa della scrittura privata risulta dall'eventuale sua autenticazione, poiché solo in questo caso esiste l'attestazione di un pubblico ufficiale circa la sottoscrizione avvenuta in sua presenza. Nel caso che la scrittura privata nn sia autenticata ma riconosciuta o verificata giudizialmente , la data della scrittura nn è certa ed opponibile a terzi se nn concorrono altri fattori idonei a dare certezza quali registrazione, la morte sopravvenuta del sottoscrittore la riproduzione della scrittura in un atto pubblico, eventi idonei a rendere certi circa l'antiorità (art. 2704 c.c.).

Per completare l'esame dell'efficacia probatoria delle scritture private occorre considerare alcune regole specifiche che la legge detta con riguardo ad alcune scritture.

Tra queste rilevano quelle sui:

- i **telegrammi**: L'efficacia probatoria del telegramma è basata sulla presunzione di conformità all'originale, salva prova contraria secondo l'art 2706. La legge estende l'efficacia probatoria dell'originale (al quale è presunta conforma riproduzione) oltre che ai casi di sottoscrizione da parte del mittente anche ai casi in cui il mittente abbia consegnato o fatto consegnare il suddetto originale all'ufficio anche senza sottoscriverlo. Salva la possibilità di far autenticare da notaio la sottoscrizione dell'originale o di far accertare l'identità del mittente.

- **le carte e i registri domestici** possono far prova contro chi li ha sottoscritti quando enunciano espressamente un pagamento o quando contengono espressa menzione che l'annotazione è stata fatta per supplire alla mancanza di titolo in favore di chi è indicato come creditore. Si tratta comunque di semplici elementi di prova libera.

- **le scritture contabili delle imprese soggette a registrazione**: hanno efficacia di prova libera contro l'imprenditore che le tiene ma colui che vuole trarne vantaggio non può scinderne il contenuto e che nelle controversie tra imprenditori possono far prova anche a favore dell'imprenditore (eccezione della regola dell'efficacia probatoria contro l'autore della scrittura prevista dall'art 2710cc nei casi in cui si tratti di libri bollati e regolarmente tenuti.

Le fatture commerciali invece essendo di regola non sottoscritte possono fornire solo indizi

- **le copie degli atti pubblici e delle scritture private depositate presso pubblici uffici e spedite da pubblici depositari**: hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale tranne il caso in cui essendosi perso quest'ultimo la copia presenti cancellature, abrasioni ecc. In questo caso infatti le copie sono liberamente apprezzate dal giudice

- **le copie fotografiche** o fotostatiche o trasmesse via fax: hanno la stessa efficacia delle copie autentiche se la loro conformità con l'originale è attestata da P.U. ovvero se non è espressamente disconosciuta;

- **le riproduzioni fotografiche e cinematografiche, le registrazioni fonografiche e in genere ogni altra riproduzione meccanica di fatti o cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale sono prodotte non né disconosce la conformità ai fatti e alle cose medesime.**

43. La falsità dei documenti e la querela di falso.

L'efficacia probatoria dei documenti presuppone che essi siano autentici sotto il profilo estrinseco e veritieri sotto il profilo intrinseco cioè che non siano falsi.

La **falsità** del documento è la discordanza tra la realtà e ciò che appare nel documento.

Vi sono due tipi di falsità

La falsità materiale che concerne la contraffazione del documento(che riguarda la provenienza del documento dal P.U o dal sottoscrittore quando il documento viene materialmente formato da un soggetto diverso dal suo autore apparente o posto in essere in data o luogo diversi da quelli apparenti) oppure l'alterazione (che è una modificazione delle risultanze del documento compiuta dopo la sua formazione)

La falsità ideologica (riguarda il contenuto della dichiarazione)consiste in una enunciazione falsa del contenuto del documento, perciò essa investe solo le dichiarazioni di scienza e le enunciazioni di contenuto narrativo (quindi presuppone che il documento sia stato redatto dal pubblico ufficiale e concerne la non veridicità di quanto da questi attestato)

La falsità dei documenti sia materiale che ideologica riguarda il processo civile per l'attitudine che ha il documento falso di determinare nel giudice un falso convincimento.

Questa falsità può costituire materia anche per il processo penale sebbene in questo caso rileva soprattutto il comportamento di colui che ha compiuto il falso, comportamento che la legge punisce in quanto causa prima degli errori che possono derivare dal documento falso stesso.

Vi sono due modi con i quali la falsità dei documenti viene in rilievo nel processo civile

1) il giudizio di verifica della scrittura privata che consente di accertare solo la falsità della provenienza della sottoscrizione o della scrittura dal suo autore e quindi una falsità materiale. La verifica giudiziale

porta ad un risultato limitato: equiparare sotto il profilo probatorio la scrittura verificata a quella autenticata o riconosciuta. Questa equiparazione riguarda (art 2702 c c) l'attitudine a dare piena prova circa la provenienza dello scritto come secondo l'art 2700 cc l'atto pubblico fa piena prova della provenienza e degli altri elementi estrinseci dell'atto stesso. Tale efficacia sussiste fino a querela di falso.

2) la **querela di falso** : (art. 221 e ss. c.p.c.) è l'istanza diretta ad ottenere l'accertamento della falsità materiale (contraffazione) o ideologica (contenuto) di un atto pubblico o di una scrittura privata riconosciuta, autenticata o verificata (solo materiale dato che in questo caso non è ipotizzabile un falso ideologico in quanto la non veridicità della dichiarazione da luogo alla simulazione)

Ricordato che l'attitudine alla piena prova sull' estrinseco (provenienza) -che compete sia l'atto pubblico sia alla scrittura privata riconosciuta, autenticata o verificata- sussiste fino a querela di falso, ne consegue che questo è l'unico strumento per contestare tale efficacia.

Rispetto al giudizio di verificaione la **querela di falso** quindi nn solo può investire anche la falsità ideologica (sempre solo sull' estrinseco)ma , oltre ad avere efficacia erga omnes può investire (oltre che l'atto pubblico o la scrittura privata riconosciuta o autenticata) anche la scrittura privata già fatta oggetto del giudizio di verificaione con riguardo ad altre falsità.

È proposta dalla parte contro cui il documento è stato depositato.

Il giudizio sulla querela di falso è strutturato in modo simile al giudizio di verificaione a cominciare dal fatto che può proporsi tanto in via principale quanto in corso di causa(in via incidentale) in qualunque stato e grado del giudizio fino al giudicato sulla verità del documento (art. 221 c.p.c.).

Il giudizio sulla querela di falso è riservato alla competenza esclusiva del tribunale con la partecipazione del pm ed è prevista la sospensione del processo per il caso ch la querela sia proposta in pendenza di giudizio di primo grado davanti al giudice di pace o in sede d'appello innanzi alla corte d'appello.

Secondo l'art 221 la querela deve contenere, a pena di nullità, l'indicazione degli elementi e delle prove della falsità, e deve essere proposta personalmente dalla parte o a mezzo di procuratore speciale con atto di citazione (se è proposta in via principale), con dichiarazione da unirsi al verbale di udienza (se è proposta in corso di causa). In quest'ultimo caso,secondo l'art 222 il G.I. interpella la parte che ha prodotto il documento chiedendo se intende utilizzarlo in giudizio. Se la risposta è negativa il documento non è utilizzabile; se è affermativa, il giudice che ritiene quel documento rilevante, autorizza la presentazione della querela. Il documento viene depositato con le formalità di cui all'articolo 223 c.p.c. , nelle mani del cancelliere ala presenza del pm e delle parti , di ciò viene redatto processo verbale contenente anche la dichiarazione dello stato del documento. Se il documento si trova presso un terzo il giudice può disporre il sequestro.

È obbligatorio l'intervento del P.M. nel processo.

Art 225 Sulla querela di falso - che appartiene alla competenza per materia del tribunale - si pronuncia sempre il collegio (la cui pronuncia viene fatta risultare sul documento solo dopo il giudicato) con sentenza che sarà definitiva dell'intero giudizio se proposto in via autonoma,; definitiva o non definitiva se, proposta in via incidentale, la rimessione in decisione è totale,mentre in ogni caso non definitiva se la rimessione è parziale.

Se la sentenza accoglie la domanda la sua esecuzione non può aver luogo se non dopo il suo passaggio in giudicato mentre in caso contrario il giudice ordina la restituzione del documento disponendo che di essa venga fatta menzione sull'originale del documento e condannando il querelante ad una pena pecuniaria.

44. Le copie degli atti e delle scritture (artt. 2714-2719 c.c.).

L'efficacia probatoria di un documento può essere trasferita in un altro documento che ne costituisca una copia . quando la legge parla di copie degli atti o delle scritture, nn si riferisce alla riproduzione dei segni grafici (come una copia fotografica) ma ad una riproduzione che risale alle parole nel loro preciso ordine anche se riportate sulla carta con segni diversi (ad es. uno scritto a macchina copiato a mano).

L'efficacia probatoria di queste prove dipende dalla loro conformità all'originale , che deve essere attestata da soggetti autorizzati (notai) con una sorta di autenticazione che avviene col rilascio di un copia detta autentica e che ha la stessa efficacia probatoria dell'originale. Le copie autenticate possono sostituire

l'originale, salvo il potere del giudice di apprezzarne liberamente l'efficacia nei casi in cui presentino cancellature abrasioni o altri difetti esteriori.

Le copie prive di valida attestazione di conformità non hanno valore probatorio salvo che risulti altrimenti certa la loro rispondenza all'originale. Infine le copie parziali o riproduzioni per estratto rilasciate dai pubblici depositari autorizzati fanno piena prova solo per quella parte dell'originale che riproducono letteralmente.

Le copie fotografiche hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale non solo quando la loro conformità è attestata da un pubblico ufficiale competente ma anche quando tale conformità non sia espressamente disconosciuta (2719). Ciò vale secondo l'art 2712 in genere per ogni rappresentazione meccanica di fatti o cose che formano piena prova dei fatti o delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose.

Diversi dalle copie e dalle riproduzioni in generale sono i cd. Atti ricognitivi o rinnovativi che sono atti autonomi aventi il contenuto di una dichiarazione di scienza o addirittura di una nuova volontà negoziale costitutiva della prova. Questi fanno piena prova delle dichiarazioni contenute nel documento originale se non si dimostra, producendo quest'ultimo che vi è stato errore nella ricognizione o nella rinnovazione.

45. Produzione e esibizione dei documenti delle scritture contabili. Richiesta di informazioni alla Pubblica Amministrazione.

Il documento entra nel processo con la **produzione**, che di solito è atto spontaneo della parte che ne in possesso e che con questo atto li mette a disposizione del giudice. In pratica ciò avviene attraverso l'inserimento dei documenti nel fascicolo di parte al momento della costituzione o in una qualsiasi udienza innanzi l'istruttore fino a quando questo è consentito.

Attraverso la produzione il documento rimane acquisito al processo nel senso che è a disposizione del giudice e delle altre parti che possono prenderne visione ed estrarne copia ed invocarlo a sostegno del proprio assunto mentre neppure la parte che l'ha prodotto può sottrarlo dal proprio fascicolo (il che sarebbe un comportamento processuale in contrasto col dovere di lealtà da cui il giudice può trarre argomenti di prova).

La produzione (che è atto spontaneo della parte) presuppone che la parte che la compie sia in possesso quindi del documento stesso.

Ma può accadere che questo si trovi invece in possesso di un terzo o della parte a cui il documento non giova. In queste ipotesi il giudice secondo l'art 210 c.p.c. ha il potere di ordinarne l'**esibizione** previa valutazione discrezionale circa la sua necessità e purché sussistano i requisiti dell'articolo 118. relativo all'ordine di ispezione.

Quindi il giudice può ordinare alle parti e ai terzi di consentire sulla loro persona o sulle cose in loro possesso le ispezioni che appaiano indispensabili per conoscere i fatti della causa, **purché ciò possa compiersi senza grave danno per la parte o per il terzo**, e senza costringerli a violare un segreto professionale o d'ufficio.

La parte che intende avvalersi di una prova documentale che, però, è nella materiale disponibilità di un terzo o della controparte, può chiedere al giudice di ordinare l'esibizione di quel documento. La parte nell'istanza deve indicare il documento da esibire ed i fatti di causa cui fa riferimento. Se l'esibizione importa una spesa questa va anticipata dalla parte che l'ha richiesta.

L'ordine di esibizione non può essere eseguito coattivamente, ma la sua inosservanza è valutabile ai sensi dell'articolo 116, 2° comma c.p.c. Quindi se l'ordine è intimato alla parte che non ha prodotto il documento e questa è rifiuta di eseguire tale ordine senza giusto motivo, il giudice può da questo rifiuto desumere argomenti di prova a norma dell'articolo 116, secondo comma.

Quando invece l'ordine di esibizione è rivolto al terzo, il giudice, secondo l'art 211, deve cercare di conciliare l'interesse della giustizia con i diritti del terzo (quindi il giudice prima di ordinare l'esibizione può disporre che il terzo sia citato in giudizio assegnando alla parte istante un termine per provvedervi. Il terzo non citato può intervenire anche spontaneamente per opporsi all'ordine di esibizione purché prima della scadenza del termine fissato dalla stessa. Se il terzo rifiuta di esibire, il giudice può condannarlo a una pena pecuniaria).

L'ordine di esibizione non può riguardare i documenti formati per uso proprio o privato, neppure i libri dell'imprenditore e le sue scritture contabili o corrispondenza, tuttavia la legge ammette l'ordine di esibizione nei casi in cui la natura della controversia lo esiga e cioè nelle cause di scioglimento delle società, di comunione di beni e di successioni per causa di morte.

Negli altri casi il giudice può ordinare anche d'ufficio l'esibizione dei suddetti libri per estrarre le registrazioni concernenti la controversia in corso.

Infine il giudice può chiedere anche d'ufficio, alla Pubblica Amministrazione, informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo (art. 213 c.p.c.).

Sez. V - Prove costituenti e il rendimento dei conti

Le tre principali figure di prove costituenti – confessione, giuramento e testimonianza – hanno in comune la caratteristica di consistere in una dichiarazione orale sui fatti di causa (ed è in questo senso che si parla di prove orali).

46-47. La confessione (art. 2730 c.c.).

La confessione è la dichiarazione fatta dalla parte personalmente (infatti le dichiarazioni a contenuto confessorio rese dal difensore possono assumere rilievo soltanto come ammissioni), avente ad oggetto la verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte (art. 2730 c.c.).

La sua attendibilità si fonda sulla massima di esperienza secondo la quale “nessuno riconosce fatti che gli nuociono se non sono veri”.

Una dichiarazione confessoria per produrre la sua efficacia probatoria deve essere a sua volta provata. Ora mentre la confessione giudiziale viene in essere come già provata (probatio probata) quindi la prova della dichiarazione è prova del fatto, quella stragiudiziale deve essere a sua volta provata o con prova scritta o con prova testimoniale.

Oggetto di confessione possono essere soltanto i fatti della causa che siano sfavorevoli alla parte che connessa (art. 2734 c.c.). può accadere però che il riconoscimento di tali fatti sfavorevoli sia accompagnato dall'affermazione di altri fatti o circostanze che modificano la portata dell'efficacia del fatto confessato ovvero tendono a modificarne o estinguerne gli effetti. In tal caso vige il principio della inscindibilità della dichiarazione l'art 2734 dispone che le dichiarazioni fanno piena prova (hanno efficacia di prova legale propria della confessione) nella loro integrità se l'altra parte non contesta la verità di fatti e circostanze aggiunte. Se c'è contestazione, la parte che confessa ha l'onere di provare i fatti aggiunti ed il giudice valuta liberamente.

L'autore della confessione può essere solo la parte personalmente.

La confessione ha efficacia di prova legale solo se proviene da persona capace di disporre del diritto oggetto del processo (tali non sono il difensore, il sostituto processuale, l'incapace, il fallito ecc.). Non è efficace se non proviene da parte capace di disporre del diritto (art. 2731, 1° comma c.c.);

Le dichiarazioni a contenuto confessorio rese dal difensore possono assumerne rilievo solo come ammissioni e, come tali, oltre a dispensare dall'onere della prova, possono essere oggetto di libera valutazione del giudice.

L'efficacia della confessione è di regola quella tipica di prova legale (vincola il giudice nel suo apprezzamento) purché verta su diritti disponibili (art. 2733, 2° comma c.c.).

L'efficacia di piena prova è prevista dalla legge per la confessione giudiziale ma, anche nel caso di confessione stragiudiziale se è fatta alla parte o a chi la rappresenta. Se è fatta ad un terzo o è contenuta in un testamento è liberamente apprezzabile dal giudice, ossia non ha efficacia di prova legale ma non è neppure un semplice indizio.

La natura di prova legale della confessione e il conseguente vincolo del giudice nel suo apprezzamento fanno sì che attraverso la confessione la parte che confessa finisca col condizionare la pronuncia del giudice.

La legge con riguardo alla capacità del confidente e alla possibilità di revocare la confessione per vizi di volontà, dispone all'art 2731 che la confessione non è efficace se non proviene da persona capace di disporre del diritto a cui i fatti confessati si riferiscono.

Se però la confessione sia resa da un rappresentante, è efficace solo se fatta entro i limiti e nei modi in cui questi vincola il rappresentato.

L'art.2732 c.c. dispone che la confessione non può essere revocata se non si dimostra che vi è stato l'errore di fatto o violenza.

Nonostante questo la confessione non è dichiarazione di volontà ma rimane dichiarazione di scienza; deve essere consapevolmente voluta ma questa volontà concerne la dichiarazione e non i suoi effetti.

Quindi I limiti di natura soggettiva alla confessione sono: la capacità d'agire, la capacità di disporre del diritto cui si riferiscono i fatti di causa e la titolarità dello stesso.

Per quanto riguarda il limite oggettivo alla confessione è costituito dai diritti indisponibili

Occorre precisare che la confessione si distingue dall'ammissione perché quest'ultima non ha efficacia di prova legale in quanto:

- può essere rilasciata dalla parte in sede di interrogatorio libero
- può provenire da persona che non sia capace di disporre del diritto a cui si riferiscono i fatti dichiarati
- può riguardare fatti relativi a diritti indisponibili
- può essere liberamente ritirata

Per concludere va detto che le ammissioni pongono il fatto ammesso fuori del tema probandum se si tratta di processi relativi a diritti disponibili mentre se si tratta di processi relativi a diritti indisponibili esse costituiscono argomenti di prova se effettuate in sede di interrogatorio libero oppure prove liberamente valutabili dal giudice negli altri casi.

La confessione di regola è una prova legale tuttavia vi sono dei casi in cui essa diviene prova libera; questi casi sono:

- quello individuato dall'art.2733 c.c. e che prevede il caso in cui siano soltanto alcuni dei litisconsorti necessari a confessare;
- quello individuato dall'art.2735 c.p.c. che prevede il caso di confessione resa alla parte, ad un terzo fuori dal giudizio oppure in un testamento;
- quello individuato dall'art.2734 c.p.c. che prevede il caso di dichiarazioni aggiunte alla confessione (in questo caso in funzione del principio dell'unitarietà della dichiarazione, il giudice deve vedere cosa pensa la controparte e quindi se questa accetta anche le dichiarazioni aggiunte, favorevoli a chi confessa, tutta la confessione vale come prova legale; nel caso contrario invece la confessione vale come prova libera).

La confessione può essere

1) **stragiudiziale** (quando è fatta fuori dal giudizio, essa se è resa alla parte o a chi la rappresenta ha la stessa efficacia di quella giudiziale - ossia di prova legale -, se è resa ad un terzo o se è contenuta in un testamento può essere liberamente valutata dal giudice) deve essere a sua volta provata con prova scritta o anche testimoniale (art. 2735, 2° comma c.c.). Occorre rilevare che la confessione stragiudiziale se è fatta alla parte o a chi la rappresenta ha la stessa efficacia probatoria di quella giudiziale. Se è fatta a un terzo o se è contenuta in un testamento è liberamente apprezzata dal giudice. In ogni caso va chiarito che la confessione stragiudiziale deve essere provata nel processo.

2) **giudiziale** che di regola è una prova legale (resa in giudizio, in questo caso forma piena prova contro colui che l'ha fatta) viene in essere come già provata.

La confessione giudiziale (art. 228 c.p.c.) può essere: **spontanea** (art. 229 c.p.c.), nel qual caso può essere contenuta in qualsiasi atto sottoscritto dalla parte personalmente (esclusa la confessione dell'interrogatorio libero) o provocata dall'**interrogatorio formale** su istanza di parte contrapposta a quella da interrogarsi.

L'interrogatorio formale è un istituto che ha lo scopo di conseguire una confessione .

L'interrogatorio formale è disciplinato dall'art.230 c.p.c. che afferma che La parte che intende far interrogare l'avversario deve proporre le domande formulando articoli separati e specifici, con riferimento cioè a precise e singole circostanze di fatto, per ciascuna delle quale l'interrogando dovrà dire se gli risultano vere o no. Secondo l'articolo Il giudice istruttore procede all'assunzione dell'interrogatorio nei modi e termini stabiliti nell'ordinanza che ammette l'interrogatorio stesso, in seguito sente la parte cui è stato deferito l'interrogatorio, alla quale il giudice non può fare domande su fatti diversi da quelli formulati nei capitoli, ad eccezione delle domande su cui le parti concordano e che il giudice ritiene utili; , può solo chiedere chiarimenti sulle risposte ricevute (tranne accordo diverso delle parti). (art. 231 c.p.c.).

La parte interrogata deve rispondere personalmente, non può servirsi di atti preparati, ma il giudice istruttore può consentire l'avvalersi di note o appunti quando deve far riferimento a nomi o cifre o per particolari circostanze.

Se la parte interrogata non si presenta o rifiuta di rispondere senza giustificato motivo il giudice può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio (art. 232 c.p.c.), se la mancata presentazione è dovuta a motivi che il giudice riconosce giustificati, può fissare altra udienza o recarsi personalmente al di fuori della sede giudiziaria per assumere l'interrogatorio.

In caso di litisconsorzio necessario poi la confessione resa solo da alcuni dei litisconsorti è liberamente apprezzata dal giudice, mentre nel caso di litisconsorzio facoltativo la confessione costituisce prova legale nei confronti del solo confidente ma non nei confronti dei litisconsorti rispetto ai quali può essere solo liberamente apprezzabile.

Diverso dall'interrogatorio formale è l'interrogatorio libero delle parti (che legislatore prevede come interrogatorio obbligatorio all'udienza di discussione nel processo del lavoro e all'udienza di trattazione nel processo ordinario) che rientra tra i poteri del giudice il quale può, in qualunque stato grado del processo, ordinare la comparizione personale delle parti per interrogarle liberamente sui fatti della causa (art. 117 c.p.c.). L'interrogatorio libero, a differenza di quello formale, è uno strumento nelle mani del giudice (infatti è solo il giudice che può disporre tale interrogatorio che è previsto all'inizio della causa anche se il giudice potrebbe disporlo in ogni momento del processo). L'interrogatorio libero ha la finalità di avere chiarimenti sui fatti di causa, quindi è più probabile che venga disposto più o meno nella fase istruttoria. Le dichiarazioni rese delle parti non possono assumere valore confessorio, ma il giudice se ne può avvalere come argomenti di prova, ad integrazione delle risultanze di altre prove.

48. Il giuramento della parte.

Anche il giuramento come la confessione è una dichiarazione proveniente da una delle parti sulla verità dei fatti della causa. Esso tuttavia si differenzia dalla confessione sia perché ha efficacia probatoria solo se reso in giudizio e con particolari forme sicché è sempre e solo prova costituenda sia perché proviene dalla parte a cui i fatti dichiarati non nuocciono come nella confessione bensì giovano.

Il giuramento richiede che la parte faccia una dichiarazione che s'intende come vera (non come nella confessione dove si richiede che la dichiarazione sia sfavorevole a se è favorevole alla controparte) e che avvenga con determinate forme solenni. La dichiarazione giurata non può essere spontanea ma solo provocata configurando una sorta di sfida alla lealtà di chi è chiamato a giurare, sfida che una parte lancia all'altra invitandola a giurare sulla verità di un fatto e a rispondere nel caso in cui giurasse il falso di tutte le conseguenze (penali) che lo colpirebbero nel caso in cui la falsità del giuramento venisse scoperta (anche se se successivamente alla sentenza viene accertata la falsità del giuramento, la sentenza penale che accertata tale falsità non potrà essere utilizzata per ottenere la revocazione della sentenza civile ma potrà solo consentire alla parte di ottenere un risarcimento dei danni).

Il giuramento è una prova legale, quindi quando si deferisce il giuramento si rimette la decisione alla parte che giura.

La legge distingue due tipi di giuramento

1- Il giuramento **decisorio** (art. 2736 n.1 c.c.) è quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione parziale o totale della causa (è ammissibile solo se da esso può dipendere la decisione totale o parziale della causa); la parte alla quale è stato deferito può riferirlo all'altra parte, ossia ribaltarlo su questa, ovviamente in senso contrario. Esso consiste in una dichiarazione sui fatti della causa, della parte alla quale il fatto giova e perciò può verificarsi solo se deferito dall'altra parte che assumerà l'iniziativa se e in quanto confida sulla lealtà del deferito e/o sulla gravità delle sanzioni a carico di chi giura il falso.

Il giuramento decisorio si distingue in due tipi: quello de veritate (quando la parte giura su fatti propri) e quello de scientia (quando la parte giura su fatti altrui e non propri ma dei quali è a conoscenza).

2- Il giuramento **suppletorio** (art. 2736 n.2 c.c.) differisce da quello decisorio perché è deferito a una delle parti d'ufficio dal giudice in sede decidente al fine di decidere la causa quando la domanda o le eccezioni non siano pienamente provate ma non sono del tutto sfornite di prova (quindi serve per integrare la semiplena

probatio) ovvero quello che è deferito al fine di stabilire il valore della cosa domandata se non si può accertarlo altrimenti (c.d. giuramento **estimatorio** di cui all'art. 241 c.p.c.).

L'efficacia probatoria del giuramento decisorio è la + intensa che si possa immaginare perché da un lato (come è proprio della prova legale) vincola il giudice al suo esito, dall'altro tale vincolo si riflette sulla pronuncia del giudice il quale, dopo aver constatato l'avvenuto giuramento, deve dichiarare vittoriosa la parte che ha giurato e soccombente l'altra parte (viceversa in caso di rifiuto) senza che la parte soccombente possa essere ammessa a provare il contrario di quanto giurato neppure quando il giuramento venga riconosciuto o dichiarato falso potendosi in tal caso ottenere solo il risarcimento. (artt. 2738 c.c. e 239 c.p.c.). Infatti l'eventuale falsità del giuramento non inficia in giudizio, ma può solo fondare il diritto al risarcimento in caso di sentenza penale per falso giuramento. (art. 2738, 2° comma c.c.).

I limiti di natura soggettiva del giuramento sono gli stessi previsti per la confessione (l'art. 2737 c.p.c. rinvia all'art. 2731 c.p.c.): capacità di agire, capacità di disporre del diritto.

L'articolo 2737 c.c. richiede infatti per l'atto del differire (o del riferire) il giuramento la capacità di disporre del diritto. Il giuramento prestato non è revocabile neppure per errore o violenza (la confessione sì), ma, se non ancora prestato, è revocabile il suo deferimento o il suo riferimento finché l'altra parte non si sia dichiarata pronta a giurare (artt. 235 e 236 c.p.c.).

Oggetto del giuramento possono essere solo fatti rilevanti in maniera decisiva per l'esito del giudizio su diritti disponibili.

Inoltre non si può giurare sul fatto illecito; non si può giurare relativamente ad un fatto contenuto in un atto pubblico; non si può giurare riguardo l'esistenza di un contratto per il quale la legge richiede la forma scritta ad substantiam.

In ogni caso va detto che deve trattarsi di fatti che siano propri della parte a cui è stato deferito (giuramento de veritate) ovvero della conoscenza che essa ha di un fatto altrui (giuramento de scientia o de notizia), non può essere riferito se l'oggetto è un fatto non comune ad entrambe le parti.

Il giuramento decisorio deve essere comunque ammesso, esclusa ogni discrezionalità da parte del giudice, anche quando i fatti dedotti siano già stati accertati o anche esclusi dalle risultanze probatorie già acquisite.

49. Deferimento, ammissione prestazione del giuramento.

Il deferimento del giuramento decisorio può avvenire in ogni stato della causa (a fondamento di ciò basti pensare agli artt. 345 e 394 che stabiliscono che il giuramento può essere deferito in appello e nel giudizio di rinvio, cioè quello successivo a quello della cassazione), ma prima della rimessione in decisione, con dichiarazione in udienza della parte personalmente o del suo procuratore munito di mandato speciale, e deve essere formulato in articoli separati in modo chiaro e preciso (art. 233 c.p.c.).

Il giuramento, oltre che deferito, può essere riferito; il riferimento è una sorta di rinvio all'avversario che ha deferito il giuramento (art. 234 c.p.c.). La parte a cui è stato deferito il giuramento infatti può a sua volta riferirlo all'avversario fino a quando la stessa non abbia dichiarato di essere pronta a giurare a condizione però che il fatto oggetto di giuramento sia comune ad entrambe.

Per ciò che riguarda la revoca, più che il giuramento, può essere revocato il riferimento e deferimento, anche in questo caso tale revoca è possibile finché l'avversario non abbia dichiarato di essere pronto a giurare.

Sull'istanza di differimento o di riferimento si pronuncia il giudice istruttore con ordinanza revocabile.

Tuttavia secondo l'art. 237 le eventuali contestazioni circa l'ammissione del giuramento decisorio vanno risolte dall'organo decidente con ordinanza che deve contenere l'indicazione dell'udienza fissata per la prestazione del giuramento e che va notificata personalmente alla parte.

Il giuramento decisorio è prestato personalmente all'udienza previa le ammonizioni sulle conseguenze di dichiarazioni false e con le formalità previste dall'art. 238 c.p.c.. Eventuali aggiunte o modifiche alla formula sono irrilevanti se non alterano il significato del giuramento, in caso contrario il giuramento si considera come non prestato.

Il rifiuto di giurare (a cui è assimilata la mancata presentazione senza giustificato motivo all'udienza fissata per la prestazione del giuramento) dà luogo alla soccombenza della parte che rifiuta. Questa soccombenza

può essere evitata o differita nei casi di mancata comparizione x i quali il giudice istruttore ritiene giustificata la mancata comparizione stessa, infatti in questi casi l'art 239 prevede la fissazione di una nuova udienza o anche l'assunzione del giuramento al di fuori della sede giudiziaria.

Per quanto riguarda il giuramento suppletorio esso può essere deferito solo dal collegio quindi è esclusa la possibilità di riferimento all'altra parte.

Per concludere l'art 241 stabilisce x ciò che riguarda il giuramento estimatorio che può essere deferito dal collegio ad una delle parti, solo se nn è possibile determinare altrimenti il valore della cosa e precisando che l'organo decidente deve anche determinare la somma fino a concorrenza della quale il giuramento avrà efficacia.

Per concludere, a differenza della confessione:

- *non è prevista la possibilità di revoca del giuramento ma solo la possibilità di revoca del deferimento o del riferimento;*
- *che al pari della confessione in caso di litisconsorzio necessario il giuramento prestato solo da alcuni dei litisconsorti è liberamente apprezzato dal giudice;*
- *ed infine che il giuramento suppletorio può essere deferito solo dal collegio e non può essere a sua volta riferito.*

50. La prova per testimoni. Nozione limiti dalla sua ammissibilità.

La **testimonianza**, nel diritto processuale, consiste nella narrazione, nel corso del processo (è una prova costituenda) e con determinate forme, al giudice di fatti della causa da parte di persone che nn sono parti del processo. Nel nostro ordinamento non è ammissibile la testimonianza della parte.

Proprio su questo (imparzialità del testimone) oltre che sulle sanzioni penali che colpiscono il falso testimone si fonda l'attendibilità della prova testimoniale.

Questa attendibilità nn è assoluta, essendo la testimonianza una narrazione di fatti legata sia alla memoria del testimone (che essendo umana è fallibile) sia al fatto che la narrazione ripresenta i fatti come una ricostruzione soggettiva del testimone che, anche se in buona fede, difficilmente riesce ad evitare deformazioni.

Perciò la legge ne subordina l'ammissibilità ad una serie di limiti sia di natura oggettiva (indicati nel codice civile) che di natura soggettiva (indicati nel codice di procedura civile), abbastanza gravi infatti essa non è ammessa:

- per la prova di atti per i quali è richiesta la forma scritta ad substantiam. In questo caso la prova testimoniale è ammessa solo in caso di perdita incolpevole dello scritto (art. 2725 c.c.);

I limiti di natura oggettiva (che sono per lo più condizioni di ammissibilità e sono fondati su 2 ordini di ragioni:

- 1) sul fatto che il contratto abbia valore superiore a 2.50 € tranne che l'autorità giudiziaria non la consenta tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto, e di ogni circostanza art.2721 c.c. Quindi a livello pratico possiamo dire che la norma è superata (infatti nella pratica avviene che mai nessun giudice ha negato l'ammissibilità della prova testimoniale perché il valore del contratto era superiore, così come mai nessun avvocato ha sollevato un'eccezioni di inammissibilità ai sensi del 1° comma dell'art.2721 c.c.).
- 2) sul fatto che la prova x testimoni abbia ad oggetto patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento. In questa hp la legge dispone che se suddetti patti fossero anteriori o contemporanei alla redazione di un documento la prova x testimoni nn sarebbe ammissibile essendo probabile che tali patti nn siano stati inseriti nel documento; mentre se tali patti fossero stati stipulati dopo la redazione del documento l'autorità giudiziaria può ammettere la prova per testimoni solo se avuto riguardo alla qualità delle parti, alla natura del contratto e a ogni altra circostanza appare verosimile che siano state fatte aggiunte o modificazioni verbali (art. 2723 c.c.).

In genere i limiti imposti dal legislatore all'ammissibilità della prova testimoniale trovano eccezioni nell'art.2724 c.c.; quest'articolo individua tre eccezioni per le quali la prova testimoniale deve essere ammessa:

- 1) quando vi è un principio di prova per iscritto costituito da qualsiasi scritto proveniente dalla persona contro cui è diretta la domanda, che faccia apparire verosimile il fatto allegato
- 2) se lo scritto è stato impedito da violenza morale o materiale (il contraente era nell'impossibilità morale e materiale di procurarsi una prova scritta);
- 3) se il documento è stato smarrito senza colpa (il contraente ha senza sua colpa perso il documento che gli forniva la prova);

Poiché nn esistono altre norme che limitano l'ammissibilità delle prove testimoniali si può dire che il giudice è in linea di massima tenuto ad ammettere le prove che ritiene rilevanti (a seguito di una valutazione libera).

51. Iter di ammissione e l'assunzione della prova per testimoni.

La prova per testimoni va dedotta con istanza contenente indicazione specifica delle persone da interrogare e dei fatti, formulati in articoli separati sui quali ciascuna di esse deve essere interrogata (art. 244 c.p.c.). L'istanza può essere proposta da ciascuna delle parti ed è consentito alla controparte di opporsi o di aderire alla richiesta indicando altri testimoni da sentire su quei medesimi articoli (offrire prova contraria).

La possibilità di offrire prova contraria sussiste anche nel caso in cui la controparte si opponga all'istanza di ammissione (ad es. sostenendo l'inammissibilità della prova per testimoni).

Sia che la prova sia stata offerta con la citazione o con la comparsa di risposta, sia che sia stata chiesta ai sensi dell'art 184, l'altra parte potrà chiedere altro termine per l'eventuale indicazione della prova contraria.

Secondo l'art.245 c.p.c. il giudice, dopo che le parti hanno chiesto la prova testimoniale secondo le modalità previste dall'art.184 c.p.c., ammette la prova con ordinanza e con la stessa può ridurre le liste dei testimoni ed eliminare i testimoni che non possono essere sentiti per legge.

La rinuncia all'audizione dei testi non ha effetto se non è accettata dall'altra parte e se il giudice non vi consente.

Per quanto riguarda i testimoni dobbiamo dire che questi hanno il dovere di deporre anche se va detto al riguardo che vi sono dei casi in cui essi possono non deporre o addirittura non devono deporre.

Questo dovere risulta indirettamente dalle sanzioni penali previste x il rifiuto o per la deposizione falsa nonché da potere del giudice di denunciare direttamente il teste x questi reati; direttamente risulta dall'art 255 c.p.c che prevede in caso di mancata presentazione del testimone regolarmente intimato (ricordiamo che quando il giudice ha ammesso la prova testimoniale è obbligo delle parti intimare i testimoni a comparire all'udienza fissata dal giudice per la loro audizione. L'intimazione si fa materialmente con un atto che viene notificato al testimone e che deve essere notificato almeno 3 giorni prima dell'udienza) non solo una nuova intimazione per una nuova udienza ma addirittura il potere del giudice di ordinare l'accompagnamento coattivo e di condannarlo ad una pena pecuniaria, salvo i casi eccezionali in cui il giudice può recarsi nell'abitazione o nell'ufficio del teste.

Il dovere di deporre si specifica nel dovere di comparire di indicare le proprie generalità di prestare giuramento e di dire la verità.

I casi eccezionali in cui il teste può nn deporre sono quelli in cui è consentita l'astensione, come previsto dall'artt 200 e ss. c.p.c. , mentre non può deporre quando ha un interesse che potrebbe legittimare alla partecipazione giudizio (art. 246 c.p.c.).

Tra i limiti di natura soggettiva (che riguardano la capacità a testimoniare) vi sono varie norme (alcune sono venute meno)

- Non può testimoniare la parte rappresentata nè colui che, nel processo stesso agisce come rappresentante. Limite previsto dall'art.246 c.p.c. (che in realtà è l'unico limite soggettivo alla prova testimoniale rimasto nel nostro ordinamento). L'art.246 c.p.c. stabilisce che non possono essere chiamate a testimoniare le persone aventi interesse della causa che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio; in questo caso l'elemento che rende incapaci di terzo è l'interesse, non l'interesse materiale ma giuridico.

- La testimonianza ha funzione puramente informativa, la legge non fa dipendere la legittimazione a testimoniare dalla capacità di agire né dal raggiungimento della maggiore età; il solo limite di età era quello contenuto nell'art.248 c.p.c. che prevedeva la possibilità che i minori di anni quattordici potessero essere chiamati a testimoniare solo quando la loro audizione era resa necessaria da particolari circostanze, ma questa norma è stata dichiarata incostituzionale.
- Un limite era contenuto nell'art.247 c.p.c. che prevedeva il divieto di testimoniare per il coniuge, i parenti, gli affini in linea retta e coloro che erano legati da un vincolo di affiliazione. Questa norma è stata dichiarata incostituzionale sia perché in contrasto con l'art.24 Cost. sia perché la realtà la prova testimoniale è sempre soggetta alla libera valutazione fatta del giudice che potrà valutare l'attendibilità o meno del testimone.

Per quanto riguarda l'assunzione dei testimoni: dopo la fissazione con ordinanza dell'udienza e l'assunzione dei testimoni la parte interessata alla deposizione intima la comparizione al teste a mezzo di ufficiale giudiziario (art. 250 c.p.c.) per mezzo di lettera raccomandata o posta elettronica e con successivo deposito in cancelleria di copia dell'atto (procedura non indispensabile perché nulla impedisce al giudice di sentire la deposizione dei testi se già ammessa) la parte interessata è inoltre onerata alla presenza all'udienza per l'assunzione, in cui i testimoni sono sentiti separatamente.

Dopo che il giudice ammonisce il testimone e raccoglie il giuramento si passa alla sua identificazione con indicazione di eventuali rapporti con una delle parti o eventuali interessi nella causa. Successivamente il giudice lo interroga rivolgendogli tutte le domande che ritiene necessarie e utili per chiarire i fatti medesimi. Tali domande possono essere formulate dal giudice, d'ufficio o su istanza di parte, dei difensori o del p.m. Ma né difensori né P.m. possono interrogare direttamente i testimoni che devono rispondere personalmente. Se ci sono divergenze tra le deposizioni di 2 o + testimoni il giudice istruttore, su istanza di parte o d'ufficio può disporre che siano messi a confronti, e può altresì disporre che siano sentiti testimoni precedentemente esclusi.

Le contestazioni sulla legittimazione del teste a deporre vanno sollevate subito a pena di decadenza. Infatti eventuali vizi di deduzione, ammissione ed assunzione dei testimoni sono sanati se non eccepiti subito dalla parte interessata

52. L'ispezione giudiziale

L'ispezione giudiziale è un mezzo di prova che il giudice può esperire d'ufficio e precisamente lo strumento con il quale si acquisisce l'efficacia probatoria di cose, luoghi, o corpi di persone ossia di oggetti che non essendo acquisibili al processo come documenti possono essere fatti solo materia di osservazione in modo così da acquisire al processo il risultato di tale osservazione.

L'operazione dell'osservare viene documentata in un processo verbale che viene acquisito al processo.

L'art 118 disciplina l'ispezione e dispone che il giudice istruttore può ordinare alle parti e ai terzi di consentire l'ispezione sulla loro persona o sulle cose in loro possesso, se l'ispezione è necessaria ed indispensabile per conoscere fatti della causa e purché ciò avvenga senza recare grave danno alla parte o per il terzo.

Una volta disposta l'ispezione se la parte si rifiuta di sottoporre la propria persona o le proprie cose all'ispezione stessa il giudice, da tale rifiuto, può desumere argomenti di prova; mentre se è che il terzo che si rifiuta il suo comportamento non può avere riflessi in ordine al processo (il terzo infatti non fa parte del processo) e la conseguenza sarà una pena pecuniaria.

Le modalità dell'assunzione (da documentarsi nel processo verbale) vengono stabilite dal giudice istruttore che con un'ordinanza fissa: il tempo, il luogo ed il modo della relativa ispezione.

All'ispezione il giudice può procedere personalmente ma di solito si avvale di un consulente tecnico (soggetto esperto nominato dal giudice) che deve redigere una relazione che il giudice stesso valuterà.

Con riferimento all'ispezione corporale invece, questa deve essere fatta con ogni cautela per garantire il rispetto della persona.

L'ispezione è documentata in un processo verbale, e spesso accade che ad integrazione della stessa il giudice ordini ai sensi degli art 261 e 262 c.p.c.

- a) che siano eseguiti rilievi, calchi e riproduzioni anche fotografiche di oggetti, luoghi, e documenti, nonché quando occorre rilevazioni cinematografiche o altre che richiedano l'impiego di mezzi o strumenti meccanici
- b) che sia eseguito un esperimento giudiziale cioè la riproduzione dinamica di un fatto per accertare se sia o possa essersi verificato in un dato modo facendone eventualmente eseguire la rilevazione fotografica o cinematografica
- c) che siano sentiti testimoni per informazioni senza le restrizioni proprie della prova testimoniale
- d) che sia disposto l'accesso in luoghi appartenenti a terzi e che questi siano eventualmente sentiti osservate naturalmente le opportune cautele al riguardo.

53. Il rendimento dei conti.

Il **rendimento dei conti** (artt. 263-266 c.p.c.) è una prova costituenda strutturata come un procedimento speciale che può assolvere ad una autonoma funzione di tutela. Esso è un procedimento non solo idoneo a condurre alla prova ma anche all'accertamento circa la situazione del conto ed eventualmente persino ad un ordine di pagamento del saldo (ordine la cui sostanza è quella di una condanna).

L'esigenza di tutela a cui l'istituto assolve è quella che concerne il diritto al rendimento del conto, sia in corso di giudizio e sia come oggetto di giudizio ad hoc, nella prospettiva della condanna al pagamento del saldo. A seguito della domanda, il giudice ordina (con ordinanza) la presentazione del conto e fissa una udienza per la discussione di esso.

A seguito di questo ordine, la parte destinataria deve depositare il conto in cancelleria con i documenti giustificativi almeno 5 gg prima dell'udienza (art. 263 c.p.c.).

Il giudice legittimato pronunciare questo ordine è il giudice istruttore, se non sorgono contestazioni sul diritto al rendiconto (la cui incontestata sussistenza costituisce presupposto per la pronuncia dell'ordinanza) o sul suo oggetto, altrimenti è l'organo giudicante con sentenza non definitiva.

Se il conto è depositato e accettato dalla parte richiedente, il giudice dà atto nel processo verbale dell'accettazione ed ordina il pagamento del saldo con ordinanza non impugnabile (che ha il contenuto di una condanna e che ha efficacia esecutiva) (art. 263, 2° comma c.p.c.).

Se contestato la parte che non accetta deve specificare le parti che intende contestare, eventualmente previa richiesta di un termine e fissazione di un'altra udienza allo scopo. Se dopo ciò le parti si accordano sulle risultanze del conto eventualmente rettificato, il giudice provvede come nel caso di immediata accettazione, altrimenti (quindi se non viene raggiunto accordo) può ricorrere al ricorso a mezzi istruttori con le normali regole sull'onere della prova (art. 264 c.p.c.).

Se la parte onerata dell'ordine di presentazione del conto non deposita il conto o resta contumace, il giudice (in sede di decisione) può disporre il giuramento estimatorio (art. 265 c.p.c.).

Nei casi di contestazione l'accertamento definitivo del conto avviene con sentenza assoggettata ai normali mezzi di impugnazione e destinata a passare in giudicato.

La parte che ha approvato il conto, ha la possibilità di chiederne la revisione, anche in separato processo, ma solo in caso di errore materiale, omissione, falsità, o duplicazione di partite (art. 266 c.p.c.).

In caso di conto accertato con sentenza passata in giudicato sarà possibile solo la correzione per errori materiali o di calcolo oltre le impugnazioni straordinarie.

CAPITOLO V LA FASE DI DECISIONE

54. Funzione e struttura.

Ultimato l'esame dei singoli mezzi di prova, l'esame dell'iter normale del processo di cognizione può riprendere e completarsi con riguardo alla fase di decisione che è appunto l'ultima fase.

La fase di decisione consiste quindi nella fase in cui viene emanato il provvedimento decisorio a cui l'attività di cognizione tipicamente tende.

Mentre il legislatore del 1940 aveva risolto il dilemma tra giudice unico e collegiale nel senso di attribuire a 2 organi diversi (giudice istruttore e collegio) le 2 attività fondamentali della cognizione (istruzione e decisione), la legge del 1990 ha mantenuto questa soluzione solo per le cause elencate nel nuovo articolo 50 bis, preferendo per le altre cause la soluzione imperniata sull'assunzione delle funzioni decisorie da parte del giudice istruttore in funzione di giudice monocratico. Tutto ciò porta ad una maggiore rapidità del giudizio.

Il collegio è composto da tre giudici, tra i quali il presidente e il giudice che ha svolto le funzioni di istruttore e che assume ora quella di relatore.

Il collegio, nelle cause in cui ancora gli competono le funzioni decisorie, riceve la causa dall'istruttore in forza di un provvedimento che rende attuali in capo al collegio i poteri decisorii della causa. Tale provvedimento è la *rimessione della causa al collegio*, che ha la funzione di collegare istruzione e decisione. Tale collegamento nel sistema del 1940 consisteva in una fissazione di una udienza per la discussione davanti al collegio.

La nuova legge ha reso facoltativa la discussione, quindi l'udienza di discussione viene tenuta davanti al collegio o al giudice unico solo se richiesta la discussione.

Sintetizzando:

La fase decisoria è oggetto di una autonoma disciplina soltanto nelle cause riservate al collegio e contempla l'udienza di discussione soltanto nelle ipotesi in cui questa sia stata richiesta (facoltà di parte). Mentre nelle cause attribuite al giudice unico la fase di decisione resta assorbita nella rimessione (o riserva) in decisione, riemergendo in apposita udienza (innanzi al giudice unico) nelle sole hp di richiesta di discussione.

55. L'eventuale udienza di discussione davanti al collegio, deliberazione e pubblicazione della sentenza.

La disciplina della fase decisoria è rimasta operante solo nelle cause riservate al collegio ed è applicabile integralmente solo nelle cause x cui è richiesta discussione.

(275/1) Decisione senza discussione.

Deposito sentenza entro 60 gg. dalla scadenza del termine di cui al 190 [cfr. giudice di pace].

Prima di riferirci a quest'ultima hp, l'art 275 si riferisce al 1 comma alle hp in cui la suddetta richiesta nn sia avvenuta disponendo che " Se non c'è stata richiesta di discussione, la decisione viene assunta senza contatti con le parti, con deliberazione in camera di consiglio secondo le modalità di cui all'articolo 276 c.p.c. (con decisione graduale delle questioni in base a rotazione) e deposito della sentenza in cancelleria entro 60 giorni dalla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica" . Il secondo comma enuncia che "ciascuna parte, nel precisare le conclusioni, può chiedere che la causa sia discussa oralmente innanzi al collegio. In tal caso, fermo restando il rispetto dei termini per il deposito delle difese scritte, la richiesta deve esser riproposta al presidente del tribunale alla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica".

(275/2) Decisione con discussione:

Richiesta di discussione al momento della precisazione delle conclusioni.

Termini del 190 per deposito memorie difensive.

Riproposizione richiesta di cui al n.1 alla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica.

Se c'è stata richiesta di discussione, il presidente fissa, con decreto, la data dell'udienza di discussione , da tenersi entro 60 giorni e nella quale, dopo la relazione orale (effettuata dal giudice istruttore) il presidente ammette le parti alla discussione. Subito dopo l'udienza il collegio procede alla deliberazione in camera di consiglio (artt. 275 e 276 c.p.c.)

La disciplina della deliberazione (per ogni caso di decisione collegiale, con o senza discussione) configura la decisione graduale delle questioni (nel senso che sotto la direzione del presidente, il collegio decide gradatamente le questioni nelle quali si articola la causa secondo l'ordine logico: dapprima le questioni preliminari di rito e poi le questioni di merito, incominciando con quelle pregiudiziali) e la votazione (la decisione è presa a maggioranza di voti ed il primo a votare è il relatore, seguito dall'altro giudice ed infine il presidente); poi la stesura e la sottoscrizione del dispositivo. Chiusa la votazione il presidente scrive e sottoscrive il dispositivo della sentenza su un foglio che ha la funzione di documentazione interna e

provvisoria. Il testo definitivo della sentenza compresa di motivazione viene steso successivamente dal relatore che assume la funzione di estensore, a meno che il presidente non decida di stenderla personalmente. La motivazione deve contenere l'esposizione dei fatti rilevanti della causa e le ragioni giuridiche della decisione, con le indicazioni specifiche delle questioni discusse e decise dal collegio ed il riferimento alle norme di legge applicate. L'estensore predispose una minuta che, previa rilettura collegiale e eventuali correzioni, viene sottoscritta dal presidente e dall'estensore e consegnata al cancelliere che scrive il testo originale. Presidente e relatore verificano la corrispondenza dell'originale alla minuta e sottoscrivono la sentenza.

Segue poi il deposito della sentenza in cancelleria nel termine di 60 giorni dalla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica o dalla discussione. Il rispetto di questo termine è imposto dall'imposizione ai difensori di brevi termini perentori per il deposito delle comparse e delle memorie.

Il deposito della sentenza concreta la sua pubblicazione a norma del 133 cpc ed il provvedimento acquista l'efficacia di *dictum* del giudice (momento oltre cui non si può tenere conto dello *ius sperveniens*)

56. I diversi provvedimenti dell'organo giudicante in relazione al loro contenuto. A) sentenze definitive e non definitive.

Contenuti dei provvedimenti.

I poteri dell'organo giudicante si manifestano anche nei confronti di quella valutazione di maturità della causa a seguito della quale l'istruttore aveva compiuto la rimessione, sia che ritenesse matura la causa per la decisione sul merito, sia che ritenesse che una o più questioni preliminari o pregiudiziali dovessero essere decise in modo da definire il giudizio.

In sintesi:

- a) Se ci sono questioni pregiudiziali di rito l'organo giudicante deve decidere innanzitutto quelle o definendo il giudizio o superandole, passando così al merito sia che la rimessione fosse limitata alla questione suddetta sia che l'istruttore avesse compiuto la rimessione ritenendo la causa matura per la decisione sul merito
- b) Prima di passare sul merito, l'organo giudicante può trovarsi di fronte ad una o più questioni preliminari di merito, che dovrà risolvere con la medesima veduta alternativa: arrestarsi ad esse definendo il giudizio o superarle, indipendentemente dalla valutazione che aveva condotto l'istruttore alla rimessione.
- c) Passando al merito, l'organo giudicante potrà condividere meno l'opinione dell'istruttore sulla maturità della causa, quindi è previsto un riesame della valutazione del giudice istruttore circa la maturità della causa per la decisione (con eventuale rimessione l'istruttore con ordinanza)
- d) Quanto alla pronuncia sulle spese, questa deve essere compiuta dall'organo giudicante con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, quindi con sentenza definitiva (stessa cosa vale per eventuale pronuncia sulla responsabilità aggravata)

L'organo deve, tendenzialmente, definire il giudizio pronunciando sentenza definitiva (art. 277, 1° comma c.p.c.), ma è prevista la possibilità che la decisione non riguardi l'intera causa e che la pronuncia sia limitata ad alcune domande (art. 277, 2° comma).

Questa possibilità di scindere la decisione è prevista anche dall'art 278 nella situazione di già accertata sussistenza di un diritto quando è ancora controversa la quantità della prestazione, situazione che consente di una condanna generica alla prestazione - sul solo "an" - e con l'ulteriore possibilità della concessione di una provvisionale.

Le decisioni separate si chiamavano sentenze parziali e rientravano nella categoria delle sentenze non definitive, che il legislatore del 1950 ha configurato ampliando e modificando il testo dell'art 279 intitolato "forma dei provvedimenti del collegio".

In primo luogo l'articolo distingue tra i casi in cui il collegio deve pronunciare ordinanze e i casi in cui pronuncia sentenze.

Più precisamente l'organo decidente pronuncia sentenza definitiva (che definisce o chiude il giudizio davanti a quel determinato giudice e che potrà tuttavia proseguire ad esempio in sede di impugnazione) nei casi di cui all'articolo 279, comma:

1. quando definisce il giudizio decidendo su questioni di giurisdizione o competenza. Ovviamente se la sentenza sia definitiva questa dovrà essere in senso ostativo, ossia negativa della giurisdizione o della competenza.

2 .quando definisce il giudizio decidendo su questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito. Anche qui la pronuncia è negativa in quanto in senso ostativo, ossia si arresta dinnanzi all'ostacolo determinato dal difetto di un requisito del processo o della situazione sostanziale pregiudiziale.

3 .quando pronuncia su tutto il merito;

Mentre pronuncia sentenza non definitiva (che nn esaurisce il compito di quel determinato giudice), il che presuppone che le eventuali pronunce su questioni preliminari e pregiudiziali siano avvenute in senso non ostativo o che l'eventuale pronuncia di merito nn riguardi tutte le domande ma solo una parte di esse ,nei casi di cui all'articolo 279,2° comma, n.4 (quando decidendo una delle questioni suddette, nn definisce il giudizio e impartisce ulteriori provvedimenti per l'ulteriore istruzione della causa quindi dispone la prosecuzione dell'istruttoria) e n°5 (quando decide solo alcune delle cause fino a quel momento riunite: ma se c'è provvedimento di separazione ex articolo 103, 2° comma o 104, 2° comma o la pronuncia sulle spese, la sentenza è -sulla causa separata e decisa- definitiva).

In sintesi la sentenza su alcune domande è definitiva , oltre che nei casi di pronuncia tra soggetti diversi, anche nei casi di pronuncia tra gli stessi soggetti in presenza di un provvedimento di separazione o di pronuncia sulle spese; è invece non definitiva nelle hp previste dall'art 277 e cmq in mancanza di un provvedimento di separazione.

57. B) Le ordinanze dell'organo giudicante. Rinnovazione di prove.

Abbiamo detto che l'organo giudicante può non deciderla causa rimettendola in istruzione perché l'istruttore provveda a determinati incombenzi istruttori , o può deciderla solo in parte disponendo, con riguardo alle domande nn decise, la remissione all'istruttore. In entrambi i casi l'organo giudicante pone in essere un provvedimento di remissione all'istruttore che ha la forma dell'ordinanza.

Se l'organo giudicante nn decide neppure in parte la causa l'ordinanza è l'unico suo provvedimento; mentre nel caso di decisione parziale l'ordinanza deve aggiungersi alla sentenza definitiva.

Con l'ordinanza il collegio fissa l'udienza per la comparizione delle parti davanti al giudice istruttore. Il cancelliere inserisce l'ordinanza nel fascicolo d'ufficio e ne dà comunicazione alle parti. L'ordinanza di remissione all'istruttore investe quest'ultimo di tutti i poteri per l'ulteriore trattazione della causa come dispone l'art 280.

Quindi ricordando che i provvedimenti per l'eventuale ulteriore istruzione sono dati dall'organo giudicante con separata ordinanza , l'art. 279 ripete che" i provvedimenti del collegio che hanno la forma dell'ordinanza nn possono mai pregiudicare l'esito della causa e salvo che la legge disponga altrimenti sono modificabili e revocabili dallo stesso collegio e nn sono soggetti ai mezzi di impugnazione previsti dalle sentenze" (quindi l'articolo oltre a riaffermare le caratteristiche proprie delle ordinanze di revocabilità e modificabilità esclude per le ordinanze del collegio l'assoggettamento alle impugnazioni).

Nella sua seconda parte l'art. indica il momento in cui l'ordinanza istruttoria acquista efficacia stabilendo che " le ordinanze del collegio sono immediatamente esecutive" ma se è proposto l'appello immediato contro la sentenza non definitiva, il giudice istruttore può, su istanza concorde le parti, qualora ritenga che i provvedimenti dell'ordinanza collegiale siano dipendenti da quelli contenuti nella sentenza impugnata ,disporre con ordinanza non impugnabile che l'esecuzione o prosecuzione dell'ulteriore istruttoria sia sospesa fino alla definizione del giudizio d'appello(art. 279, 4° comma c.p.c.).

Inoltre, il collegio a norma dell'art 281 , può disporre direttamente l'assunzione di un mezzo di prova. Ciò l'organo giudicante può fare anche d'ufficio, quando ne ravvisa la necessità. L'art. 281 parla di rinnovazione o riassunzione di uno o più mezzi di prova. Ma si ritiene che nulla impedisca l'assunzione diretta anche indipendentemente da una precedente assunzione da parte dell'istruttore.

58. L'efficacia della sentenza e presupposti per efficacia.

Mentre le ordinanze , anche collegiali, esauriscono la loro efficacia nell'ambito del singolo gradi di processo di cognizione,le sentenze sono destinate ad operare oltre che all'interno di quel grado anche e soprattutto all'esterno di quel grado e all'esterno del processo. In + possono costituire, se sono sentenze di condanna, il fondamento per un processo esecutivo.

È con la pubblicazione che la sentenza acquista piena efficacia ufficiale (con l'esaurimento di poteri del giudice sulla causa e con l'acquisizione dell'attitudine all'impugnazione) ; mentre col suo passaggio in giudicato diviene incontrovertibile nel senso che l'accertamento in essa contenuto fa stato (art 2909) ad ogni effetto tra le parti ed i loro eredi o aventi causa. A questa efficacia di accertamento incontrovertibile – proprio di tutte le sentenze – si possono affiancare l'efficacia cd. Costitutiva (qualora si tratti di sentenza costitutiva) e l'efficacia esecutiva o attitudine a fondare un processo di esecuzione forzata, qualora si tratti di condanna.

Quest'ultima efficacia , detta efficacia esecutiva o esecutorietà, è attribuita alle sentenze anche prima ed indipendentemente dal loro passaggio in giudicato, a meno che tale efficacia nn sia loro sottratta da un provvedimento del giudice . Quindi l'efficacia esecutiva (propria in primo luogo, della condanna) spetta già per legge, alla sentenza di primo grado, che è quindi provvisoriamente esecutiva (art. 282 c.p.c.) salva la sospensione dell'esecutività (o dell'esecuzione eventualmente iniziata) da parte del giudice di appello quando ricorrano gravi motivi (art. 283 c.p.c. cd. Inibitoria)

Oltre che per l'accoglimento dell'inibitoria l'efficacia esecutiva della sentenza può restare paralizzata dalla pronuncia sul merito dell'impugnazione come ad esempio accadrebbe se la sentenza d'appello respingesse la domanda accolta in primo grado (d'altra parte nulla sembra ostacolare la validità di un eventuale patto di astensione temporanea dall'esecuzione (pactum de non eseguendo).

Il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado si verifica solo se ed in quanto la sentenza nn sia impugnata, poiché in caso di impugnazione il processo prosegue in secondo grado e la sentenza si riduce ad oggetto di riesame.

Allo scopo di dar luogo all'incontrovertibilità propria del giudicato la legge configura i mezzi di impugnazione in una serie limitata e, per ottenere rapidamente tale incontrovertibilità la legge si serve dell'espedito di assoggettare l'impugnazione ad un termine perentorio, la cui eventuale decorrenza senza che l'impugnazione sia stata proposta esaurisce ogni possibilità di proporre quella ed ogni altra possibile successiva impugnazione, dando luogo immediatamente all'efficacia di cosa giudicata. Questo termine per l'eventuale impugnazione decorre dalla notificazione della sentenza, ponendo a carico della parte vittoriosa che ha interesse ad ottenere il rapido passaggio in giudicato della sentenza l'onere di provvedere alla notificazione della sentenza al procuratore costituito (salvo il c.d. termine lungo, che, in assenza di notificazione decorre dalla pubblicazione).

La notificazione deve essere effettuata alla parte personalmente se si è verificato un evento che colpisce il procuratore e che da luogo all'interruzione del processo, mentre se si è verificato un evento interruttivo che colpisce la parte dopo la chiusura della discussione la notificazione può essere effettuata a coloro cui spetta di stare in giudizio (286).

59. La correzione delle sentenze e delle ordinanze.

(287 e 288 – omissioni, errori materiali o di calcolo, con contraddittorio e senza-)

La sentenza può essere affetta da errori che possono investire sia l'atto (la sostanza del giudizio) sia la formazione dell'atto o del documento.

Lasciano da parte i primi che possono essere fatti valere con le impugnazioni, la legge si occupa con l'istituto della correzione delle sentenze dei secondi, ossia di errori di espressione che chiama errori materiali ed ai quali equipara gli errori di calcolo e le omissioni. Per eliminare questo tipo di errori, per lo + dovuti a disattenzioni o sviste, la legge si preoccupa di disporre uno strumento semplificato rispetto all'impugnazione , la correzione.

La correzione delle omissioni e degli errori materiali o di calcolo è uno strumento abbreviato di tipo amministrativo che ha la funzione di ripristinare la corrispondenza tra quanto la sentenza ha inteso dichiarare e quanto formalmente dichiara (287 c.p.c.) .

Questo provvedimento appartiene allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza se non è appellata (giacché altrimenti il potere spetterebbe al giudice dell'appello) . Può essere richiesto a istanza di tutte le parti, quando l'errore è talmente evidente che tutte ne chiedono l'eliminazione ed in questo caso il procedimento di correzione è semplicissimo nn essendoci bisogno del contraddittorio quindi il giudice provvede senz'altro con decreto: art. 288, 1° comma c.p.c.) o di una sola parte, nel qual caso occorre l'istallazione del contraddittorio, a mezzo di decreto del presidente (o del giudice unico) che fissa l'udienza di comparizione davanti all'organo decidente e che va notificato insieme col ricorso nei modi consueti.

Se la correzione della sentenza viene chiesta dopo 1 anno dalla pubblicazione, il ricorso ed il decreto devono essere notificati alle parti personalmente. All'udienza l'organo decidente, nel contraddittorio delle parti, provvede con ordinanza, la cui notificazione fa decorrere un nuovo termine per l'impugnazione delle sole parti corrette (art. 288, 2° e 4° comma).

L'art 287 estende la possibilità di impiego del procedimento di correzione anche alle ordinanze ed i decreti non revocabili.

Infine l'art 289 prevede l'eventualità che l'ordinanza dell'organo decidente non contenga la fissazione dell'udienza successiva o del termine entro cui le parti devono compiere gli atti processuali. In questa ipotesi è prevista l'integrazione del provvedimento da pronunciarsi su istanza di parte o d'ufficio, entro il termine perentorio di 6 mesi dalla pronuncia (o comunicazione o notificazione) del provvedimento. Il decreto di integrazione disposto dal presidente (o dall'istruttore) è comunicato a tutte le parti a cura del cancelliere.

Anche gli atti processuali di parti possono essere affetti da errori materiali, dei quali il giudice deve tener conto solo se frutto di "una disattenzione o di una svista occorsa nell'operazione di redazione dell'atto".

Per il caso di smarrimento, distruzione o sottrazione di atti manca nel codice una disciplina specifica e la prassi suggerisce l'applicazione analogica delle disposizioni a riguardo dettate dal codice di procedura penale.

Riassumendo:

Si giunge alla fase decisoria, nel momento in cui il G.I. ritiene la causa matura. Al di fuori dei casi indicati nell'art. 50 bis c.p.c., in cui il tribunale giudica in composizione collegiale, la causa viene decisa sempre dal tribunale monocratico, in funzione di giudice unico.

Tribunale collegiale (art. 275 c.p.c.)

Rimessa la causa al collegio, la sentenza è depositata in cancelleria entro 60 giorni dalla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica di cui all'art. 190 c.p.c. (c.d. "trattazione scritta"). Ciascuna delle parti, nel precisare le conclusioni, può chiedere che la causa sia discussa oralmente davanti al collegio. Tale richiesta deve essere riproposta al Presidente del Tribunale alla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica. Il presidente provvederà con decreto fissando la data in cui si terrà l'udienza di discussione, da tenersi entro 60 giorni (c.d. "trattazione mista"). La decisione è deliberata in segreto nella camera di consiglio. Ad essa potranno partecipare soltanto i giudici che hanno assistito alla discussione. Il collegio sotto la direzione del presidente decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e poi il merito. La decisione è presa a maggioranza dei voti. Chiusa la votazione il presidente scrive e sottoscrive il dispositivo; la motivazione è stesa dal relatore. Il collegio nel deliberare sul merito deve decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni definendo il giudizio.

Forma dei provvedimenti del collegio (art. 279 c.p.c.)

I provvedimenti pronunciati dal collegio possono avere la forma di: sentenza definitiva, sentenza non definitiva e ordinanza. È definitiva la sentenza che decide tutte le domande proposte dalle parti e le relative eccezioni, definendo il giudizio. In quanto tale è immediatamente impugnabile. Il collegio pronuncia sentenza definitiva: 1) quando definisce il giudizio decidendo positivamente su questioni di giurisdizione e competenza; 2) quando definisce il giudizio decidendo questioni preliminari di merito (es. accoglimento dell'eccezione di prescrizione); 3) quando il collegio decide totalmente il merito.

È non definitiva la sentenza che non definisce il giudizio, ed esso prosegue per l'emanazione della sentenza definitiva (es. rigetto dell'eccezione di incompetenza e del difetto di giurisdizione). Un esempio di sentenza non definitiva è la c.d. condanna generica (art. 278 c.p.c.), che si ha quando il giudice decide sull'an, ossia sull'esistenza del diritto, ma non anche sul quantum debeatur. Nel momento in cui il collegio pronuncia una sentenza non definitiva, contestualmente emette un'ordinanza con cui dispone la prosecuzione della fase istruttoria.

Esecutorietà delle sentenze

L'art. 282 c.p.c., modificato dalla legge n. 353/90, stabilisce che la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti. Il giudice d'appello però su istanza di parte proposta con l'impugnazione principale o con quella incidentale, quando ricorrono gravi motivi, "anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti", sospende in tutto o in parte l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza "con o senza cauzione"¹² (art. 283 c.p.c., c.d. inibitoria della sentenza).

¹² I periodi inseriti tra le virgolette, sono stati introdotti dalla legge n. 263/2005.

CAPITOLO VI: LE VICENDE ANORMALI DEL PROCESSO

Le vicende anomale del processo sono quelle che rendono impossibile, in modo temporaneo o definitivo, che la causa giunga alla sua conclusione normale

Tra le vicende anormali del processo rileviamo:

1. Riunione, separazione e trasferimento dei procedimenti
2. Il processo in contumacia
3. Sospensione del processo
4. Interruzione del processo
5. Estinzione del processo
6. Cessazione della materia del contendere

60. Riunione, separazione e trasferimento dei procedimenti.

Se per la stessa causa pendono diversi procedimenti davanti allo stesso giudice, questi può ordinare anche d'ufficio la **riunione** dei 2 o + procedimenti. Se i diversi procedimenti pendono davanti ad altro giudice della stessa sezione o di altra sezione dello stesso tribunale la riunione verrà disposta dal presidente. Infatti l'art 273 c.p.c. dispone che l'istruttore che ha notizia della contemporanea pendenza ne riferisce al presidente che, sentite le parti ordina la riunione determinando la sezione o designando il giudice innanzi al quale il procedimento deve proseguire.

Non dissimile è la disciplina che la legge detta per l'ipotesi di **connessione**:

Nell'ipotesi di più domande connesse proposte dinanzi a giudici diversi di cui all'art. 40 c.p.c.: le cause vanno decise dal giudice della causa principale o, seguendo il criterio della prevenzione, dal giudice preventivamente adito (il giudice la cui causa è iniziata prima); tuttavia vi è un limite alla riunione che è quello per cui essa non può essere chiesta dopo la prima udienza (questo per evitare che la decisione di un causa venga ritardata).

Se pendono cause connesse davanti allo stesso istruttore o allo stesso ufficio giudiziario, provvedono ugualmente l'istruttore o il presidente; ma qui la legge non impone la riunione, ma prevede soltanto i provvedimenti opportuni, con riferimento all'opportunità (o meno) della riunione (art. 174 c.p.c.) restando comunque salva la possibilità della successiva separazione ex articolo 103, 2° comma e 104, 2° comma c.p.c. qualora si ravvisi che la loro trattazione congiunta era in realtà inopportuna. Si parla in questo caso di separazione delle cause connesse o **separazione** delle azioni, cumulate nello stesso processo, che può essere disposta dal giudice istruttore o dal collegio: quando v'è istanza di tutte le parti o quando la continuazione della loro riunione ritarderebbe o renderebbe gravoso il processo.

Nell'ipotesi di più domande connesse proposte dinanzi allo stesso giudice di cui all'art. 274 c.p.c. Si possono esaminare due casi: il caso in cui per stesso giudice si intende la stessa persona fisica (in tal caso quel giudice dispone la riunione d'ufficio) ed il caso in cui per stesso giudice si intende lo stesso ufficio giudiziario (in tal caso il giudice che abbia avuto notizia della pendenza delle due cause lo comunica al presidente del tribunale che dispone che le due cause vengano chiamate ad una stessa udienza davanti ad uno stesso giudice in modo che quest'ultimo possa disporre la riunione).

La riunione trovava un ostacolo nella diversità di rito ma dal 1990 si è stabilito che tra due cause connesse ma di rito diverso prevale quella col rito ordinario presso il cui giudice si decidono entrambe le cause.

Ai fenomeni di riunione e separazione può essere avvicinato quello del trasferimento del processo dal giudice incompetente a quello competente, infatti se la causa è riassunta innanzi al giudice dichiarato

competente nel termine di 6 mesi dalla comunicazione della relativa sentenza, il processo continua innanzi al nuovo giudice, altrimenti si estingue.

61. Il processo in contumacia.

Ricordando che le parti sono già tali, l'una per aver proposto la domanda e l'altra per essere stata regolarmente citata, ricordiamo che esse non sono obbligate ma solo onerate alla partecipazione attiva al processo che si concreta nella loro costituzione, e che può anche non avvenire.

La mancata costituzione di una delle parti dà luogo alla **contumacia**, che è la situazione di inattività unilaterale nell'ambito del principio della libera disponibilità della tutela, che consegue al mancato esercizio del potere-onere di costituzione di una parte e che va dichiarata previa verifica dei suoi presupposti. L'ulteriore svolgimento del processo dopo questa dichiarazione dà luogo al cd. Processo contumaciale.

La contumacia è una situazione di fatto, cioè la situazione in cui si trova una parte che dopo aver proposto la domanda o dopo essere stata regolarmente citata non si costituisce nemmeno alla prima udienza. Questa situazione diviene di diritto con la **dichiarazione di contumacia** (la cui mancanza non è motivo di nullità che si verifica solo se si sia concretamente ed effettivamente omissa di applicare qualcuna delle regole dettate a tutela della posizione di colui che avrebbe dovuto essere dichiarato contumace) alla quale consegue l'applicabilità delle norme sul processo in contumacia.

La disciplina del processo in contumacia è ispirata dalla funzione di limitare il pregiudizio che il contumace subisce per effetto della sua assenza. La dichiarazione deve essere fatta alla prima udienza.

I presupposti per la dichiarazione di contumacia sono:

- a) in caso di mancata costituzione dell'attore la legge richiede la dichiarazione del convenuto, di voler continuare il processo; mancando questa dichiarazione, la causa va cancellata (art. 290 c.p.c.);
- b) in caso di mancata costituzione del convenuto, il giudice all'udienza di prima comparizione verifica d'ufficio la regolarità della notificazione della citazione.

In caso di regolarità il giudice dichiara contumace il convenuto ma, se rileva un vizio, ne dispone la rinnovazione (concede all'attore un termine perentorio per rinnovare la citazione) (art. 291 c.p.c.) per un'udienza successiva nella quale, in caso di protratta mancata costituzione, dichiarerà la contumacia.

Dopo la dichiarazione di contumacia il processo si svolge secondo le regole normali, a cui si sovrappongono quelle dettate con specifico riguardo al procedimento in contumacia.

Queste regole riguardano:

- prima di tutto l'introduzione a carico della parte costituita dell'onere di notificare personalmente al contumace alcuni atti che a loro volta introducono altri oneri pesanti o conseguenze gravi, quali l'ordinanza che ammette l'interrogatorio formale o il giuramento nonché gli atti contenenti domande nuove o riconvenzionali, se ammissibili (art. 292 c.p.c.), atti che nel processo di solito non vanno notificati poiché la parte costituita viene a conoscenza di essi attraverso il difensore.

Tutti gli altri atti non sono soggetti a notificazione o comunicazione (le sentenze sono notificate alla parte personalmente).

- Secondo, l'ingresso nel processo è facilitato per il contumace in quanto la legge consente la cd. Costituzione tardiva: Il contumace può costituirsi tardivamente fino all'udienza di rimessione in decisione (art. 293, 1° e 2° comma c.p.c.).
 - In + sono previste alcune deroghe alla regola generale secondo cui chi entra tardivamente nel processo non può compiere atti che nel momento in cui entra sarebbero preclusi; una di queste deroghe è quella che prevede la possibilità per il contumace di disconoscere le scritture private prodotte contro di lui (art. 293, 3° comma c.p.c.), mentre, con riguardo alle preclusioni maturate nei suoi confronti, può chiedere la rimessione in termini, se dimostra la nullità della notificazione o altra causa di impedimento alla partecipazione tempestiva al processo a lui non imputabile; il giudice provvede con ordinanza, eventualmente previa prova sulla non imputabilità dell'impedimento (art. 294 c.p.c.).
- Se invece il contumace che si costituisce tardivamente non chiede o non ottiene la rimessione in termini, non può che accettare il processo nello stato in cui si trova, con la conseguenza che non può compiere attività già precluse alle altre parti.

Gli effetti della dichiarazione di contumacia sono limitati al grado nel quale la situazione si verifica.

62. La sospensione del processo (artt. 295-298 c.p.c.).

La **sospensione** è un arresto temporaneo, ma totale dell'iter processuale a causa di un determinato evento e fino alla cessazione dell'evento stesso.

Non si verifica automaticamente ma a seguito di un provvedimento.

La sospensione può essere:

- a) **volontaria**, su istanza concorde delle parti, per non più di quattro mesi (art. 296 c.p.c.);
- b) oppure **necessaria** per pregiudizialità, quando la decisione della causa dipende dalla soluzione di altra controversia che pende davanti allo stesso o ad altro giudice (art. 295 c.p.c.).

La sospensione è necessaria nel senso che non presuppone alcuna valutazione di opportunità, ma solo la sussistenza del rapporto di pregiudizialità. Dal che consegue l'estraneità al sistema della sospensione facoltativa.

Può essere evitata quando è possibile la pronuncia *incidenter tantum* o la riunione delle cause; non può essere evitata se è necessaria la pronuncia con efficacia di giudicato sulla questione pregiudiziale, o quando il diverso stato della controversia pregiudicante e di quella pregiudicata impediscono la rimessione al giudice della causa principale o quello adito preventivamente o la riunione delle cause.

La sospensione non è più impedita dall'eventuale differenza di riti.

La sospensione è disposta dall'organo decidente (ma la cassazione è possibilista anche rispetto a provvedimenti dell'istruttore) con 1 provvedimento che, secondo la cassazione, è un'ordinanza e che è impugnabile col regolamento di competenza (art. 42 c.p.c.) se dispone la sospensione.

Un caso di sospensione è quello configurato dall'art. 337 c.p.c che considera sta l'eventualità che sulla questione pregiudiziale sia già intervenuta una sentenza. Se tale sentenza è passata in giudicato il giudice della questione pregiudicata dovrà adeguarsi ad essa; se non è passata in giudicato non è vincolante nel senso che, il giudice potrà anche non sospendere, giudicando liberamente.

Durante la sospensione rimangono interrotti i termini per il compimento di atti processuali, quindi non possono compiersi atti del processo tranne quelli urgenti.

Questa stasi processuale è solo parziale in alcuni casi particolari di sospensione, nel senso che anche se il processo è fermo nel suo iter normale, continua a svolgersi in sede particolare.

Ciò accade quando è proposto il regolamento di giurisdizione; il regolamento di competenza; la querela di falso ecc.

Tra questi casi particolari di sospensione rientra quella prevista per l'ipotesi che venga sollevata (anche d'ufficio) una questione di illegittimità costituzionale, che il giudice ritenga non manifestamente infondata. Nel corso di un giudizio innanzi all'autorità giurisdizionale una delle parti o il PM possono sollevare questioni di legittimità con apposita istanza. L'autorità giurisdizionale, se il processo non può proseguire indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o se non ritiene che la questione sia manifestamente infondata, emette ordinanza con cui dispone la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e sospende il giudizio in corso. La natura pregiudiziale della questione di legittimità costituzionale provoca l'impossibilità di definire il giudizio prima della risoluzione della questione stessa. Inoltre la legge richiede che la questione sia non manifestamente infondata, valutazione che spetta all'organo che normalmente dovrebbe applicare la norma, e perciò di regola all'organo giudicante la cui pronuncia sarà o di sospensione, o di rimessione degli atti alla Corte costituzionale o di rigetto dell'eccezione. Nel primo caso la sospensione durerà fino a quando il procedimento innanzi alla corte costituzionale non raggiunga la pronuncia (che se positiva rende la norma inapplicabile nei confronti di chiunque a partire dal giorno successivo la sua pubblicazione), se è negativa (di rigetto) esaurisce i suoi effetti nel processo in corso; nel secondo caso il giudizio proseguirà regolarmente (salva possibilità di riproporre la questione nei gradi successivi) attraverso il meccanismo della riassunzione del processo sospeso prevista all'art 297.

Quindi, come, dopo la sospensione, il processo riprende il suo iter normale?

L'ipotesi normale è che il g.i. con l'ordinanza con cui dispone la sospensione, fissa l'udienza in cui il processo deve proseguire.

Se non c'è udienza previamente fissata, se si tratta di sospensione necessaria, entro 6 mesi dalla conoscenza della cessazione della causa di sospensione le parti devono chiedere al giudice la fissazione dell'udienza. Nel caso di sospensione concordata invece, la domanda deve essere proposta 10 giorni prima della scadenza del

termine dei 4 mesi. La forma dell'istanza di riassunzione è quella del ricorso diretto al G.I.. Il decreto, steso in calce al ricorso, è notificato alle altre parti.

L'inosservanza del termine per l'istanza di riassunzione fa estinguere il processo.

63. L'interruzione del processo la sua riassunzione (artt. 299-305 c.p.c.).

È un istituto volto a regolare la situazione che si determina quando un certo evento colpisce uno dei soggetti del processo medesimo.

L'interruzione consiste, come la sospensione, nell'arresto dell'iter processuale ma sono diverse le cause (in questo caso sono eventi che compromettano l'effettività del contraddittorio in ogni fase del giudizio – esclusa solo la fase di cassazione dove opera l'impulso d'ufficio- come la morte di una parte, perdita della sua capacità ecc) e diversa la funzione (in quanto l'interruzione punta ad evitare pregiudizi che potrebbero derivarne per la parte colpita dall'evento).

Con l'interruzione, la legge blocca il processo finché non sia ristabilita l'effettività del contraddittorio ma per non più di 6 mesi, il cui eventuale decorso senza restaurazione del contraddittorio darebbe luogo all'estinzione.

Gli eventi interruttivi possono riguardare la parte, il suo rappresentante, e il suo difensore .

Gli eventi che possono colpire la parte (elencati nell'art. 299 c.p.c.) sono:

1. La morte o morte presunta o scomparsa della parte = questo da luogo al sub ingresso del successore che infatti non avviene in modo automatico ma solo dopo la sua spontanea iniziativa.
2. La perdita della capacità processuale (o meglio della legittimazione processuale) della parte per interdizione, inabilitazione, dichiarazione di fallimento etc.
3. La morte o la perdita della capacità processuale del rappresentante legale (ma non di quello volontario);
4. La cessazione della rappresentanza legale (ma non di quella volontaria o organica) con la conseguente perdita della legittimazione processuale del rappresentante (perché ad esempio il minore ha raggiunto la maggiore età).

[per la persona giuridica sono i fatti che determinano il venir meno del soggetto (es. estinzione) o quelli che incidono sul suo modo di partecipazione alla vita giuridica (es. fallimento)]

Gli eventi che colpiscono il difensore, elencati nell'art. 301 c.p.c., sono: la sua morte, radiazione o sospensione dall'albo (esclusa la revoca della procura, la rinuncia o la cancellazione volontaria dall'albo).

A) Se l'evento colpisce **la parte**:

1. **prima della sua costituzione** e se non è scaduto il termine x la costituzione stessa l'interruzione è automatica (salva la costituzione spontanea di coloro ai quali spetta proseguire il giudizio: successore, il rappresentante legale, il minore divenuto maggiorenne ecc o salvo la loro citazione in riassunzione da parte dell'altra parte) = in tal caso il provvedimento del giudice ha efficacia solo dichiarativa;
2. **dopo che la parte che subisce l'evento** si sia costituita in giudizio a mezzo di difensore-procuratore. In questo caso l'interruzione si verifica solo se e quando questo (procuratore) dichiarerà in udienza o notificherà alle altre parti l'evento interruttivo. Con tale dichiarazione il processo è interrotto salvo che vi sia la costituzione spontanea o la riassunzione di coloro ai quali spetta proseguire il processo. In mancanza di tale dichiarazione o notifica da parte del procuratore , il processo prosegue nei confronti della parte che ha subito l'evento, ancorché defunta o estinta, ma processualmente ancora in vita , ed il procuratore si assume la responsabilità della prosecuzione qualora non sia stata concordata con coloro che avrebbero dovuto succedere alla parte suddetta.

Tutto ciò nel caso in cui la parte si sia costituita a mezzo procuratore, poiché se la parte fosse costituita personalmente, l'interruzione sarebbe automatica. Se poi l'evento riguarda la parte dichiarata contumace l'interruzione si verificherà solo dal momento in cui il fatto sia notificato o certificato dall'ufficiale giudiziario.

3. se, invece l'evento si verifica dopo che, avvenuta la rimessione in decisione, **siano scaduti i termini** per il deposito delle memorie di replica, non ha effetti salvo il caso di riapertura dell'istruzione. Se si verifica durante il termine per impugnare, interrompe tale termine.

B) Se l'evento colpisce il **difensore procuratore: l'interruzione è automatica** salvo facoltà della parte di delegare altro difensore.

Per quanto riguarda la **continuazione del processo** avviene o con la costituzione spontanea delle persone alle quali spetta proseguire il giudizio(si parla di prosecuzione) o con la loro citazione in riassunzione (appunto riassunzione)

- Nel primo caso (**costituzione spontanea**) La parte che intende proseguire il processo deve chiedere al giudice la fissazione dell'udienza. Se non è fissata alcuna udienza, la parte interessata è onerata a chiederne la fissazione con ricorso al giudice o al presidente, che fissa udienza con decreto in calce al ricorso, da notificarsi personalmente a coloro che debbono costituirsi per la prosecuzione.
- Nel secondo caso (**citazione in riassunzione**) La riassunzione ha luogo per iniziativa dell'altra parte. Quindi è l'altra parte che chiede la fissazione dell'udienza e la parte che riassume ha l'onere di provare la legittimazione processuale degli eredi (litisconsorti necessari) . La riassunzione deve avvenire davanti allo stesso tribunale dinanzi al quale era pendente il processo al momento in cui si è determinata l'interruzione , se la parte che ha ricevuto la notificazione nn si costituisce il processo prosegue in contumacia.

Anche in caso di interruzione Sia la prosecuzione che la riassunzione devono avvenire nel termine di 6 mesi dalla data in cui le parti abbiano avuto conoscenza dell'interruzione, altrimenti il processo si estingue.

L'interruzione del processo produce gli stessi effetti della sospensione: si può dire che l'interruzione è una forma di sospensione. Nessun atto può essere compiuto, nessun termine può venire a maturazione.

64. L'estinzione del processo (306-310)

È l'arresto anticipato del processo , senza che si arrivi alla pronuncia definitiva,per una causa che impedisce la sua prosecuzione.

L'estinzione è un istituto che è stato introdotto nel processo civile nel 1940, prima infatti esiste un istituto diverso che era la perenzione (se nessuna delle parti poneva in essere un atto processuale in un periodo di tempo di tre anni il processo si estingueva con una sentenza che dichiarava la perenzione del processo l'efficacia di tale istituto era la stessa di quella dell'estinzione).

Funzione dell'**estinzione** del processo è quella di evitare la sua prosecuzione quando l'accordo delle parti o la loro inerzia o il loro comportamento concludente (es. inattività) ne rivela l'inutilità.

Le cause dell'estinzione sono due:

a) **L'estinzione per rinuncia agli atti** (art. 306 c.p.c.) La rinuncia agli atti è l'espressa dichiarazione di volontà dell'attore di porre fine al processo senza giungere alla sentenza definitiva di merito sulla domanda da lui proposta. Tale dichiarazione per produrre effetto deve essere accettata dalla controparte, la quale potrebbe avere interesse a proseguire il processo (art. 306).

Le dichiarazioni di rinuncia e di accettazione non sono efficaci se contengono riserve o condizioni (se le dichiarazioni hanno un contenuto + complesso, diverso dalla pura rinuncia o accettazione, la legge prevede la “ conciliazione giudiziale” di cui all'art 185 cpc.) e vanno compiute dalle parti personalmente (o da loro procuratori speciali) all'udienza o con atti sottoscritti dalle parti e notificati alle altre parti. Il giudice, verificata la regolarità delle dichiarazioni, dichiara l'estinzione del processo. Chi rinuncia deve rimborsare all'altra parte le spese, salvo diverso accordo.

b) **L'estinzione per inattività delle parti** (art. 307 c.p.c.) L'inattività delle parti costituisce un altro modo di estinzione del processo che può verificarsi immediatamente o dopo un periodo di quiescenza.

In questo caso l'estinzione si ha come conseguenza dell'omissione di determinati atti compresi in un elenco tassativo , tramite questo elenco occorre distinguere casi in cui l'estinzione è conseguenza dell'omissione dell'atto nel termine perentorio, e casi in cui l'estinzione è conseguenza di 2 omissioni , cioè del mancato compimento di un atto che costituiva il rimedio x l'omissione di un precedente atto.

L'estinzione non si determina immediatamente nei casi in cui :

- a) dopo la notificazione della citazione nessuna delle parti si è costituita nel termine ad esse assegnato con la conseguente mancata iscrizione della causa a ruolo (sicché la causa non è mai stata iscritta)
- b) o dopo la costituzione della parti , il giudice ha ordinato la cancellazione dal ruolo

L'estinzione si verifica se la causa non è riassunta nel termine perentorio di un anno dalla scadenza del termine per la costituzione del convenuto o dalla data del provvedimento x la cancellazione, durante il quale la causa resta in quiescenza.

La riassunzione avviene notificazione di una comparsa per la comparizione innanzi all'istruttore o all'organo decidente (se la cancellazione era ordinata da questo); questo atto differisce da un atto di citazione solo perché contiene il richiamo all'atto introduttivo del giudizio e l'indicazione del provvedimento del giudice in base a cui è fatta la riassunzione o della data di notificazione nn seguita dalla costituzione. (la riassunzione ha le caratteristiche della citazione, da notificarsi al procuratore costituito o altrimenti alla parte personalmente)

L'estinzione si verifica, invece immediatamente nei casi di cui all'articolo 181, 2° comma (assenza alla prima udienza dell'attore costituito in mancanza di richiesta del convenuto di procedere e previa fissazione di altra udienza) e all'articolo 290 (contumacia dell'attore senza richiesta del convenuto di procedere) nonché nei casi richiamati dall'articolo 307, 3° comma (mancata osservanza dei termini perentori specificamente previsti).

L'estinzione si determina immediatamente se le parti, alle quali spetta rinnovare la citazione, proseguire riassumere o integrare il giudizio, non vi provvedono nel termine perentorio stabilito dalla legge o fissato dal giudice (es. il convenuto non si costituisce per nullità della citazione e l'attore non provvede a rinnovarla).

L'estinzione è dichiarata con ordinanza dal G.I., e questa viene comunicata alle parti a cura del cancelliere. Contro di essa è ammesso reclamo al collegio, e su di esso il collegio provvede in camera di consiglio con sentenza se respinge il reclamo, con ordinanza non impugnabile se l'accoglie.

L'estinzione rende inefficaci gli atti compiuti eccezion fatta per le sentenze di merito pronunciate nel corso della causa, per le sentenze che regolano la competenza, per le prove raccolte (art. 310).

65. Dichiarazione di effetti dell'estinzione.

L'estinzione opera di diritto, cioè la fine anticipata del processo si verifica immediatamente come conseguenza della fattispecie estintiva, senza bisogno della pronuncia di un provvedimento, anche se è previsto un provvedimento dichiarativo dell'estinzione, cioè che si limita a dare atto di un fenomeno che si è già verificato e che ha già prodotto i suoi effetti.

Il processo, sebbene estinto di diritto, può rivivere se, essendo di fatto proseguito (per il mancato rilievo dell'estinzione) la parte interessata all'estinzione stessa nn abbia proposto tempestivamente l'eccezione

Il provvedimento è soggetto a controllo attraverso la possibilità di impugnazione.

- Se l'estinzione riguarda una causa in cui giudica il tribunale in composizione collegiale, il provvedimento ha la forma di una sentenza soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione.
- Se l'estinzione è pronunciata dal istruttore, assume la forma dell'ordinanza x la quale si prevede l'impugnazione con reclamo al collegio.

Il reclamo può essere effettuato entro 10 gg dalla pronuncia dell'ordinanza (se avvenuta in udienza) o dalla comunicazione dell'ordinanza medesima ; il reclamo può essere proposto o in udienza con semplice dichiarazione raccolta nel verbale, o con ricorso al giudice istruttore, ricorso che verrà comunicato dalla cancelleria alle altre parti insieme al decreto con cui il giudice definisce il termine x l'eventuale memoria di risposta. Scaduti detti termini il collegio provvede entro 15gg successivi, se respinge il reclamo si pronuncia in camera di consiglio con sentenza definitiva, se lo accoglie si pronuncia con ordinanza non impugnabile.

- Nelle cause in cui giudica il tribunale in composizione monocratica, l'estinzione è dichiarata dal giudice monocratico ed è, in quanto avente natura di sentenza, appellabile o, se dichiarata in sede di appello, ricorribile in cassazione.

Effetti dell'estinzione.

L'estinzione del processo non estingue l'azione (art. 310, 1° comma), che può essere riproposta purché non sia già stata pronunciata sentenza sul merito, che passerebbe in giudicato, anche se non definitiva.

Infatti l'estinzione rende inefficaci gli atti compiuti ma non le sentenze di merito pronunciate durante il processo. Le sentenze eventualmente pronunciate sul rito restano inefficaci in futuri giudizi, comprese quelle sulla competenza, salvo che siano state pronunciate dalla cassazione in sede di regolamento di competenza (art. 310, 2° comma) nel qual caso manterrebbero la loro efficacia in un'altro eventuale giudizio.

Anche le prove raccolte nel processo estinto perdono efficacia, però possono essere valutate dal giudice in un eventuale altro processo ai sensi dell'articolo 116, 2° comma c.p.c.

Se l'estinzione riguarda una o alcune delle + cause connesse, questa è difficile che si verifichi per inerzia delle parti, ma può verificarsi quando la rinuncia agli atti si è limitata ad uno o + delle cause connesse e trattate congiuntamente.

Diversa dall'estinzione è la **cessazione della materia del contendere** -per la quale non è prevista una autonoma via processuale per la fine del processo- che è il riflesso processuale del mutamento della situazione sostanziale nel senso del venir meno della ragione del giudizio sia per ragioni obiettive (morte del coniuge in un giudizio di separazione) sia subbiettive (rinuncia alla pretesa). Questo mutamento potrebbe essere una delle ragioni che sta a monte dell'estinzione sia x rinuncia sia x inattività delle parti; l'eventuale prosecuzione del processo da luogo ad una sentenza dichiarativa che dà atto del venir meno della pretesa o appunto della cessazione della materia del contendere.

CAPITOLO VII

Processo di cognizione davanti al giudice di pace (art. 311 e ss. c.p.c.)

66. La soppressione dell'ufficio del pretore ha provocato l'eliminazione delle disposizioni comuni ai procedimenti davanti al pretore e al giudice di pace, cioè le modifiche apportate in occasione della istituzione del giudice di pace riguardano 3 articoli di cui 2 regolano oggi solo il procedimento davanti al giudice di pace (art. 311 e 313) e il terzo (312) è stato abrogato in quanto riprodotto all'art.281-ter a cui si fa rinvio per definire i poteri istruttori del giudice.

67. La disciplina del procedimento davanti al giudice di pace è notevolmente semplificata.

L'articolo 311 c.p.c. compie un generale richiamo alla disciplina del procedimento davanti al tribunale per tutto ciò che non è espressamente regolato dal presente titolo o in altre disposizioni.

L'art. 313 si riferisce all'hp che venga proposta la querela di falso x la quale la competenza è riservata al tribunale, per questa hp dispone che se il giudice ritiene rilevante il documento impugnato sospende il giudizio e rimette le parti innanzi al tribunale x il relativo procedimento, potendo inoltre disporre, su istanza di parte, che la trattazione della causa prosegua davanti a se x quelle domande che possono essere decise indipendentemente dal documento impugnato.

Vera e propria disciplina del procedimento innanzi al giudice di pace.

Il giudice di pace è un giudice a struttura unitaria personale che decide secondo equità le cause il cui valore non supera i 2 milioni di lire (113).

Nel sistema precedente il potere di decidere secondo equità stava al conciliatore che era un giudice cd. Onorario (non di carriera e che prestava la sua opera senza retribuzione) per la cui nomina non erano

richiesti studi qualificati. Era quindi una persona saggia (conciliatore) che assolveva le cd. **Funzioni non contenziose**.

Queste funzioni sono rimaste in capo al giudice di pace che però a differenza del conciliatore è in possesso delle cognizioni derivanti dalla laurea in giurisprudenza oltre che una certa esperienza personale.

Tali funzioni si impernano sull'attività conciliativa chiesta al giudice di pace al di fuori del giudizio ed indipendentemente da questo, anzi col proposito di evitarlo.

Alle funzioni non contenziose la legge dedica l'art 322 c.p.c. che dispone che l'istanza per la conciliazione in sede non contenziosa è proposta anche verbalmente al giudice di pace competente per territorio e che il processo verbale di conciliazione in sede non contenziosa costituisce titolo esecutivo se la controversia rientra nella competenza del giudice di pace mentre negli altri casi ha valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio.

Se la conciliazione riesce, il relativo verbale costituisce titolo esecutivo, ma solo se la controversia appartiene alla competenza del giudice di pace (art. 322, 2° comma c.p.c.). Il che implica la possibilità di richiedere la sola conciliazione anche al giudice di pace non competente per il merito (attività conciliativa extragiudiziale).

Le norme dedicate alle **funzioni contenziose** del giudice di pace, in deroga alla disciplina del procedimento davanti al tribunale, sono (oltre all'articolo 313 c.p.c., riguarda la sospensione nel caso della proposizione della querela di falso per la quale la competenza, è riservata al tribunale):

L'art **316** (che riguarda la proponibilità della domanda in forma orale) nel ribadire che la domanda si propone con citazione ad udienza fissa, consente altresì al 2° comma la proposizione verbale, quale che sia il valore della controversia

L'art **317** che riguarda la facoltà della parte di farsi rappresentare davanti al giudice di pace (anche da persone che non siano professionisti forensi) da persona munita di mandato scritto in calce alla citazione o in atto separato, salvo che il giudice ordini la loro comparizione personale.

L'art. **318**, 1° comma, semplifica il contenuto della domanda stabilendo che i requisiti essenziali di questa sono solo l'indicazione del giudice e delle parti, l'esposizione dei fatti e l'indicazione dell'oggetto, nn è richiesta l'indicazione delle ragioni di diritto su cui si fonda la domanda e nn viene menzionato l'onere dell'attore di indicare nella citazione i documenti che offre in comunicazione; il 2° comma dispone che i termini a comparire sono sempre quelli previsti dall'art. 163-bis ridotti alla metà; mentre il 3° comma prevede che se la citazione indica un giorno nel quale il giudice non tiene udienza, la comparizione è d'ufficio rimandata all'udienza immediatamente successiva.

L'art. **319**, prevede la possibilità per le parti di costituirsi direttamente il giorno dell'udienza. Pertanto la costituzione delle parti si effettua depositando in cancelleria la citazione o il processo verbale con la relazione di notificazione e quando occorre, la procura, oppure presentando tali documenti al giudice in udienza; nn è necessario il deposito della comparsa di risposta da parte del convenuto che può svolgere le sue difese anche verbalmente all'udienza. Se le parti che nn hanno precedentemente dichiarato la residenza o eletto domicilio nel comune in cui ha sede l'ufficio del giudice di pace, devono farlo con dichiarazione ricevuta nel processo verbale al momento della costituzione.

L'art. **320** disciplina la trattazione della causa secondo forme semplificate rispetto a quelle previste per il processo davanti al tribunale e al pretore. L'articolo dopo aver previsto come primo adempimento l'interrogatorio libero delle parti ed il tentativo di conciliazione con eventuale redazione del processo verbale, dispone che il giudice di pace, se la conciliazione nn riesce invita le parti a precisare definitivamente i fatti che ciascuna pone a fondamento della propria domanda, difese ed eccezioni, a produrre i documenti e a chieder i mezzi di prova da assumere. Precisare i fatti implica la possibilità di allegare nuovi fatti (differenza rispetto al processo innanzi al tribunale) rimane fermo il divieto di nuove domande. Se è necessario in seguito alle attività svolte in prima udienza può essere fissata un'udienza successiva per ulteriori produzioni e richieste di prova. I documenti prodotti dalle parti possono essere inseriti nel fascicolo d'ufficio e conservati fino alla definizione del giudizio.

L'art. 321 disciplina la decisione disponendo che il giudice di pace, quando ritiene matura la causa per la decisione, invita le parti a precisare le conclusioni e a discutere la causa senza scambi di scritture defensionali.

La sentenza è depositata in cancelleria entro quindici giorni dalla discussione.

Come è evidente sembra che la decisione sia pronunciata sempre a seguito di discussione orale, e che non sia prevista la lettura in udienza né della sentenza completa di motivazione e dispositivo né del solo dispositivo. Evidentemente esigenze di semplificazione hanno consigliato di non prevedere come obbligatoria una trattazione scritta dopo la precisazione delle conclusioni la quale tuttavia può essere disposta quando sia richiesta dalle parti o sia opportuna in considerazione della complessità della controversia

- Le sentenze del giudice di pace sono appellabili senza limiti se pronunciate in cause di valore superiore a 1100 euro e per violazione di norme di rango superiore (norme sul procedimento, norme costituzionali, norme comunitarie..) se rese nelle cause di valore inferiore a 1100 euro.

Riassumendo: Il processo di cognizione davanti al giudice di pace si presenta più semplice e diverso da quello davanti al tribunale soprattutto nella fase introduttiva. Innanzitutto, è previsto che la domanda può essere presentata anche oralmente. In questo caso l'attore si presenta davanti al giudice di pace in giorni prestabiliti esponendo i fatti: di tale esposizione sarà redatto processo verbale che lo stesso attore dovrà notificare alla controparte con l'invito a comparire ad udienza fissa. Inoltre, davanti al giudice di pace ci si può costituire anche senza il difensore nelle cause di valore non superiore ad euro 516,46 o se si è autorizzati dallo stesso giudice (art. 82 c.p.c.). Infine i termini di comparizione delle parti sono ridotti alla metà rispetto a quelli previsti dall'art. 163 *bis* c.p.c.

CAPITOLO 8

LE IMPUGNAZIONI

Sez. I - Impugnazioni in generale

68. Nozione e funzione dell'azione in generale.

Il processo di cognizione può essere articolato in 3 fasi: 1° 2° e cassazione.

“può essere” perché l'eventuale svolgimento delle fasi successive al 1° è lasciato all'iniziativa della parte che è rimasta insoddisfatta dall'esito della precedente fase di giudizio. A questa parte è attribuito un potere di iniziativa teso ad introdurre la nuova fase di giudizio, tale iniziativa si chiama impugnazione e tende a contestare il provvedimento contro cui si rivolge.

L'impugnazione è una contestazione che può aver ad oggetto sia un atto (ed in questo caso tende a far valere un vizio dello stesso) sia un provvedimento (in questo caso può tendere alla semplice eliminazione, sostituzione o modifica della sentenza invalida o ingiusta con altro provvedimento).

Considerando questa seconda ipotesi si capisce che quindi l'impugnazione presuppone l'avvenuta pronuncia di un provvedimento, rispetto al quale la parte impugnante lamenta un pregiudizio, e come termine, indica sia l'atto introduttivo della nuova fase, sia la fase stessa.

Il significato specifico che interessa a noi è di contestazione di una sentenza (323 c.p.c)

Con il termine “impugnare” quindi si indica il potere conferito ad una parte di rimuovere, riformare, il provvedimento del giudice che essa ritiene ingiusto o illegittimo.

Il potere di impugnazione è uno dei poteri che rientrano nell'esercizio dell'azione. È facoltà della parte esercitare o meno questo potere. Se lo esercita introduce una nuova fase di giudizio, altrimenti compie una implicita rinuncia all'impugnazione ed in sostanza un'accettazione del provvedimento.

La funzione dell'**impugnazione** di un provvedimento di un giudice in generale è quella di eliminarlo, sostituirlo o modificarlo.

Le impugnazioni sono dette *necessarie* quando la loro mancata proposizione nei modi e nei termini di legge, rende il provvedimento incontrovertibile; tali sono le impugnazioni elencate dall'art. 324 c.p.c..

L'incontrovertibilità si verifica se:

- L'impugnazione nn viene proposta nel termine
- Si esaurisce la serie possibile di impugnazioni , cosicché verrà a mancare ogni ulteriore possibilità di contestazione e l'ultima pronuncia avrà il carattere di incontrovertibilità .

Il fatto che la serie di impugnazioni sia limitata è il mezzo con cui l'ordinamento consegue l'incontrovertibilità della pronuncia. Questo è un fenomeno processuale che consiste nell'esaurimento della possibilità di esercitare una serie di poteri processuali, fenomeno che l'art 324 c.p.c. chiama “ cosa giudicata formale o processuale” che a sua volta introduce il giudicato in senso sostanziale , fenomeno x cui l'accertamento passato in giudicato fa stato tra le parti , loro eredi o aventi causa, cioè il diritto sostanziale deve essere considerato incontrovertibilmente accertato.

Agli effetti dell'efficacia esecutiva l'ordinamento può accontentarsi di un livello di certezza inferiore a quello massimo conseguibile, ma sufficiente per fondare su di esso l'efficacia costitutiva della sentenza. Questa efficacia esecutiva è infatti propria di tutte le sentenze di 1°. Ciò risulta anche dall'art 337 secondo cui “ esecutorietà delle sentenza nn è sospesa per effetto dell'impugnazione delle stesse”.

I mezzi di impugnazione sono: il *regolamento di competenza*, l'*appello*, il *ricorso per Cassazione*, la *revocazione*, l'*opposizione di terzo* (art. 323 c.p.c.).

- a differenza della domanda giudiziale, si dirigono contro un provvedimento del giudice;
- il provvedimento del giudice verso cui si dirigono è la sentenza, non l'ordinanza; tuttavia nel caso in cui il giudice abbia erroneamente attribuito la forma dell'ordinanza ad un provvedimento che, doveva avere la forma della sentenza, essa sarà soggetta ad impugnazione solo se abbia definito il giudizio

69. Condizioni delle impugnazioni contro le sentenze.

a) interesse a impugnare, che consiste nell'interesse ad ottenere modifica sostituzione ed eliminazione di un provvedimento , questo interesse si manifesta solitamente nella soccombenza formale, divergenza tra il chiesto e l'ottenuto, ma che può verificarsi, anche indipendentemente da questo dato formale, per quel margine di vantaggio oggettivo che può emergere dal raffronto tra la sentenza impugnata e la sentenza che la sostituirebbe qualora l'impugnazione fosse accolta.

[soccombenza pratica, cioè dall'essere rimasto totalmente o parzialmente soccombente rispetto alla domanda. In casi eccezionali e cioè nelle impugnazioni immediate avverso sentenze non definitive su questioni e nel regolamento necessario di competenza rileva tuttavia anche la soccombenza teorica cioè l'essere rimasto soccombente rispetto ad una questione]

b) legittimazione ad impugnare, che presuppone la qualità di parte nella fase pregressa quindi essere stati parti nel giudizio conclusosi con la sentenza impugnata; eccezionali infatti sono le ipotesi in cui legittimato ad impugnare è un terzo o il pubblico ministero che non abbia partecipato al giudizio

c) possibilità giuridica di impugnare, ossia l'obiettiva impugnabilità del provvedimento prevista dalla legge , che di regola va riferita alla forma del provvedimento o a quella che esso avrebbe dovuto assumere e che non ha assunto per errore nell'impiego delle forme (ad esempio un provvedimento ordinatorio con la forma della sentenza.)

In linea di massima si deve ritenere che i mezzi di impugnazione concretamente proponibili sono quelli che la legge prevede per ciascun provvedimento così come esso si presenta sotto il profilo formale.

Salvi i casi eccezionali in cui questo aspetto formale sia soltanto apparente e quelli in cui la legge stessa consente di attribuire rilievo alla sostanza. Tipico, se non unico, tra questi ultimi casi, quello del ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost. ricorso che la norma costituzionale prevede come proponibile contro le sentenze, utilizzando palesemente questo termine per indicare ogni provvedimento giudiziale idoneo al giudicato.

Per quanto riguarda l'individuazione del mezzo di impugnazione quindi del tipo di azione esercitata e del provvedimento conseguentemente emanato, sempre agli effetti dell'assoggettamento all'uno piuttosto che all'altro mezzo di impugnazione la giurisprudenza considera determinante la qualificazione del provvedimento, eventualmente effettuata dal giudice nella pronuncia della cui impugnazione si tratta.

In mancanza di tale qualificazione ci si deve riferire al tipo di tutela chiesto con la domanda.

Se manca una delle condizioni dell'impugnazione questa è inammissibile.

Sul piano logico (talora anche sul piano pratico) il giudizio di impugnazione si scinde tra una fase rescindente (che contiene la critica alla decisione impugnata e tende a demolirla) e una fase rescissoria (tendente alla sostituzione del provvedimento con altro provvedimento).

70. *Classificazione e tipologia dell'impugnazione contro le sentenze.*

Le impugnazioni vengono classificate e distinte secondo diversi criteri:

a) **Primo criterio.** Una prima distinzione è fondata sulla *ragione dell'impugnazione* ossia su ciò che si lamenta nel provvedimento impugnato.

Un provvedimento può essere affetto da un vizio del provvedimento, quindi un vero e proprio errore (error in procedendo se si assuma violata una norma processuale, o error in iudicando se si assuma violata una norma sostanziale o un criterio di giudizio) o lo si può ritenere semplicemente ingiusto, quindi non affetto da errori ma considerato fondato su una ingiusta valutazione del giudice.

La dottrina, perciò, distingue tra:

- *impugnazioni di legalità*: rimedi di legalità o impugnazioni in senso stretto che investono i vizi del provvedimento (come ad esempio il ricorso in cassazione)
- *impugnazioni di giustizia*: o mezzi di gravame che sono le impugnazioni che investono il provvedimento nella sua giustizia es. tipico l'appello

Nel ns ordinamento tale distinzione "pura" è teorica, esiste però una distinzione tra :

- 1) mezzi a motivi illimitati o cd *a critica libera* che sono i rimedi concessi per far valere oltre che i vizi anche la semplice ingiustizia (solo l'appello)
- 2) mezzi a motivi limitati o cd. *a critica vincolata* che sono i rimedi concessi per valere solo i vizi (ricorso in cassazione, revocazione).

B) Secondo criterio. Il vizio di nullità come ragione dell'impugnazione.

Degli specifici mezzi di impugnazione di giustizia (appello) e legalità (ricorso x cassazione), l'appello risulta essere l'unico mezzo x far valere le nullità delle sentenze di 1° mentre x le nullità delle sentenze di 2° o non appellabili tale mezzo è il ricorso x cassazione.

La regola dell'assorbimento dei vizi di nullità nei motivi di gravame consiste nel ricondurre ogni possibilità di far valere i vizi di nullità che inficiano la sentenza alle modalità dell'appello o del ricorso x cassazione. Quindi se il vizio non è fatto valere nei termini e con le modalità dell'impugnazione, l'esaurimento

della impossibilità di impugnazione stessa determina la sanatoria del vizio in quanto da luogo alla incontrovertibilità propria della cosa giudicata. (ex art 161)

c) *Terzo criterio. Con riguardo all'attitudine a determinare la cosa giudicata.*

L'art. 324 oltre all'elencazione dei mezzi di impugnazione la cui proponibilità condiziona il passaggio in giudicato del provvedimento, introduce l'altra distinzione tra mezzi:

- **ordinari** la cui proposizione impedisce il passaggio in giudicato della sentenza (regolamento di competenza, appello, ricorso per Cassazione e revocazione ordinaria)
- **straordinari** che possono proporsi anche contro un sentenza passata in giudicato (revocazione straordinaria e opposizione di terzo) e che hanno la funzione di far valere elementi turbativi del giudizio che possono essere conosciuti e venire in rilievo anche a distanza di molto tempo (nel caso di revocazione straordinaria) oppure situazioni particolari che conducono a posizioni soggettive diversa da quelle della parti (casi ke fondano l'opposizione di terzo)

Il legislatore, per far valere questi elementi turbativi eccezionali o situazioni particolari ha previsto mezzi di impugnazione svincolati dal giudicato (x questo straordinari) cioè proponibili senza termine o in un termine di cui nn è fissato il dies a quo, che cioè decorra in modo tale da nn condizionare l'instaurazione del giudicato.

d) *Quarto criterio. Con riguardo alla struttura del giudizio di impugnazione.*

Altra distinzione è quella fondata sul fatto che in molti mezzi di impugnazione la fase di annullamento della sentenza viziata (cd. fase rescindente) si svolge anteriormente e autonomamente da quella della pronuncia di una nuova sentenza destinata a sostituire la prima (cd. fase rescissoria).

Al riguardo infatti si distingue tra

- 1) **mezzi rescindenti** che sono quelli in cui il giudice deve limitarsi ad annullare la sentenza rinviando la decisione al primo giudice (ricorso per difetto di giurisdizione)
- 2) **mezzi rescissori** che sono quelli dove il giudice deve non solo annullare il provvedimento viziato ma anche sostituirlo con il provvedimento corretto

e) *Quinto criterio.*

Ultima distinzione è quella che si fonda *sul giudice dell'impugnazione*. Si distingue tra

- a) mezzi di impugnazione in cui il giudice è lo stesso che ha pronunciato il provvedimento impugnato (revocazione, opposizione di terzo)
- b) mezzi di impugnazione in cui il giudice è diverso da quello che ha pronunciato la sentenza impugnata (appello, ricorso per cassazione).

Nessun mezzo di impugnazione è dotato, ora, di efficacia sospensiva automatica.

71. *Termini e decadenza dall'impugnazione.*

I **termini** per proporre le impugnazioni sono perentori perché la loro decorrenza senza che l'impugnazione venga proposta da luogo alla decadenza dall'impugnazione stessa ed al passaggio in giudicato della sentenza.

Tali termini - 30 giorni per l'appello, la revocazione e opposizione di terzo (art. 325, 1° comma c.p.c.) e 60 giorni per il ricorso per cassazione (art. 325, 2° comma c.p.c.)- decorrono dalla notifica della sentenza (mentre per il regolamento di competenza decorrono dalla comunicazione), notifica che è effettuata ad istanza della parte che è interessata al passaggio in giudicato, al procuratore costituito per l'altra parte.

Nelle impugnazioni straordinarie, invece, il termine o manca del tutto (come nel caso dell'opposizione di terzo semplice) o decorre dal momento in cui si sia verificato un determinato evento (art. 326 c.p.c.).

Se durante la decorrenza del termine, si verifica un evento che potrebbe fondare l'interruzione del processo, il termine è interrotto e il nuovo termine decorre dalla rinnovazione della notificazione della sentenza che può essere effettuata agli eredi nell'ultimo domicilio del defunto (art. 328 c.p.c.).

Indipendentemente dalla notificazione decorre comunque un termine (c.d. lungo) di un anno (oltre al periodo di sospensione feriale) che decorre dalla pubblicazione (art. 327, 1° comma c.p.c.). Questa disposizione non si applica nei confronti della parte contumace che dimostra di non avere potuto conoscere il processo per nullità della citazione o notificazione. Se però dopo 6 mesi dalla pubblicazione della sentenza si verifica uno degli eventi di cui all'art 299, il termine lungo (1 anno) è prorogato per tutte le parti di 6 mesi dal giorno dell'evento.

Per evitare la decadenza che consegue alla decorrenza dei veduti termini perentori (brevi o lunghi) occorre che l'impugnazione sia proposta prima che il termine sia scaduto.

L'atto da compiersi nei suddetti termini per evitare la decadenza è la notificazione dell'impugnazione cioè dell'atto introduttivo del giudizio di impugnazione rivolto al giudice competente. Questa notificazione va fatta con le modalità indicate all'art 330 cioè: nel domicilio eventualmente eletto nell'atto di notificazione della sentenza o altrimenti presso il procuratore costituito nel giudizio pregresso o nel domicilio eletto per quel giudizio (art. 330, 1° comma c.p.c.).

Alla parte contumace l'impugnazione va notificata personalmente.

Se la parte vittoriosa è defunta dopo la notificazione della sentenza, l'impugnazione può essere notificata collettivamente e impersonalmente agli eredi (art. 330, 2° comma).

L'ufficiale giudiziario che ha notificato l'impugnazione deve avvisare x iscritto il cancelliere del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata affinché ne compia annotazione sull'originale.

Infine, dall'impugnazione si può decadere anche per effetto dell'**acquiescenza** (art. 329 c.p.c.), ossia dell'accettazione **espresa** della sentenza o dell'accettazione che è **implicita** nel compimento di atti incompatibili con la volontà di impugnare, come accade anche nell'impugnazione parziale che implica l'acquiescenza alle parti della sentenza non impugnate con la conseguenza che su esse scende il giudicato.

La **decadenza** dà luogo all'inammissibilità dell'impugnazione, che se, ed in quanto, dichiarata, determina la consumazione o consunzione, ossia la non riproponibilità, dell'impugnazione (artt. 358 e 387 c.p.c.). Analoga situazione è prodotta dall'estinzione del processo in sede di impugnazione, che quindi provoca il passaggio in giudicato della sentenza impugnata.

Mentre la mancanza di requisiti che la legge prevede x l'impugnazione dà luogo alla sua inammissibilità, l'omissione di atti di impulso successivi alla notificazione dell'impugnazione dà luogo all'improcedibilità dell'impugnazione.

L'appello

75. Il procedimento d'appello: parti, giudice competente, fase introduttiva, fase di trattazione.

Il giudizio di appello è, davanti alla corte d'appello, interamente collegiale e davanti al tribunale, interamente monocratico, con esclusione, comunque, della fase affidata all'istruttore. Davanti alla corte è eliminata anche la figura dell'istruttore. Le parti sono l'appellante, l'appellato (eventualmente appellante in via incidentale) mentre l'interveniente può configurarsi solo ipoteticamente legittimato all'opposizione di terzo (art. 344 c.p.c.). Competente per l'appello è la corte d'appello rispetto alle sentenze del tribunale e il tribunale in composizione monocratica rispetto alle sentenze del giudice di pace nelle cause di valore superiore a 2 milioni (art. 341 c.p.c.). L'atto introduttivo è all'**atto di appello**, che è un atto di citazione con tutti i suoi requisiti, oltre al requisito proprio dell'indicazione dei motivi specifici di impugnazione (art. 342 c.p.c.), come aspetto particolare della causa pendente. L'atto di appello va notificato nel termine dell'appello. Il primo atto difensivo dell'appellato è la comparsa **di risposta**, che deve contenere a pena di decadenza l'eventuale **appello incidentale** (ciò che postula la costituzione tempestiva) e può essere anche tardivo e/o condizionato. Le modalità di costituzione sono le stesse del giudizio di primo grado. La costituzione dell'appellato sana i vizi della notificazione (ex tunc) e della citazione (ex nunc). Alla prima udienza il collegio provvede agli incumbenti propri di questa udienza, disponendo la comparizione personale delle parti solo quando occorre. L'inammissibilità e l'improcedibilità dell'appello vanno pronunciate con sentenza.

L'inammissibilità consegue alla decorrenza dei termini, all'acquiescenza, al difetto delle condizioni di impugnare, all'inottemperanza all'ordine di integrazione del contraddittorio, alla presenza di domande nuove.

L'improcedibilità consegue alla mancata costituzione dell'appellante, e alla sua mancata comparizione alla prima udienza, ma previa fissazione di altra udienza (art. 348, 1° comma c.p.c.). L'appellante è anche onerato alla produzione della sentenza impugnata, ma non più a pena di improcedibilità (se non nel caso che la mancanza renda impossibile il giudizio). Alla prima udienza il collegio provvede, con ordinanza non impugnabile, sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione, e pronuncia che, in caso di giusti motivi di urgenza, può essere anticipata provvisoriamente, prima della prima udienza, ad opera del presidente, salva conferma, modifica o revoca da parte del collegio (art. 351, 2 e 3° comma c.p.c.).

76. La decisione. La sentenza e i suoi possibili contenuti.

La rimessione in decisione avviene con le stesse modalità del giudizio di primo grado, con l'invito alla precisazione delle conclusioni con l'eventuale fissazione, su richiesta, dell'udienza di discussione: la quale discussione, nel giudizio davanti alla corte, deve essere nuovamente richiesta al presidente alla scadenza dei termini per le memorie (art. 352, 2° comma) mentre, nei giudizi davanti al tribunale, è alternativa alle memorie. L'eventuale ammissione di prova costituenda è disposta con ordinanza dell'organo decidente, che poi provvederà all'assunzione (art. 356, 1° comma). La sentenza del giudizio d'appello è di **secondo grado**, anche se pronuncia la nullità del giudizio di primo grado, salvi casi eccezionali nei quali il giudice di appello deve rimettere la causa giudice di primo grado, elencati nell'articolo 354 e cioè: inesistenza del giudizio di primo grado; nullità della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado; mancata integrazione del contraddittorio; mancata estromissione oltre all'ipotesi dell'articolo 353, 1° comma: sussistenza della giurisdizione negata dal primo giudice. L'attuazione della rimessione al primo giudice è affidata all'iniziativa della parte che vi ha interesse, con la notifica della comparsa di riassunzione nel termine perentorio di 6 mesi dalla notificazione della sentenza. Se viene proposta querela di falso alla corte d'appello, questa sospende il giudizio fissando il termine perentorio per la riassunzione innanzi al tribunale competente in via esclusiva (art. 355 c.p.c.). La rinuncia agli atti (come anche l'estinzione) in appello danno luogo al passaggio in giudicato della sentenza di primo grado.

SEZIONE III: il ricorso per Cassazione e il giudizio di rinvio

77. Funzione del ricorso per cassazione.

Il ricorso in cassazione è un'impugnazione ordinaria (come l'appello) nel senso che la possibilità della sua proposizione impedisce il passaggio in giudicato della sentenza. A differenza dell'appello però non ha di solito effetto devolutivo nel senso che non introduce una rinnovazione del giudizio e perciò non può essere considerato una terza istanza di giudizio. Ciò vuol dire che non dà luogo ad una nuova valutazione del merito della causa, ma solo ad una revisione delle attività processuali che hanno portato alla sentenza (per verificare la sussistenza di errori in procedendo) e ad una revisione del giudizio di diritto reso con la sentenza (per verificare la sussistenza di errori in giudicando).

È un mezzo con cui si possono far valere solo errori nel procedere o giudicare, quindi solo vizi, è esclusa la verifica della generica ingiustizia. Si parla quindi di un mezzo a critica vincolata dai motivi, per vizi di giudizio (è quindi un rimedio di legalità).

Il ricorso non ha effetto sospensivo della sentenza impugnata. Se però dalla esecuzione della sentenza può derivare un danno grave ed irreparabile, la legge consente al giudice a cui (che ha pronunciato la sentenza impugnata) di disporre la (373 c.p.c.)

Lo scopo del ricorso per cassazione non è quello di ottenere direttamente un riesame ex novo sul merito della stessa controversia, bensì quello di ottenere dalla Corte una decisione sull'esistenza di un vizio che è titolo per l'annullamento. Solo in seguito all'annullamento questo riesame potrà essere effettuato da un giudice di solito di pari grado a quello che ha pronunciato la sentenza cassata.

Il giudizio di cassazione si distingue quindi in due fasi:

- 1) fase rescindente, davanti alla stessa Corte, il cui oggetto è costituito dal motivo o dai motivi fatti valere col ricorso.
- 2) fase rescissoria, davanti ad un giudice normalmente di grado pari a quello che ha pronunciato il provvedimento cassato, ed avente ad oggetto il riesame in merito della controversia, nei limiti in cui ha operato l'annullamento.

La funzione del ricorso è eliminare gli errori di diritto in cui possono essere incorsi i giudici di merito che quindi sono i destinatari del controllo di legalità.

Questo controllo è affidato ad un giudice che sta al vertice dell'ordinamento giudiziario cioè la

Corte di cassazione che :

- 1) assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge
- 2) garantire l'unità del diritto oggettivo nazionale
- 3) vigilare sul rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni e regolare i conflitti di competenza e di attribuzione.

Da quanto detto ne deriva che il compito tipico caratterizzante la Corte di cassazione è dato dalla funzione di **nomofilachia** consistente nell'assicurare che la legge sostanziale, che ogni giudice è chiamato ad applicare, sia interpretata esattamente e in modo uniforme su tutto il territorio nazionale.

Ciò avviene concretamente in questo modo: le sentenze emanate dalla corte sono raccolte in massimari e costituiscono dei precedenti che, pur nn essendo vincolanti, tendono ad influenzare i giudici che si adegueranno ad esse nelle loro decisioni future.

Con riguardo a questa funzione di orientamento della giurisprudenza l'art 363 prevede una figura particolare di ricorso attribuendo al procuratore generale presso la Corte di cassazione (PM) la legittimazione a proporre il **ricorso nell'interesse della legge** quando le parti non lo abbiano tempestivamente proposto o vi abbiano rinunciato o quando il provvedimento nn è ricorribile in cassazione o nn è impugnabile. Questo tipo di ricorso è definito nell'interesse della legge perché la decisione nn influisce sul rapporto tra le parti ma viene provocata al solo scopo di determinare una pronuncia del supremo giudice con l'enunciazione del principio di diritti a cui il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi e quindi con funzione di guida.

78. Provvedimenti impugnabili con il ricorso per cassazione e motivi di ricorso.

L'art. 360, 1° comma indica **impugnabili** con ricorso per cassazione

- le sentenze pronunciate in grado di appello, che possono essere della Corte d'appello o del tribunale a seconda di quale sia stato il giudice di primo grado
- le sentenze pronunciate in unico grado (art. 360 c.p.c) che sono quelle nei cui confronti nn è ammesso l'appello per la particolare struttura del giudizio o perché l'appello è escluso per legge .
- le sentenze appellabili del tribunale rispetto alle quali le parti si siano accordate per omettere l'appello e proporre direttamente il ricorso x cassazione cd. accordi di ricorso omisso medio (in tal caso il ricorso può essere proposto solo x violazione o falsa applicazione di norme di diritto)
- posto che per sentenza deve intendersi qualsiasi provvedimento decisorio che sia relativo a diritti e che abbia attitudine al giudicato formale e sostanziale (ad es. una ordinanza che abbia contenuto di sentenza) in via straordinaria, in forza dell'art 111 Cost., sono impugnabili i provvedimenti emessi in forma diversa da sentenza, ma purché 1) incidano su diritti soggettivi 2) abbiano natura decisoria 3) non siano altrimenti impugnabili (ordinanza di convalida di sfratto); ciò per tutti i motivi di ricorso previsti x il ricorso ordinario e indicati all'art 360 ed entro un termine (breve) che decorre dalla notificazione o (lungo) che decorre dall'eventuale pronuncia in udienza.

Sono ricorribili le sentenze definitive e quelle non definitive (queste in via immediata oppure differita previa riserva di impugnazione insieme con la sentenza definitiva).

X quanto riguarda le sentenze nn definitive l'art 361 dispone che : contro queste e contro quelle che decidono una o alcune delle domande senza definire il giudizio il ricorso x cassazione può essere differito se la parte soccombente ne faccia riserva, a pena di decadenza, entro il termine x la proposizione del ricorso e non oltre la prima udienza successiva alla comunicazione della sentenza stessa.

Per le sentenze che decidono questioni insorte senza definire nemmeno parzialmente il giudizio il ricorso x cassazione può essere proposto senza necessità di riserva quando sia impugnata anche la sentenza che definisce parzialmente il giudizio.

In caso di riserva il ricorso va proposto insieme a quello contro la sentenza definitiva o la sentenza successiva. La riserva nn può effettuarsi, e se effettuata perde efficacia, se la sentenza è impugnata con ricorso immediato.

- Sono ricorribili anche le decisioni dei giudici speciali, ma solo per motivi attinenti alla giurisdizione ed entro 60 gg (art. 362, 1° comma c.p.c.): in ogni tempo possono essere denunciati conflitti di giurisdizione sia tra giudice ordinario e giudici speciali (art. 362 n.1 c.p.c.) e sia tra pubblica amministrazione e giudice ordinario (art. 362 n.2 c.p.c.).

La P.A. nn è parte in causa e può chiedere che sia dichiarata dalle sezioni unite della corte il difetto di giurisdizione del giudice ordinario finché la giurisdizione nn sia affermata con sentenza passata in giudicato. La richiesta è affettuata con decreto motivato notificato alle parti e al pm presso il giudice innanzi al quale pende la causa. Questi comunica il decreto al capo dell'ufficio giudiziario che sospende il procedimento. la corte vien e poi investita della questione di giurisdizione con ricorso a cura della parte + diligente entro 0gg dalla notificazione del decreto.

L'ammissibilità del ricorso per cassazione dipende dalla sussistenza dei **motivi di ricorso**, la cui assenza fonda il rigetto (che avviene in camera di consiglio). I motivi possono essere di due tipi:

A) vizi di attività (errores in procedendo): errori di carattere procedurale nella osservanza delle norme che regolano lo svolgimento del processo. Sono: nullità della sentenza del procedimento; motivi attinenti alla giurisdizione o alla competenza; vizi di motivazione. (art. 360 n°1,2,4,5 c.p.c.). Il vizio di motivazione (o vizio logico) è rilevante se riguarda un punto decisivo della controversia. Rispetto ai vizi di attività la cassazione è giudice anche dei fatti (ma solo procedurali).

B) vizi di giudizio (errores in iudicando): errori in cui è incorso il giudice nel giudizio di diritto, cioè nell'individuazione e nell'applicazione delle norme che regolano il rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio (art. 360, n°3 c.p.c.). L'articolo 363 c.p.c. prevede una particolare figura di "**ricorso nell'interesse della legge**", proponibile dal Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini o vi hanno rinunciato.

79. Il procedimento davanti a corte di cassazione.

Le parti nel giudizio di cassazione sono il ricorrente, il resistente (eventualmente ricorrente incidentale), escluso l'intervento di terzi. Non c'è istruzione e non c'è altro organo operante che il collegio. Il **ricorso** è rivolto alla corte, non contiene la vocatio in jus (perché l'unica udienza sarà fissata dal presidente) ed è notificato nei termini di legge e successivamente depositato. Il ricorso deve contenere a pena di **inammissibilità** (art. 366 c.p.c.): 1. L'indicazione delle parti; 2. L'indicazione della sentenza impugnata; 3. Esposizione sommaria dei fatti della causa; 4. I motivi di ricorso, con funzione determinativa limitativa dell'oggetto del giudizio, con implicita limitazione anche della regola jura novit curia, e con l'onere di censurare tutte le ragioni autonomamente idonee sorreggere la pronuncia; 5. L'indicazione della procura speciale, se conferita con atto separato e del decreto con il quale è ammesso il gratuito patrocinio. L'elezione di domicilio in Roma è necessario per evitare che le notifiche vengano effettuate in cancelleria (art. 366, 2° comma c.p.c.). Il ricorso va sottoscritto, a pena di inammissibilità, dall'avvocato iscritto nell'apposito albo (art. 365 c.p.c.). Dopo la notifica (a istanza della parte o del suo difensore nei modi dell'articolo 330 c.p.c.), il ricorso va depositato nella cancelleria della corte nel termine di 20 giorni dall'ultima notificazione, a pena di **improcedibilità** (art. 369 c.p.c.) insieme con copia autentica della sentenza impugnata (1), la procura speciale (2), i documenti e il fascicolo relativo alle fasi di merito(3). Il procedimento in cassazione **non ammette istruttoria** tranne la produzione di documenti che concernono la nullità della sentenza impugnata o l'ammissibilità del ricorso: questi ultimi producibili anche dopo il deposito, ma previa notifica del relativo elenco (art. 372 c.p.c.). La parte resistente può non replicare al ricorso (nel qual caso può solo partecipare alla discussione orale), ma può resistere —e di solito resiste— in maniera attiva, notificando il **controricorso** (art. 370, 1° comma c.p.c.) (col quale chiede il rigetto del ricorso) alla parte ricorrente nel suo domicilio eletto, entro 20 giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso (e così 40 giorni dalla

notificazione del ricorso). Anche il controricorso va depositato in cancelleria, insieme col fascicolo, la procura e documenti, entro 20 giorni dalla sua notificazione (art. 370, 2° comma c.p.c.). L'eventuale **ricorso incidentale** (col quale il resistente chiede la cassazione della sentenza o di parte di essa per altri motivi) eventualmente tardivo, va proposto insieme col controricorso (art. 371, 1° comma c.p.c.), mentre il ricorrente può a sua volta notificare **controricorso al ricorso incidentale** (art. 371, 4° comma c.p.c.): si sanano in questo caso gli eventuali vizi del controricorso e del ricorso in via incidentale. All'eventuale ordine di integrazione del contraddittorio si deve ottemperare con la notifica di atto secondo le modalità dell'articolo 371bis entro il termine perentorio assegnato e da depositarsi entro 20 giorni dalla scadenza del suddetto termine. Il ricorso incidentale può essere condizionato all'accoglimento del ricorso principale, ma solo quando ci sia stata effettiva soccombenza, della parte vittoriosa, su questioni pregiudiziali di rito o preliminari (e non nelle situazioni di semplice soccombenza teorica). Il ricorso per cassazione **non sospende l'esecuzione** della sentenza impugnata, tranne quando per la parte possa derivare un danno grave e irreparabile (art. 373 c.p.c.).

80. *La fase decisionale.*

Dopo la fase introduttiva, il presidente fissa l'udienza per la discussione (innanzi al collegio composto da cinque giudici), con provvedimento che contiene la designazione del relatore e che va comunicato alle parti almeno 20 giorni prima. Gli avvocati delle parti possono depositare una memoria scritta (senza nuovi motivi) entro 5 giorni dalla prima udienza. All'udienza, dopo la relazione, le parti discutono e il PM espone oralmente le sue conclusioni. La corte decide in camera di consiglio. La rinuncia al ricorso va sottoscritta dalla parte personalmente o dal suo avvocato e presentata prima dell'inizio della relazione all'udienza. La Corte di cassazione pronuncia **a sezioni unite** (ossia con un collegio più ampio) nei casi dell'art. 374 c.p.c.: in materia di giurisdizione(1), nonché per eventuale disposizione del primo presidente(2) (eventualmente richiesta di parte) se si tratta di decidere su questioni già decise in senso difforme dalle sezioni semplici, oppure su questioni di particolare importanza(3). D'altra parte, la Corte sia a sezioni unite sia a sezioni semplici, **pronuncia in camera di consiglio** (ossia senza previa discussione) su richiesta del pm oppure d'ufficio: a) **con ordinanza** (art.375, 1° comma c.p.c.) quando: dichiara l'inammissibilità del ricorso principale e incidentale; ordina l'integrazione del contraddittorio o ne dispone la notificazione; dichiara l'estinzione del processo per avvenuta rinuncia; pronuncia sulle istanze di regolamento di competenza e di giurisdizione. b) **con sentenza** (art. 375, 2° comma c.p.c.) quando: uno o entrambi sono manifestamente fondati, e vanno quindi accolti; quando vanno rigettati entrambi (per mancanza di motivi dell'art. 360 c.p.c. o per manifesta infondatezza degli stessi). Se la Corte, in camera di consiglio, riscontra l'insussistenza delle ipotesi che consentono questo tipo di pronuncia semplificata la corte rinvia la causa alla pubblica udienza (art. 375, 3° comma c.p.c.). Salvo, dunque, le ipotesi di decisione in camera di consiglio, la decisione della cassazione avviene di solito previa in udienza e con sentenza.

Le decisioni della corte possono avere il seguente contenuto: 1) pronunce di inammissibilità o di improcedibilità o rigetto del ricorso o dichiarazione di estinzione del giudizio, **la sentenza impugnata passa in giudicato** 2) nel caso di cessazione della materia del contendere, la Corte cassa senza rinvio dichiarando l'improcedibilità. 3) pronunce di rettificazione quando la Corte si limita a correggere la motivazione (art. 384, 2° comma c.p.c.). 4) **pronunce di accoglimento** quando la corte cassa la sentenza impugnata:

A) Casi in cui la Corte **cassa senza rinvio**: 1) quando, risolvendo una questione di giurisdizione o competenza, riconosce che il giudice, del quale è impugnato il provvedimento, ed ogni altro, difettano di giurisdizione. 2) quando ritiene che, per qualsiasi motivo, la causa non poteva, davanti al giudice di merito, essere proposta o il processo proseguito. (art. 382, 3° comma c.p.c.); 3) quando, accogliendo il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, cassa con decisione sul merito (così, in questo solo caso, decidendo il rescissorio insieme col rescindente) quando non siano necessari nuovi accertamenti di fatto. (art. 384 c.p.c.) 4) quando cassa il provvedimento impugnato statuendo sulla competenza (art. 382, 2° comma c.p.c.);

B) Casi in cui la Corte **cassa con rinvio**: quando giudica sul rescindente accogliendo (in tutto o in parte) il ricorso e rimette il rescissorio ad un giudice di pari grado a quello che ha pronunciato la sentenza cassata (art. 383, 1° comma). La corte invece rimette la causa al giudice di primo grado quando riscontra una nullità nel giudizio di primo grado, per la quale il giudice d'appello avrebbe dovuto rimettere la causa al primo giudice(art. 383, 3° comma c.p.c.). In questo il giudizio prosegue mezzo di riassunzione. In funzione di questo giudizio rescissorio con portata prosecutoria, la cassazione (in sede rescindente), ove si tratti di error

in giudicando, enuncia **il principio di diritto** al quale il giudice di rinvio si deve uniformare, nel giudicare in sede rescissoria. Quando invece si tratta di error in procedendo o di nullità per la quale il giudice di appello avrebbe dovuto rimettere la causa primo giudice, il rinvio ha portata restitutoria. Sulle restituzioni e rimessioni in pristino provvede il giudice di rinvio. Le sentenze della corte di cassazione non sono impugnabili, salva l'opposizione di terzo o la revocazione ai sensi dell'articolo 395, n.4 c.p.c. (art. 391bis) con ricorso nel termine perentorio di 60 giorni dalla notificazione della sentenza (o, in mancanza di notificazione, di un anno). La cassazione decide in camera di consiglio. Lo stesso articolo 391bis disciplina anche la correzione degli errori materiali e di calcolo, a seguito di ricorso senza termine. La cassazione decide in camera di consiglio. La pendenza del termine per la revocazione non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza impugnata col ricorso respinto (art. 391bis, 3° comma).

81. *Il giudizio di rinvio.*

Il **giudizio di rinvio** proprio (o **prosecutorio**) è la fase rescissoria del processo, che si svolge innanzi al giudice designato dalla cassazione. L' introduzione di questa fase avviene con la citazione in riassunzione da notificarsi alle altre parti personalmente, nel termine perentorio di un anno dalla pubblicazione della sentenza della cassazione (art. 392 c.p.c.). In caso di mancata tempestiva riassunzione, l'intero giudizio si estingue restando ferme soltanto le pronunce eventualmente già passate in giudicato e restando fermo, in un eventuale nuovo giudizio, il principio di diritto enunciato dalla cassazione (art. 393 c.p.c.). Se la riassunzione avviene tempestivamente, il giudizio di rinvio -che non è rinnovazione, ma prosecuzione, del giudizio sfociato nella sentenza cassata- sostituisce, nella sentenza cassata, solo le pronunce risultate errate, in applicazione del principio enunciato dalla cassazione. Davanti al giudice di rinvio le parti conservano la loro posizione e non possono prendere conclusioni diverse da quelle prese nel precedente giudizio salvo che la loro necessità emerga dalla sentenza della cassazione (art. 394 c.p.c., 2° e 3° comma). Sono escluse anche nuove istanze istruttorie, salvo il potere di deferire il giuramento è sempre salva l'ipotesi che la loro necessità emerga dalla sentenza della cassazione. Sono comunque proponibili le domande di restituzione e di rimessione in pristino rispetto a quanto eventualmente eseguito in forza della sentenza cassata. Davanti al giudice di rinvio sono proponibili le domande assorbite nonché le eccezioni basate su fatti nuovi e che potrebbero fondare la revocazione. Quanto ai poteri del giudice di rinvio nulla dice la legge ma possono valere le seguenti considerazioni: l'esame del giudice è limitato alle parti della sentenza che sono state cassate (entro tali limiti è autonomo, limitazioni della sentenza stessa); il giudice ha il potere di interpretare la sentenza della Corte; la sentenza del giudice di rinvio può essere uguale a quella cassata.

SEZIONE QUARTA: la revocazione

82. *Nozione funzione.*

La revocazione costituisce un mezzo di impugnazione limitato a singole ipotesi tassativamente indicate dall'art. 395 c.p.c. (impugnazione a critica vincolata). Essa è fondata sull'esistenza di particolari circostanze che se fossero state conosciute dal giudice, avrebbero portato ad un giudizio diverso. La revocazione si propone allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata.

Essa si distingue in :

- **revocazione ordinaria** (art. 395 n. 4-5 c.p.c. - quando il vizio è rilevabile dalla sentenza quindi motivi per cui può essere proposta sono palesi, cioè conoscibili dalla parte sin dal momento della pubblicazione della sentenza e impedisce il passaggio in giudicato, essendo proponibile entro 30 giorni dalla notificazione della sentenza)
- **revocazione straordinaria** (art. 395 n. 1-2-3-6 c.p.c. - quando il vizio che la fonda non è rilevabile dalla sentenza e i motivi erano occulti, cioè conoscibili dalla parte solo a seguito della scoperta di fatti in precedenza non conosciuti perciò il termine di proposizione (che è sempre di 30 giorni tranne che nei confronti delle sentenze di cassazione) decorre dal momento in cui viene scoperta la circostanza eccezionale su cui si fonda la revocazione quindi è proponibile anche dopo il passaggio in giudicato.)

La revocazione è un mezzo di impugnazione a duplice fase.

La prima fase rescindente ha ad oggetto il motivo di revocazione e, ove sia accertata la esistenza del motivo, si conclude con la rescissione della sentenza impugnata.

La seconda fase rescissoria ha ad oggetto il rapporto sostanziale su cui si era pronunciata la sentenza impugnata e si conclude con una sentenza che decide il merito della causa (art. 402).

Sentenze impugnabili sono:

- a) in ipotesi di revocazione ordinaria unicamente le sentenze d'appello o pronunciate in unico grado, nonché quelle della corte di cassazione
- b) in ipotesi di revocazione straordinaria le sentenze d'appello o pronunciate in unico grado e le sentenze di primo grado passate in giudicato

La proposizione di questo mezzo è dunque possibile

- nei confronti della sentenza di primo grado non più appellabile (perché sn scaduti i termini) solo in determinati casi (motivi di revocazione straordinaria) = in questo caso nn c'è concorrenza tra revocazione ed appello perché la prima è possibile quando nn è + possibile il secondo.
- nei confronti delle sentenze della Corte di Cassazione = in questo caso è possibile eccezionalmente la concorrenza tra revocazione ed appello
- nei confronti delle sentenze di appello (o di primo ed unico grado se inappellabile) o in sede di rinvio = in questo caso concorre col ricorso per cassazione;

In relazione alla possibile concorrenza dei due mezzi (revocazione e ricorso x cassazione) , cioè alla possibilità di proporre l'uno o l'altro, la proposizione della domanda di revocazione non sospende automaticamente il termine per proporre ricorso per cassazione o il procedimento relativo; tale sospensione può essere disposta dal giudice della revocazione su istanza di parte quando ritiene questo mezzo non manifestamente infondato e pertanto i due procedimenti possono pendere (svolgersi) contemporaneamente (art. 398, 4° comma c.p.c.). se viene disposta questa sospensione i termini riprendono a decorrere (o il giudizio di cassazione prosegue) con la comunicazione della sentenza che pronuncia sulla revocazione.

Nello svolgimento contemporaneo dei 2 giudizi ci sono diverse possibilità:

se si pronuncia x prima la cassazione = l'annullamento della sentenza fa cessare la materia del contendere in revocazione mentre il rigetto del ricorso elimina ogni interferenza tra i 2 giudizi;

se la prima pronuncia è sulla revocazione = il suo eventuale passaggio in giudicato potrebbe privare il giudizio di cassazione del suo oggetto, mentre la sua impugnazione x cassazione provocherebbe la riunione dei 2 giudizi, salva sospensione dell'eventuale giudizio di rinvio.

Il termine per la proposizione della domanda di revocazione è di 30 gg. che decorrono dalla notificazione della sentenza in caso di revocazione ordinaria, dal giorno in cui è stato scoperto il fatto su cui si fonda il motivo di revocazione (È previsto che se si viene a conoscenza di questi fatti durante il termine per proporre l'appello, dal momento della conoscenza scatta un nuovo termine di 30 giorni per l'impugnazione della sentenza con l'appello)

I motivi di revocazione straordinaria sono dolo della parte, prove riconosciute o dichiarate false dopo la sentenza, scoperta documenti decisivi non prodotti per fatto dell'avversario o forza maggiore, dolo del giudice. indicati ai n. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395.

- n. 1 richiede che la sentenza sia l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra. Occorre rilevare che non è sufficiente che la controparte si sia comportata nel processo in modo sleale o scorretto ovvero che abbia effettuato, affermazioni o allegazioni false ma è necessario invece che vi siano stati artifici o raggiri normalmente extraprocessuali ad es. la mancata comunicazione della acquisizione della disponibilità di altro alloggio da parte del locatore che agiva per la cessazione della proroga legale.
- n. 2 richiede che si sia giudicato in base a prove riconosciute o dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza. Da tale motivo è esclusa solo la falsità del giuramento la quale può dar luogo solo a risarcimento, dei danni in

caso di condanna penale per falso giuramento; La prova della falsità (naturalmente decisiva) deve essere preconstituita alla domanda di revocazione.

- n. 3 richiede che dopo la sentenza siano stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario. Si tratta solo di documenti decisivi che già esistevano al momento del processo, e non anche di documenti sopravvenuti
- n. 6 richiede che la sentenza sia effetto di dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato.

In tutte queste ipotesi la revocazione andrà proposta entro il termine di trenta giorni decorrente dal giorno in cui si è avuto conoscenza del motivo. In sintesi: la revocazione straordinaria costituisce l'unico mezzo di attacco del giudicato per cui essa è prevista solo in ipotesi eccezionali

I motivi di revocazione ordinaria sono errore di fatto risultante dagli atti, sentenza contraria ad altra passata in giudicato. indicati ai n. 4 e 5 dell'art. 395

- n. 4 richiede che la sentenza sia effetto di un errore di fatto, risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontestabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare (errore di svista). Tale vizio presenta particolari affinità con gli errori materiali o di calcolo ma se ne distingue in quanto mentre l'errore materiale o di calcolo, emerge dal testo della sentenza l'errore di fatto emerge non dal testo della sentenza, bensì dagli atti o documenti della causa.
- n. 5 : la contrarietà della sentenza ad un'altra sentenza già passata in giudicato, a riguardo la giurisprudenza dice che non vi deve essere mai stata l'eccezione della parte ed il giudice non deve aver deciso su tale eccezione (infatti se la parte ha eccepito la sentenza passata in giudicato ed il giudice non provveduto si può proporre ricorso per cassazione, mentre se la questione non è stata proprio trattata si può ricorrere per la revocazione). In riferimento a quest'ultima ipotesi se la revocazione non viene proposta prevale, la seconda sentenza che non ha tenuto conto della prima sentenza contraria; il legislatore in sostanza ha previsto la revocazione come strumento di impugnazione della seconda sentenza, quindi se tale sentenza non viene eliminata deve prevalere sulla prima anche se già passata in giudicato.

83. Il procedimento di revocazione.

Per la legittimazione e l'interesse ad agire sono determinanti la qualità di parte e la soccombenza del richiedente.

Per la revocazione è competente lo stesso giudice (inteso come stesso ufficio giudiziario) che ha pronunciato la sentenza impugnata (art. 398, 1° comma c.p.c.). Se si tratta di sentenza della Cassazione è competente la Cassazione stessa.

La revocazione si propone con atto di citazione (salvo che si tratti di sentenza della cassazione in cui si propone con ricorso) sottoscritta dal difensore munito di procura speciale (art. 398, 3° comma c.p.c.) e deve contenere, a pena di inammissibilità, l'indicazione del motivo di revocazione, le prove utili a dimostrare i fatti previsti dei nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c., nonché l'indicazione del giorno (perché da tale data decorrono i 30 giorni) in cui è stato scoperto l'evento che fonda la revocazione solo quando questa è straordinaria (art. 398, 2° comma).

La citazione deve essere depositata a pena di improcedibilità, entro venti giorni dalla notificazione, nella cancelleria del giudice adito insieme con la copia autentica della sentenza impugnata; le altre parti devono costituirsi entro lo stesso termine mediante deposito in cancelleria di una comparsa (art. 399). La proposizione della revocazione non sospende l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, ma la sospensione può essere chiesta al giudice della revocazione qualora dall'esecuzione possa derivare grave e irreparabile pregiudizio.

La pronuncia può essere di inammissibilità, improcedibilità o rigetto; se è di accoglimento, contiene la revocazione della sentenza impugnata (rescindente) e quindi la pronuncia anche sul rescissorio (art. 402, 1° comma c.p.c.) quindi sul merito della causa.

Può però accadere che una volta riscontrata la sussistenza dei motivi x pronunciare la revocazione, il giudice ritenga di non avere tutti gli elementi necessari ad una pronuncia sul merito della causa e che quindi siano necessari altri mezzi istruttori. In questo caso la legge dispone che il giudice pronuncia la revocazione con sentenza e, con ordinanza, rimette le parti in istruttoria (art. 402, 2° comma c.p.c.). La sentenza così pronunciata si sostituisce a quella revocata ed è impugnabile con i mezzi che sarebbero ammissibili contro la sentenza revocata (art. 403 c.p.c.) l'unica differenza è che non è + impugnabile per revocazione

REVOCAZIONE DEL P. M.

Nelle cause in cui è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero le sentenze d'appello o pronunciate in unico grado e le sentenze di primo grado passate in giudicato possono essere impugnate per revocazione straordinaria dal pubblico ministero ex art. 397.

Può aversi

- 1) nel caso di mancato intervento del p.m. quando la sentenza è stata pronunciata senza che il pubblico ministero sia stato sentito anche se era previsto il suo intervento obbligatorio
- 2) quando la sentenza è l'effetto della collusione (accordo tra le parti al fine di perseguire uno scopo vietato dalla legge) posta in essere dalle parti per frodare la legge (es. divorzio al di fuori delle ipotesi previste dalla legge ecc.). E' da notare come la frode delle parti alla legge sostanziale è denunciabile solo dal pubblico ministero nelle ipotesi in cui il suo intervento sia obbligatorio e non anche dalle parti private (30 giorni).

REVOCAZIONE DELLE SENTENZE DELLA CASSAZIONE leggere

L'art. 391-bis. prevede che se la sentenza pronunciata dalla Corte di cassazione è affetta da errore materiale o di calcolo ai sensi dell'art 287 ovvero da errore di fatto ai sensi dell'art. 395 n. 4, la parte interessata può chiederne la revocazione con ricorso proposto nelle forme degli art. 365 ss., da notificare entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla notificazione della sentenza ovvero di un anno dalla pubblicazione. Sul ricorso si pronuncia la Corte di cassazione in camera di consiglio a norma dell'art. 375. In questi casi la revocazione è straordinaria per cui la pendenza del termine non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza impugnata. Va infine precisato che in caso di impugnazione per revocazione della sentenza della Corte di cassazione non è ammessa la sospensione dell'esecuzione della sentenza passata in giudicato, né è sospeso il giudizio di rinvio o il termine per riassumerlo.

SEZIONE QUINTA: l'opposizione di terzo

84. Nozione funzione.

L'opposizione di terzo è un mezzo di impugnazione straordinaria, in quanto proponibile nonostante il passaggio in giudicato della sentenza e concesso a chi non sia stato parte in causa al fine di rimuovere gli effetti pregiudizievoli che una sentenza, pronunciata tra altre persone, può avere sui suoi diritti.

Quindi l'opposizione di terzo ha 2 caratteristiche particolari:

- È proponibile da chi non fu parte nel giudizio sfociato nella sentenza impugnata ma **terzo**.

- È un rimedio detto **facoltativo** nel senso che le ragioni dell'impugnazione possono essere fatte valere in altro modo poiché il terzo, non essendo soggetto alla efficacia della sentenza (in base al principio secondo cui la sentenza ha effetto tra le parti ("res inter alios acta tertiis non nocet") può fare valere il suo diritto in un autonomo processo a cognizione piena.

Il fatto che l'art 404 comma 1 fa dipendere la proponibilità del mezzo dal fatto che la sentenza pregiudichi i diritti del terzo sembra in contraddizione con l'art.2909 c.c. che prevede che la sentenza ha efficacia solo nei confronti delle parti, degli eredi e degli aventi causa e che quindi non può pregiudicare i diritti del terzo.

In dottrina ci sono state varie tesi a riguardo per ovviare a tale contraddizione.

Posto che i rapporti giuridici tra soggetti non sono sempre nettamente indipendenti gli uni dagli altri ma a volte sono collegati tra loro in modo tale che la pronuncia su alcuni influisce in modo riflesso sugli altri, la tesi prevalente in dottrina è che si ritiene che questo pregiudizio recato al terzo dia un pregiudizio riflesso (da connessione)

Le ragioni dell'opposizione di terzo sono in sostanza quelle stesse che avrebbero legittimato il terzo ad intervenire, sicché si tratta di una sorta di intervento tardivo. In sostanza, con l'opposizione di terzo semplice, il terzo fa valere la non estensione dell'efficacia della sentenza contro di lui e perciò chiede la rinnovazione del giudizio con la sua partecipazione.

Questa reazione (che è l'opposizione di terzo ordinaria) non è consentita a tutti i terzi indistintamente o meglio l'art. 404 disciplina due mezzi di impugnazione diversi quanto ai soggetti legittimati ad avvalersene, ai motivi che ne sono a fondamento, e ai termini:

- ***l'opposizione di terzo c.d. ordinaria***, che appunto è proponibile da parte dei terzi i cui diritti sono pregiudicati dalla sentenza pronunciata tra altre persone (art. 404, 1° comma) Il danno che la sentenza pronunciata inter alios può arrecare ai terzi è dato dalla incertezza che la sentenza con il suo esistere può determinare in ordine alla titolarità o al contenuto del diritto del terzo ovvero nel danno che la esecuzione inter partes può arrecare al diritto del terzo. Essa tende quindi ad eliminare limitatamente ai diritti del terzo la sentenza impugnabile e non è soggetta a termini di decadenza;

Legittimati all'opposizione di terzo ordinaria sono:

- a) i terzi titolari di diritti autonomi ed incompatibili rispetto al diritto oggetto della sentenza resa inter alios;*
- b) i litisconsorti necessari pretermessi;*
- c) i falsi rappresentati*

I motivi di impugnazione sono a loro volta costituiti:

- a) dalla titolarità da parte del terzo del diritto autonomo ed incompatibile rispetto al diritto oggetto della sentenza resa inter alios; In caso di infondatezza del motivo accerta l'inesistenza del diritto del terzo e lascia intatta la sentenza inter partes, mentre in caso di fondatezza del motivo accerta la titolarità del diritto del terzo nei confronti di entrambe le parti del processo originario e il giudice accoglie l'opposizione, annulla la sentenza e ne emette un'altra che disciplinerà i rapporti non solo tra le parti ma anche tra le parti ed il terzo.*
- b) dalla violazione della regola del litisconsorzio necessario; il giudice riscontrato il vizio, per ciò solo deve annullare la sentenza (anche se questa è passata in giudicato) e se questa è d'appello rimette al giudice di primo grado in applicazione dell'art 354. Se l'opposizione è proposta al giudice di 1 grado questo annulla la decisione ed emette pronuncia sostitutiva.*
- c) dalla falsità della rappresentanza. Nell'ipotesi, infine, di falsa rappresentanza, l'opposizione di terzo ordinaria si atteggia come un mezzo di impugnazione esclusivamente rescindente che, in caso di fondatezza del motivo, si limita a rescindere la sentenza resa inter alios in quanto accerta l'invalido esercizio del diritto di azione. non decide nel merito.*

- ***l'opposizione di terzo c.d. revocatoria***, che a differenza dell'ordinaria tende ad eliminare del tutto la sentenza impugnata e che è proponibile dagli aventi causa e dai creditori di una delle parti contro le sentenze solo se tali sentenze sono l'effetto di dolo (atteggiamento unilaterale diretto a pregiudicare i diritti del terzo creditore o avente causa) o di collusione a loro danno (atteggiamento bilaterale, cioè un accordo tra le parti in causa per danneggiare un terzo). Affinché possa essere proposta l'opposizione revocatoria è necessario il nesso di causalità tra il dolo o la collusione e la decisione del giudice.

Va proposta entro 30 gg. dal giorno in cui è stato scoperto il dolo o la collusione.

Si tratta di un mezzo di impugnazione a motivi limitati, e a fase rescindente e rescissoria dato che le uniche censure che terzi possono muovere alla sentenza resa tra le parti del rapporto pregiudiziale sono il dolo o la collusione perpetrati a loro

danno. La fase rescindente è diretta a verificare la fondatezza o no del motivo e, in caso di esito positivo, si conclude con la rescissione della sentenza resa tra le parti originarie. Ad essa segue la fase rescissoria che è diretta a sostituire la sentenza rescissa con altra che si pronunci sul merito della causa.

Provvedimenti opponibili (art. 404 c.p.c.)

L'opposizione di terzo, in entrambe le due ipotesi, è proponibile solo contro le sentenze passate in giudicato o comunque esecutive.

La legittimazione ad agire dipende dalla mancata partecipazione del terzo al giudizio che ha dato luogo alla sentenza che impugna, mentre per l'interesse ad agire, occorre che il mezzo non sia divenuto inutile o sostituito da altra forma di tutela.

La competenza spetta allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata.

L'opposizione si propone con citazione che deve contenere l'indicazione della sentenza impugnata, e che, nel caso dell'opposizione revocatoria, deve indicare il giorno della scoperta del dolo o della collusione (art. 405 c.p.c.), perché da quel giorno decorre il termine (di 30 giorni) al quale è assoggettata questa impugnazione straordinaria (art. 326,1° comma c.p.c.).

La proposizione di questo mezzo non ha effetto sospensivo, ma il giudice può provvedere alla sospensione nei casi in modi di cui all'articolo 373 (art. 407 c.p.c.).

La sentenza che pronuncia sull'opposizione di terzo decide insieme rescindente e rescissorio (cioè ha una duplice direzione: da un lato elimina la sentenza opposta viziata, cd. giudizio rescindente; nel momento successivo decide il merito della causa, cd. giudizio rescissorio), la sua caratteristica è che se il giudice dichiara inammissibile o improcedibile l'opposizione, o la rigetta per infondatezza dei motivi condanna l'opponente al pagamento di una pena pecuniaria (art. 408 c.p.c.).

La sentenza in linea di massima ha effetto relativo lasciando integro il giudicato formatosi tra le parti ed è impugnabile con i mezzi che sarebbero ammissibili contro la sentenza opposta e quindi anche con opposizione da parte di altri terzi..

Ci si chiede poi se è ammessa l'opposizione di terzo nei confronti della sentenza della cassazione, tale problema è sorto nel 1990 quando è stato stabilito che la cassazione può decidere anche nel merito; in realtà non essendoci la fase istruttoria non è sempre utile proporre l'opposizione di terzo, quindi il sistema è incompatibile con l'art.24 Cost. (diritto di difesa, in questo caso del terzo) e sarebbe auspicabile un intervento legislativo per ovviare a tale situazione.

Libro 3 capitolo 10

I PROCEDIMENTI CAUTELARI

DEFINIZIONE : La tutela cautelare è una delle tre forme di tutela dell'ordinamento, insieme a quelle dichiarativa ed esecutiva, diretta a **neutralizzare i danni che possono derivare all'attore dalla durata del processo a cognizione piena.** Le misure cautelari sono misure strumentali e provvisorie.

FUNZIONE : strumentale. Si tende a evitare che la durata del processo torni a danno dell'attore che ha ragione (finalità ausiliaria e sussidiaria rispetto alla cognizione e all'esecuzione). Scopo di garantire una situazione provvisoria in modo che, quando arriverà la tutela definitiva, questa possa esplicare i suoi effetti. I provvedimenti cautelari hanno **funzione sussidiaria e integratrice** della giurisdizione ordinaria. Tuttavia, la crisi di quest'ultima rischia di attribuir loro funzione sostitutiva.

TUTELA SOMMARIA : tutela basata su un giudizio di probabilità e verosimiglianza. Può essere :

- cautelare, se sfocia in un provvedimento sommario provvisorio idoneo a dare una disciplina definitiva al rapporto controverso. E' possibile un controllo immediato (reclamo). Crollano con l'estinzione del processo.
- non cautelare, se sfocia in un provvedimento sommario definitivo idoneo a dare una disciplina definitiva al rapporto controverso (es. : decreto ingiuntivo, ordinanze degli artt.186bis-ter, ordinanza di rilascio ex art.665cpc). Non necessita del periculum in mora. Non è possibile un controllo immediato. Le misure ex art.186bis-ter rimangono se il processo si estingue.

CARATTERISTICHE :

- 1) *provvisorietà* : **idoneità a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso**. Infatti ,il provvedimento cautelare è destinato a essere assorbito o a perdere efficacia a seconda, rispettivamente, che il diritto è accertato o dichiarato inesistente nel giudizio a cognizione piena.
- 2) *strumentalità* : il provvedimento cautelare nasce come servente rispetto al processo a cognizione piena. **Le misure cautelari sono preordinate all'emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui esse assicurano la fruttuosità pratica**. Tale strumentalità si coglie :
 - a) nella circostanza che i provvedimenti cautelari, ove siano emanati anteriormente all'inizio del processo a cognizione piena, diventano inefficaci se il giudizio di merito non venga instaurato entro 30gg.(eccezione per i provvedimenti di istruzione preventiva)
 - b) nella revocabilità e modificabilità del provvedimento cautelare ove si verifichino mutamenti nelle circostanze
 - c) nella inefficacia del provvedimento cautelare conseguente alla estinzione del processo a cognizione piena e alla emanazione di sentenza, anche se non ancora passata in giudicato, che dichiara l'inesistenza del diritto.

CORRELAZIONE COL MERITO : non si può ottenere col provvedimento cautelare più di quanto si otterrà con la sentenza definitiva.

Non si possono ottenere provvedimenti cautelari nei casi in cui la pronuncia definitiva non ha efficacia retroattiva (divorzio, fallimento, interdizione)

CONDIZIONI DELL'AZIONE CAUTELARE :

- 1) *fumus boni iuris* (approssimativa verosimiglianza circa l'esistenza del diritto di cui si chiede la tutela nel processo principale).
- 2) *periculum in mora* (fondato timore che, mentre si attende quella tutela, vengano a mancare le circostanze di fatto favorevoli alla tutela stessa).

DISCIPLINA : la l.353/1990 ha dettato una disciplina organica del processo cautelare, se pur destinata ad integrarsi con le discipline specifiche dei singoli procedimenti cautelari.

FASI : 1)fase di autorizzazione

- 2)fase di attuazione
- 3) fase di reclamo

ART.669bis

La forma della domanda della cautela è il **ricorso**(atto che viene prima portato a conoscenza del giudice e poi della controparte), depositato nella cancelleria del giudice competente. Deve contenere:

- l'individuazione dei presupposti propri del provvedimento cautelare richiesto: periculum in mora e fumus boni iuris;
- l'indicazione di quale tutela si richiede;
- l'individuazione del diritto sostanziale (elementi individuatori della proponenda azione per il merito), nel caso in cui il ricorso venga proposto ante causam .

Il legislatore ha operato due scelte di fondo in tema di competenza :

- 1) generale coincidenza tra giudice cautelare e giudice di merito
- 2) normale attribuzione della competenza cautelare ad un giudice monocratico, ma soppressione della competenza del Presidente del tribunale .

ART.669ter

Se il provvedimento cautelare è richiesto **prima** che sia proposto il processo di merito, è competente a conoscere della domanda cautelare il giudice competente a conoscere il merito. Criterio generale : coincidenza tra giudice del cautelare e il giudice del merito. Ci sono tre eccezioni:

- il *giudice di pace* non può dare la tutela cautelare (in tal caso competente sarà il tribunale);
- gli *arbitri* non possono dare la tutela cautelare (in tal caso, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente del merito se non ci fosse stato il patto compromissorio);
- se la giurisdizione spetta a un *giudice straniero*, sarà competente, in via cautelare, il tribunale del luogo in cui dev'essere eseguito il provvedimento cautelare .

ART.669quater

Se il provvedimento cautelare è richiesto **dopo** che sia già iniziato il processo di merito, la domanda cautelare si deve proporre al giudice del merito (istruttore o –se il giudice istruttore non è ancora stato nominato, il processo è sospeso o interrotto- presidente del tribunale). Criterio generale : coincidenza fra il giudice del cautelare e il giudice per il merito. Eccezioni :

- giudice di pace non ha potere cautelare
- arbitro non ha potere cautelare
- della causa è investito un giudice straniero in una ipotesi in cui:
 - a) la giurisdizione appartiene *solo al giudice straniero*...avrà competenza cautelare il tribunale del luogo in cui il provvedimento cautelare dev'essere eseguito
 - b) ha giurisdizione *anche il giudice italiano*...la domanda cautelare si propone al giudice italiano
- se è stata pronunciata una sentenza, ma è ancora *suscettibile di essere impugnata*, è competente il giudice che ha emesso la pronuncia rispetto alla quale pendono i termini per impugnare
- se c'è stata proposizione o trasferimento dell' *azione civile in sede penale*, è competente il giudice del luogo ove si deve eseguire il provvedimento cautelare
- in fase di *impugnazione*, è competente il giudice dell'impugnazione (non si può chiedere il provvedimento cautelare alla Corte di Cassazione)

Se la causa di merito rientra nella competenza di una sezione specializzata agraria, le misure cautelari saranno emanate da organi collegiali.

ART.669quinquies

Se la causa è devoluta ad arbitri, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito.

ART.669sexies

A seguito del **deposito del ricorso** nella cancelleria del giudice competente, il cancelliere forma il **fascicolo d'ufficio** e lo presenta senza ritardo al Presidente del tribunale il quale **designa il magistrato** a cui è affidata la trattazione del procedimento. Al giudice si aprono due alternative :

- 1) provvedere solo dopo aver instaurato il contraddittorio : con **decreto**, il giudice fissa la data dell'udienza in cui le parti dovranno comparire in contraddittorio innanzi a lui. A cura del ricorrente avviene la **notifica del ricorso e del decreto**.

All'udienza, il giudice, **sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio**, procede nel modo che ritiene più opportuno agli **atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento** richiesto e provvede con **ordinanza** all'accoglimento o al rigetto della domanda.

- 2) provvedere in assenza di contraddittorio (**quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento**). Assunte ove occorra **sommario informazioni**, il giudice provvede con **decreto motivato**. Nello stesso decreto, il giudice fissa :

- l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro massimo 15gg
- un termine non superiore a 8gg per notificare ricorso e decreto

Al termine dell'**udienza**, il giudice emetterà un'**ordinanza** che conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto inaudita altera parte.

ART.669septies

L'ordinanza di rigetto dell'istanza cautelare può fondarsi su :

- ragioni di natura processuale :
 - 1) incompetenza...l'istanza è liberamente riproponibile
 - 2) difetto di giurisdizione..*
 - 3) mancanza di capacità..*
 - 4) difetto di legittimazione..*
- ragioni di natura sostanziale :
 - 1) carenza di fumus boni iuris...*
 - 2) carenza di periculum in mora..*

*l'istanza è riproponibile solo se :

- a) si verificano mutamenti delle circostanze (fatti sopravvenuti);
- b) vengono dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto (elementi già esistenti quando si è svolto il procedimento ma in quella sede non fatti valere).

Chi si è visto negare il provvedimento cautelare può :

- proporre il reclamo (Corte Costituzionale), chiedendo ad un altro giudice il riesame di quelle stesse ragioni di fatto e di diritto .
- riproporre l'istanza ma allo stesso giudice e solo se si verificano mutamenti delle circostanze o vengono dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto .

ART.669octies

La parte, che ottiene un provvedimento cautelare **prima dell'inizio della causa di merito**, deve avviare il **processo di merito**(con la notifica della citazione, o col deposito del ricorso) in un termine perentorio stabilito dal giudice ma, comunque, non superiore a **30 gg.** dalla pronuncia dell'ordinanza(se emessa in udienza) o dalla comunicazione dell'ordinanza(se è pronunciata fuori dall'udienza).

Nelle controversie di lavoro alle dipendenze della P.A., il termine decorre dall'espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione.

Se la controversia è oggetto di compromesso o clausola compromissoria, nei 30gg., la parte deve notificare all'altra un atto col quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale.

Se per la causa di merito c'è giurisdizione straniera, nei 30gg., deve essere compiuto quell'atto che, secondo il diritto straniero, determina litispendenza.

ART.669novies

Le ipotesi di **perdita di efficacia** del provvedimento cautelare sono :

- mancata instaurazione del processo di merito nel termine perentorio di 30gg.
- estinzione del processo di merito (per inattività delle parti o rinuncia agli atti del giudizio ..)
- sentenza che rigetta in rito la domanda ...*
- mancato versamento della cauzione
- sentenza, anche non passata in giudicato, che dichiara inesistente il diritto a cautela del quale il provvedimento cautelare era stato concesso...*
- sentenza straniera, anche non passata in giudicato, o decisione arbitrale che dichiarino inesistente il diritto a cautela del quale il provvedimento cautelare era stato concesso
- la parte che ha ottenuto il provvedimento cautelare non presenta domanda di esecutorietà in Italia della sentenza straniera o del lodo arbitrale nel termine perentorio (per sequestro conservativo , è 60gg)

Il provvedimento cautelare perde efficacia ex tunc(sin dall'origine)

Conseguenza automatica e oggettiva della caducazione degli effetti del provvedimento cautelare è il ripristino della situazione precedente.

Il risarcimento dei danni presuppone, invece, :

- a) che sia stato dichiarato inesistente il diritto cautelato
- b) che l'istante abbia agito senza la normale prudenza

Competente a dichiarare l'inefficacia del provvedimento cautelare è, normalmente, lo stesso giudice che ha emesso il provvedimento cautelare .(segnati con * i casi in cui è competente il giudice che dichiara inesistente il diritto , il quale provvede con la stessa sentenza)

A seguito del ricorso della parte interessata a far dichiarare l'inefficacia della misura cautelare, il giudice emette :

- **ordinanza** con efficacia esecutiva in calce al ricorso, se non vi è contestazione, contenente:
 - a) declatoria di inefficacia del provvedimento
 - b) disposizioni necessarie per ripristinare la situazione precedente
- **sentenza**, al termine di un ordinario processo di cognizione, se vi è contestazione

ART.669decies

Il provvedimento cautelare, una volta emesso, è soggetto a modifica e revoca, con ordinanza, se si verificano **mutamenti nelle circostanze**.

Giudice competente : **giudice del merito** (se la causa pende davanti a giudice straniero, arbitri, giudice penale, è competente il giudice del provvedimento cautelare).

Presupposti : mutamenti delle circostanze (modificazione delle condizioni che hanno legittimato la concessione della tutela cautelare).

Tale formula ricomprende sia fatti nuovi prima inesistenti sia fatti già esistenti ma non allegati.

Sono suscettibili di modifica e revoca tutti i provvedimenti cautelari, anche se confermati in sede di reclamo.

ART.669undecies

Nell'accogliere l'istanza, il giudice può imporre all'istante, valutata ogni circostanza, una **cauzione** per le eventuali restituzione e/o risarcimento dei danni.

Poiché, infatti, il processo di merito può stabilire che l'istante ha torto, allora è opportuno prestare la cauzione.

Da una parte viene data la tutela cautelare richiesta, dall'altra sono garantite le restituzioni e/o il risarcimento dei danni.

Il provvedimento cautelare ha effetti immediati a prescindere dalla cauzione ma, se la cauzione non è versata nel termine stabilito dal giudice, esso li perde.

ART.669duodecies

Nel caso in cui la controparte non tiene spontaneamente quel comportamento che le è imposto dal provvedimento cautelare , nasce il bisogno di attuare il provvedimento. Il legislatore ha previsto che l'attuazione avviene:

- sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare , nel caso di **obblighi di consegna, rilascio, fare e non fare**.

Il legislatore si è voluto riferire ai provvedimenti nunciativi, ai provvedimenti d'urgenza...

Giudice dell'attuazione è lo stesso giudice che ha emanato il provvedimento.

- con le forme degli artt.491 e seguenti (con le forme dell'espropriazione forzata), nel caso di misure cautelari aventi ad oggetto **somme di denaro**.

Il creditore in possesso di un provvedimento cautelare avente ad oggetto una somma di denaro, potrà immediatamente dar corso all'espropriazione forzata. Non è necessaria la notifica del precetto né la spedizione del titolo in forma esecutiva. E' competente il giudice dell'esecuzione forzata

L'esecuzione dei sequestri continua ad essere disciplinata dagli artt.677 e seguenti.

ART.669terdecies

E' possibile il **reclamo** avverso l'ordinanza con la quale il provvedimento cautelare è stato :

- ammesso
- rigettato

Chi subisce il provvedimento cautelare può:

- chiedere la revoca o la modifica allegando mutamenti delle circostanze allo stesso. La revoca e la modifica fanno valere mutamenti sopravvenuti.
- proporre reclamo ad un altro giudice per chiedere un nuovo esame dei presupposti senza allegare niente di diverso in fatto e in diritto. Il reclamo contesta l'originaria concedibilità del provvedimento cautelare .

E' competente :

- il **tribunale**, contro il provvedimento cautelare dato dall'istruttore;
- la **corte d'appello**, contro il provvedimento cautelare dato dal tribunale;
- **altra sezione della corte d'appello**, contro il provvedimento cautelare dato dalla corte d'appello.

Il reclamo deve essere proposto **entro 10gg.** dalla notificazione del provvedimento cautelare con **ricorso**. Si può sospendere l'efficacia del provvedimento cautelare reclamato solo se esso arreca grave danno per motivi sopravvenuti.

La decisione del reclamo è presa con **ordinanza** che conferma, modifica o revoca il provvedimento cautelare reclamato, con effetto sostitutivo: il provvedimento cautelare è quello emesso in sede di gravame.

ART.669quaterdecies

Tale disciplina unitaria è

- **generale**, perché si applica a tutti i provvedimenti cautelari del c.p.c. e, solo in quanto compatibili, ai provvedimenti cautelari del c.c. e delle leggi speciali.
- **non esaustiva**, perché è da integrarsi con la disciplina dettata per i singoli provvedimenti cautelari.

Ai procedimenti d'istruzione preventiva si applica solo l'art.669septies, relativo al provvedimento negativo.

I sequestri sono i provvedimenti cautelari tipici per eccellenza. Tipi :

- 1) sequestro conservativo (671cpc)
- 2) sequestro giudiziario (670cpc)
 - di beni
 - di prove
- 3) sequestro liberatorio(687cpc)

SEQUESTRO CONSERVATIVO

DEFINIZIONE : in base all'art.671 c.p.c., “ il giudice, su istanza del creditore che ha fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, può autorizzare il sequestro conservativo di beni mobili o immobili del debitore o delle somme o cose a lui dovute nei limiti in cui la legge ne permette il pignoramento”.

FUNZIONE : conservare la garanzia patrimoniale, preservare il patrimonio del debitore, destinato- ex art. 2740c.c.(garanzia generale che assiste tutte le obbligazioni “ il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri) - all'adempimento delle proprie obbligazioni. Il ricorrente si assicura il concreto soddisfacimento del suo credito ovviando in tal modo alle conseguenze pregiudizievoli che potrebbero derivare dal tempo necessario ad ottenere un titolo esecutivo per le vie giudiziali.

PRESUPPOSTI :

A) il **fumus boni iuris** (approssimativa verosimiglianza circa l'esistenza del diritto).

Ci si è chiesto se possa ricorrere alla tutela cautelare il creditore che già dispone di un titolo esecutivo e, quindi, già legittimato a promuovere il procedimento di espropriazione forzata :

- a) se il creditore è munito di titolo esecutivo stragiudiziale, **si** perché se si ammette che il creditore munito di titolo esecutivo stragiudiziale possa promuovere un giudizio di cognizione (strada più lunga), allora non c'è ragione per negargli la tutela cautelare che è la strada più corta per ottenere il medesimo risultato : possibilità di iscrizione di ipoteca giudiziale.
- b) se il creditore ha ottenuto una sentenza di condanna ormai coperta dal giudicato, **no** perché diversamente, risulterebbe violato il principio del ne bis in idem.
- c) se il creditore ha ottenuto una sentenza di condanna provvisoriamente esecutiva, **si** perché per ottenere materialmente il titolo esecutivo (copia autentica della sentenza di condanna munita della formula esecutiva), è necessario pagare l'imposta di registro che si può rivelare eccessivamente onerosa per il creditore.

B) il **periculum in mora** consiste nel pericolo che nel tempo necessario per ottenere un titolo esecutivo giudiziale, il patrimonio del debitore possa divenire insufficiente al materiale soddisfacimento del credito. Il periculum in mora può essere desunto dalle cattive condizioni economiche del debitore sopravvenute ma non dal mero rifiuto ad adempiere. Tale requisito è necessario che permanga anche successivamente all'emanazione del provvedimento.

OGGETTO DEL SEQUESTRO CONSERVATIVO : **beni mobili o immobili del debitore o somme o cose a lui dovute** (sono impignorabili i crediti alimentari e gli stipendi tranne il 20%) **nei limiti in cui la**

legge ne permette il pignoramento (ratio: è chiaro che il sequestro conservativo deve colpire beni sui quali si possa procedere esecutivamente) : principio della correlazione tra sequestrabilità e pignorabilità. Il sequestro conservativo è ammissibile su azioni, beni in comproprietà, quote di partecipazione a s.r.l., singoli beni che compongono l'azienda.

CONVERSIONE IN PIGNORAMENTO : ottenuta una sentenza di condanna esecutiva, un'ordinanza di pagamento di somme non contestate o un'ingiunzione di pagamento o consegna, il sequestro conservativo(art.686cpc) **si converte automaticamente in pignoramento con conseguente apertura del procedimento all'intervento degli altri creditori**

SEQUESTRO GIUDIZIARIO

L'art.670c.p.c. regola due distinte ipotesi di sequestro giudiziario :

SEQUESTRO GIUDIZIARIO DI BENI

DEFINIZIONE : il sequestro giudiziario di beni, previsto dall'art.670 n. 1 c.p.c. , concerne beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni, qualora ne è controversa la proprietà o il possesso ed è opportuno provvedere alla loro custodia o gestione temporanea.

PRESUPPOSTI :

- 1) controversia sulla **proprietà** (sia le liti relative allo jus in re – ciascuna delle parti si afferma titolare di un diritto reale – sia quelle relative agli jura ad rem – diritti di credito aventi per oggetto una prestazione di dare una cosa determinata) o sul **possesso** (anche le liti tra possessore e detentore);
- 2) **periculum in mora** coincide con l'opportunità del provvedimento: il bene controverso, se lasciato nella disponibilità della controparte o di un terzo, rischia effettivamente di andare perso o danneggiato

PARTICOLARITÀ : sembrerebbe non restare spazio per il *fumus boni iuris* in quanto l'art.670c.p.c. fa espresso riferimento a una controversia e non ad una controversia con probabili esiti positivi per il ricorrente

OGGETTO : beni mobili (crediti no perché il preteso creditore non vuole certo evitare l'alterazione o il deterioramento del credito ma semplicemente tutelarsi contro l'eventuale pagamento nelle mani del suo avversario; cambiale, azioni s.p.a. e quote s.r.l. si) o immobili, aziende o altre universalità di beni.

SEQUESTRO GIUDIZIARIO DI PROVE

DEFINIZIONE : il sequestro giudiziario di prove, previsto dall'art.670n.2 , ha come oggetto qualunque cosa da cui la parte intenda trarre elementi di prova a proprio favore ma che si trovino nella materiale disponibilità dell'avversario o di un terzo

FUNZIONE : il sequestro giudiziario di prove consente di impedire la distruzione o comunque la perdita del bene, in vista del futuro, eventuale ordine di esibizione.

Inoltre serve per appurare che il bene esiste ed è nelle mani dell'avversario.

Non c'è controversia se il detentore si rifiuta di ottemperare all'ordine del giudice :

il nostro legislatore ha previsto l'incoercibilità dell'ordine di esibizione prevedendo come uniche conseguenze all'inottemperanza :

- la deduzione di argomenti di prova contro l'avversario detentore ovvero
- una semplice multa, se il detentore è un terzo.

Ne consegue che il fine del sequestro giudiziario di prove non è quello di costringere coattivamente il detentore all'esibizione una volta ottenuto l'ordine del giudice.

SEQUESTRO LIBERATORIO

DEFINIZIONE : in base all'art.687c.p.c., il giudice può ordinare il sequestro delle somme o cose che il debitore ha offerto o comunque messo a disposizione del creditore per la sua liberazione, quando ne è controverso l'obbligo o il modo di pagamento o della consegna, o l'idoneità della cosa offerta.

SCOPO : custodia delle somme o delle cose offerte

L'ESECUZIONE DEI SEQUESTRI

Si applicano gli artt.677 e seguenti.

Il provvedimento di sequestro deve essere **eseguito entro 30gg** dalla sua pronuncia, **a pena d'inefficacia** della misura cautelare concessa.

Modalità di esecuzione del sequestro conservativo :

- 1) per quanto riguarda il sequestro conservativo mobiliare, si rinvia alle disposizioni relative al pignoramento presso il debitore.
- 2) Per quanto riguarda il sequestro conservativo avente ad oggetto crediti, con il pignoramento presso terzi
- 3) Per quanto riguarda il sequestro conservativo immobiliare, la misura cautelare si esegue attraverso la trascrizione del provvedimento presso la conservatoria dei registri immobiliari.

Modalità di esecuzione del sequestro giudiziario : ai sensi dell'art.677cpc, si esegue nelle forme dell' esecuzione in forma specifica per consegna o rilascio senza che occorra la notificazione del precetto. E' opportuna la trascrizione del sequestro di un immobile o di un bene mobile registrato.

Con il provvedimento che autorizza il sequestro, il giudice nomina un custode (anche una delle parti).

PROVVEDIMENTI D'ISTRUZIONE PREVENTIVA

DEFINIZIONE : provvedimenti istruttori, regolati dagli artt.692-699, che vengono disposti in una fase che precede un eventuale e successivo procedimento di cognizione, o la cui assunzione in corso di causa viene anticipata rispetto la fase istruttoria ordinaria.

FUNZIONE : viene tutelato il diritto processuale alla prova del diritto, disponendo anticipatamente l'assunzione di prove per prevenire l'eventuale impossibilità, o difficoltà, di fornire la prova di un fatto nel successivo giudizio. Si deve far subito ciò che in seguito rischia di non potersi fare più.

AMBITO DI APPLICAZIONE : **testimonianza** (stanno per mancare : per morire, per emigrare), **ispezione di cose e luoghi** (bisogna esaminare la cosa perché, col tempo, può subire dei mutamenti), **accertamento tecnico preventivo**(la corte costituzionale nel 1990 ha affemato la possibilità di disporre l'accertamento tecnico preventivo o l'ispezione sulla persona dell'istante, se, ad esempio, la persona deve essere sottoposta urgentemente a interventi sanitari e bisogna accertare la responsabilità risarcitoria)

Nell'ispezione, è il giudice a compiere l'accertamento, nell'accertamento un consulente tecnico nominato dal giudice.

Per le altre prove costituenti non può rendersi necessaria l'istruzione preventiva : il giuramento no perché presuppone che si sappia con certezza qual è il fatto controverso; la confessione no perché essa è possibile anche nella forma stragiudiziale.

PRESUPPOSTI :

- 1) **periculum in mora** :impossibilità o maggiore difficoltà di assumere quel mezzo di prova nel successivo giudizio. Può consistere nel perimento dell'oggetto della perizia o dell'accertamento oppure nella malattia o nella età avanzata del teste;
- 2) **sommatoria cognizione della sussistenza del diritto** :occorre che :
 - il diritto appaia proponibile in un futuro giudizio
 - la prova sia rilevante rispetto al diritto , almeno apparentemente esistente, che costituirà oggetto di futura controversia;

- 3) **rapporto di strumentalità** tra il provvedimento cautelare e il giudizio di merito: avendo la funzione di assicurare e conservare la prova, essi possono esplicare la loro utilità soltanto in un eventuale giudizio di merito o nella fase istruttoria di quello in corso. La parte ha, così, assolto l'onere probatorio

PARTICOLARITÀ:

- 1) non sono subordinati all'instaurazione di un giudizio di merito entro un termine perentorio a pena di inefficacia. Il mezzo istruttorio mantiene efficacia senza essere condizionato alla effettiva instaurazione del giudizio di merito, né alla non estinzione di esso. Tuttavia, la misura cautelare potrà esplicare la sua utilità solo nella fase istruttoria del giudizio di merito.
- 2) Non anticipa la decisione della decisione o gli effetti esecutivi di essa ma solamente una fase del processo, la fase istruttoria.
- 3) la limitata portata di effetti pregiudizievoli (mentre i provvedimenti d'istruzione preventiva non incidono sulla realtà sostanziale, gli altri provvedimenti cautelari sono pericolosi perché producono effetti sulla realtà sostanziale quando ancora non si sa chi ha ragione e chi torto) costituisce motivo per il quale ai procedimenti d'istruzione preventiva non si applica la l.353/1990; l'unica nuova disposizione applicabile è l'art. 669septies, che regola il caso di diniego nella concessione del provvedimento cautelare

PROCEDIMENTO : l'istanza è proposta :

- in corso di causa, al giudice di fronte a cui pende la causa : all'istruttore o, se questi non è ancora designato ovvero se il giudizio è sospeso o interrotto, al presidente.
- prima dell'instaurazione del giudizio, al giudice che sarebbe competente per il merito. *In caso di eccezionale urgenza, è competente il giudice del luogo in cui la prova deve essere assunta.

Il **ricorso** deve contenere l'esposizione sommaria delle domande e eccezioni alle quali la prova è preordinata in modo che il giudice possa desumere la rilevanza della prova rispetto al diritto .

Il giudice **fissa l'udienza** di comparizione delle parti. **Il ricorso è notificato**.

Nell'**udienza**, il giudice valuta, in contraddittorio delle parti, l'ammissibilità dei presupposti.

Se l'istanza è rigettata, la parte la può riproporre fondandola su elementi diversi.

Il provvedimento di ammissione è **un'ordinanza non impugnabile, irrevocabile e immodificabile**.

*Per i casi di eccezionale urgenza il giudice pronuncia il provvedimento con decreto dispensando il ricorrente dalla notifica. Due sono le cautele a favore della parte assente all'assunzione:

- 1) possibilità di nominare un procuratore che intervenga per la parte non presente
- 2) obbligo di notificare il decreto non oltre il giorno successivo all'assunzione.

Una volta ammessa la prova, questa viene assunta nei modi ordinari e se ne redige un verbale.

Il **verbale resta depositato nella cancelleria** del tribunale, in attesa di essere utilizzato nella causa di merito, allorché questa sarà, e se sarà proposta.

IL PROVVEDIMENTO D'URGENZA

Art.700cpc" fuori dai casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito".

DEFINIZIONE : procedimento che ha il carattere della sussidiarietà e la funzione(di chiusura del sistema) di venire incontro a quelle esigenze di tutela per le quali non sia previsto un procedimento cautelare tipico.

Si tratta di uno strumento di tutela atipico e con funzione sussidiaria.

Nei provvedimenti cautelari tipici, il legislatore ha predeterminato il diritto oggetto di tutela e il contenuto del provvedimento, restringendo l'ambito discrezionale del giudice

CARATTERISTICHE : sussidiarietà (la possibilità di ricorrere all'art.700 sussiste solo fuori dai casi in cui risultino applicabili le altre misure cautelari, compresi i provvedimenti cautelari estravaganti, cioè non ricompresi nel c.p.c.), atipicità, strumentalità (tipica di tutti i provvedimenti cautelari)

CONTENUTO : non predeterminato perché il giudice può pronunciare un provvedimento che appaia idoneo ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

DIRITTI TUTELABILI : diritti tutelabili in via ordinaria (delimitazione molto ampia dell'ambito di operatività dell'art.700). Ciò che non è tutelabile in via ordinaria (interessi legittimi, interessi di mero fatto), a maggior ragione non potrà esserlo in via d'urgenza.

FUNZIONE : evitare che, durante il tempo occorrente per ottenere tutela ordinaria, il diritto sia assoggettato ad un pericolo tale da frustrare l'effettività della tutela giurisdizionale.

PERICULUM IN MORA : il diritto che si vuol far valere è minacciato, durante il tempo occorrente per farlo valere in via ordinaria, da un pregiudizio imminente (l'evento temuto si può essere già verificato ma non deve aver completamente esaurito le sue potenzialità dannose) e irreparabile (il danno non è facilmente o integralmente riparabile all'esito del giudizio di merito. Obiezione : in tutti i giudizi il ritardo non è mai pienamente risarcibile. Pericolo di poter ritenere sempre esistente un pregiudizio irreparabile).

Deve trattarsi di un periculum in mora qualificato

La tutela cautelare tipica si applica quando :

- c'è il diritto oggetto di tutela tassativamente previsto dal legislatore
- non c'è un pregiudizio imminente e irreparabile

Se anche ci fosse un diritto di credito tutelabile col sequestro conservativo ma ci fosse un pregiudizio imminente e irreparabile (es. lavoratore), sarebbe ammessa la tutela cautelare atipica.

SOGGETTO : è legittimato al ricorso ex art.700 anche il detentore, escluso nella denuncia di nuova opera e denuncia di danno temuto

EFFETTO : anticipa tutti o taluno degli effetti della sentenza di merito da emanarsi.

- nelle sentenze di accertamento mero : se pur l'accertamento sommario e provvisorio è in contrasto con un accertamento pieno, si può rafforzare il diritto
- nelle sentenze costitutive : il provvedimento d'urgenza è ammissibile
- nelle sentenze di condanna : è possibile ottenere un provvedimento d'urgenza esecutivo, idoneo a promuovere l'esecuzione forzata ma non si possono anticipare due effetti : 1) la possibilità di iscrizione di ipoteca giudiziale 2) la cancellazione della trascrizione delle domande giudiziali

PROVVEDIMENTI NUNCIATIVI

DEFINIZIONE : provvedimenti assunti su denuncia di nuova opera e denuncia di danno temuto, i cui presupposti sostanziali sono rispettivamente regolati dagli artt. 1171 e 1172 c.c.

I provvedimenti nunciativi si collocano nell'ambito della cd.giurisdizione preventiva che - a differenza della giurisdizione repressiva - si attua ante factum, cioè, prima della lesione del diritto.

SCOPO : preservare il denunziante dai danni che possono derivargli dall'attesa dell'accertamento pieno del suo diritto in un giudizio ordinario di cognizione

DENUNZIA DI NUOVA OPERA : concessa a chi, proprietario o titolare di altro diritto reale di godimento, ha ragione di temere che da una nuova opera (novità : capace di comportare una trasformazione dello stato dei luoghi; illegittimità : presupposto implicito della sua capacità di provocare un danno ingiusto) intrapresa da altri sul proprio o sull'altrui fondo stia per derivare danno alla cosa che forma oggetto del suo diritto o del suo possesso.

- Scopo : arrestare l'attività innovatrice altrui.
- Termini temporali : l'azione è concessa qualora la nuova opera sia iniziata ma non ancora terminata e non sia decorso un anno dal suo inizio.
- Effetti : la denuncia di nuova opera tende ad ottenere un non facere, in quanto diretta a proibire al novatore la prosecuzione dell'opera.

DENUNZIA DI DANNO TEMUTO : concessa a chi proprietario o titolare di altro diritto reale di godimento o possessore, ha ragione di temere che da qualsiasi lavoro, edificio o altra cosa già esistenti, sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo alla cosa formante oggetto del suo diritto o del suo possesso.

- Causa : situazione oggettiva di pericolo che si ricollega solo in via mediata al fatto dell'uomo.
- Effetti : la denuncia di danno temuto è finalizzata ad ottenere che l'autorità giudiziaria provveda immediatamente ad ovviare lo stato di pericolo, mira, quindi, a provocare un comportamento attivo dell'obbligato.
- Termini temporali : nessuno.
- Esempio : un albero, sul fondo del vicino, minaccia di cadere sulla casa del denunciante.

PERICULUM IN MORA : l'opera (nella denuncia di nuova opera) o la cosa (nella denuncia di danno temuto) sono potenzialmente produttive di danno per il diritto del denunciante. DENUNZIATO : nella denuncia di nuova opera è oltre al soggetto a beneficio del quale l'opera è stata iniziata, anche colui che appare prima facie come responsabile della violazione. Nella denuncia di danno temuto è il soggetto che aveva l'obbligo di sorveglianza e manutenzione sulla cosa.

PROVVEDIMENTO CAUTELARE :

- 1) nella denuncia di nuova opera , consiste
 - a) in un divieto di continuazione dell'opera (+ cauzione finalizzata a garantire il risarcimento dei danni prodotti al denunciato, nel caso in cui nel giudizio di merito l'opera risulti legittima) ovvero
 - b) in un permesso (+ cauzione finalizzata a assicurare la demolizione dell'opera e il risarcimento dei danni, nel caso in cui nel giudizio di merito l'opera risulti illegittima).
- 2) Nella denuncia di danno temuto , invece, il giudice provvede secondo le circostanze ad ovviare il pericolo(+discrezionalità).

Non è mai consentita l'imposizione di interventi definitivi

ATTUAZIONE : i provvedimenti nunciativi, se pur non ricompresi nell'art.474c.p.c., hanno forza ed efficacia esecutiva. Essi trovano esecuzione coattiva sotto controllo del giudice.

PROVVEDIMENTI POSSESSORI

Il possesso è il potere di fatto sulla cosa corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale. Le azioni a tutela del possesso sono l'azione di reintegrazione e l'azione di manutenzione (art.1168-1170c.c.; art.703-705cpc.).

L'azione di reintegrazione, in base all'art.1168, è concessa a chi sia stato violentemente o occultamente spogliato del possesso, per consentirgli di ottenere una rapida reintegrazione del possesso medesimo. La tutela è concessa indipendentemente dalla legittimità del possesso, dalla buona o malafede del possessore.

Requisiti :

- 1) lo spoglio, cioè, la privazione totale o parziale del possesso
- 2) la violenza o la clandestinità dello spoglio; infatti, non si ha diritto alla tutela se la disponibilità del bene è stata persa per atto volontario.

Termine : l'illecito non deve essere stato compiuto da più di un anno.

Legittimazione attiva : l'azione spetta al possessore o al detentore, salvo, in quest'ultimo caso, che tale detenzione sia dovuta a ragioni di servizio o di ospitalità(ad es. il dipendente).

Finalità : recuperatoria, si vuole ottenere la restituzione del bene sottratto. Se l'autore dello spoglio ha perduto la disponibilità del bene, lo spogliato può chiedere la reintegrazione nei confronti del terzo se quest'ultimo era a conoscenza del fatto, nel caso in cui la disponibilità è stata persa prima della domanda di reintegrazione. Se, invece, l'autore dell'illecito perde la disponibilità dopo, la sentenza che dispone la reintegrazione è efficace nei confronti del terzo, a prescindere dalla conoscenza che abbia avuto dello spoglio.

L'azione di manutenzione, in base all'art.1170, è concessa a chi sia stato molestato nel possesso di un immobile o di un'universalità di mobili.

Sono molestie le immissioni di fumo, calore, rumori..

Oggetto del possesso tutelabile : beni immobili o universalità di beni mobili.

Requisiti : è necessario che :

- 1) il possesso duri continuato da almeno un anno
- 2) non sia stato acquistato con violenza o clandestinamente.

Legittimazione attiva : l'azione spetta a)al possessore del bene b)a chi sia stato spogliato della cosa in modo non violento né clandestino: spoglio semplice.

Termine : l'illecito non deve essere stato compiuto da più di un anno.

Finalità : consiste nell'accertamento della illiceità dei comportamenti di turbativa e nell'ordine di cessazione degli effetti.

SOGGETTO PASSIVO : l'autore dello spoglio o della molestia. Non può esserlo la P.A., a meno che non agisca jure privatorum e con atti non riconducibili a specifici atti amministrativi.

PROCEDIMENTO : ha due fasi :

1) fase a carattere interdittale e anticipatorio instaurata innanzi al giudice del luogo ove è stato compiuto lo spoglio o l'atto di turbativa con ricorso (se si tratta di domanda relativa al possesso per fatti che avvengono durante la pendenza del giudizio petitorio deve essere proposta al giudice di quest'ultimo). Il giudice, accertati i fatti con cognizione sommaria, emette un provvedimento esecutivo, con il quale viene ordinata la reintegrazione nel possesso ovvero la cessazione delle molestie. Con l'ordinanza di accoglimento, il giudice fissa un termine non superiore a 30 gg. per iniziare il giudizio di merito.

2) fase del giudizio ordinario a cognizione piena che si conclude con una sentenza destinata a sostituire il provvedimento cautelare. Questa fase ha per oggetto l'accertamento del possesso e il semplice riesame del provvedimento emesso in via d'urgenza

PECULIARITA':

1) il periculum in mora è considerato in re ipsa, ovvero sempre esistente nell'esigenza di restituire al possessore il libero esercizio del suo possesso.

2) si tratta di un procedimento autonomo perché, una volta conclusasi la seconda fase, non sorge alcuna necessità di un successivo giudizio di merito (il giudizio petitorio, inerente alla cognizione del titolo che giustifica il possesso, è cosa ben distinta dal giudizio possessorio)

DIVIETO DI GIUDIZIO PETTORIO : il convenuto nel giudizio possessorio non può proporre giudizio petitorio (che ha per oggetto il riconoscimento del diritto di proprietà), fino a che il primo giudizio non sia definito (basta la sentenza anche se non passata in giudicato) e la decisione non sia stata eseguita.

RISARCIMENTO DEI DANNI : è ammessa la domanda, anche se ha natura petitoria. Si tratta di una domanda accessoria che segue la principale.

BOX