

PIERO CALAMANDREI

OPERE GIURIDICHE

IV

ISTITUZIONI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

Roma TrE-Press
2019

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

La memoria del diritto

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

4

Piero Calamandrei

OPERE GIURIDICHE
Volume IV

Istituzioni di diritto processuale civile

Presentazione di Enrico Tullio Liebman

Riedizione a cura della
Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei
Istituzione del Comune di Montepulciano
e della
Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" – Roma

RomaTrE-Press
2019

Comitato scientifico della Collana:
Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press
Roma, settembre 2019
ISBN: 978-88-32136-47-0

http://romatrepress.uniroma3.it

Le eredi di Piero Calamandrei, titolari dei diritti sulle sue opere, hanno autorizzato la Roma TrE-Press a diffondere in *open access* questo volume i cui contenuti sono assoggettati alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International Licence* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale. Il volume, oltre che sulla piattaforma della Roma TrE-Press è disponibile su quella di Google Books.



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
La memoria del diritto

Con la Collana "*La memoria del diritto*" il Dipartimento di Giurisprudenza di Roma Tre intende offrire alle comunità dei giuristi, italiani e stranieri, la possibilità di accedere, a distanza e in formato digitale, a classici ormai introvabili e spesso conservati ormai nei "fondi" delle Biblioteche.

Il diritto è una disciplina intrinsecamente storica, costruita su materiali normativi e concettuali che si sono formati e stratificati con il passare dei secoli. La conoscenza delle opere dei grandi Maestri risponde ad esigenze al tempo stesso metodologiche e culturali. "Memoria" è un vocabolo che esprime una tensione creatrice fondata sullo studio e la rivisitazione del passato.

Questa Collana si aggiunge all'altra Collana di Dipartimento "*L'unità del diritto*" esprimendo la complessità, ma anche la unitarietà diacronica e sincronica, del fenomeno giuridico.

La opzione per pubblicazioni in *open access* risponde pienamente al progetto di Dipartimento di Eccellenza: l'Università in quanto istituzione di formazione e di ricerca finanziata da risorse pubbliche ha un obbligo – ma anche un precipuo interesse – a diffondere con un raggio quanto più ampio i risultati delle proprie attività, creando esternalità positive e offrendo la possibilità anche a chi non è direttamente impegnato nella ricerca universitaria a sviluppare proprie piste di indagine e arricchendo i propri orizzonti culturali.

La scelta di inaugurare la Collana con i dieci volumi delle "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei vuole essere emblematica, creando un ponte intellettuale che copre oltre un secolo e che si proietta, grazie alla acutezza del grande Giurista e uomo politico, nella contemporaneità.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Presentazione della riedizione

La Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei, istituzione del Comune di Montepulciano e la Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" di Roma sono liete di rendere accessibili agli studiosi del diritto così come ad un più ampio pubblico le "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei, attualmente purtroppo reperibili solo nelle biblioteche.

L'opera multiforme di Piero Calamandrei (1889-1956) spazia dal diritto alla letteratura, alla poesia, alla pittura, alla fotografia e non cessa di offrire spunti attualissimi di acuta riflessione sulle istituzioni, i principi che le devono reggere, i rischi e le sfide della democrazia.

Queste "Opere Giuridiche" possono dunque essere lette in congiunzione, non solo ideale, con quelle pubblicate o ripubblicate in questi anni grazie alla cura di eminenti giuristi e studiosi ed ai tanti ritrovamenti archivistici di inediti significativi. Oltre ai classici *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, l'*Inventario della casa di campagna* e *Uomini e città della resistenza* citiamo l'edizione integrale dei *Diari (1939-1945),* gli inediti *Fede nel diritto, Non c'è libertà senza legalità , Il fascismo come regime della menzogna* e le raccolte *L'avvenire dei diritti di libertà, Patologia della corruzione parlamentare, Per la scuola, La burla di primavera* .

Nel licenziare l'opera per la sua diffusione planetaria in *open access* un particolare ringraziamento va a Google Books e alla sua squadra, che ha curato una scansione digitale di qualità, a Matilda Cappelletti, figlia di Mauro Cappelletti allievo prediletto di Calamandrei e curatore, fra gli anni '70 e '80, della edizione delle "Opere Giuridiche", al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre che ha voluto dare vita, per l'occasio-

ne, alla Collana "*La memoria del diritto*", un titolo che pensiamo sarebbe piaciuto al grande Maestro. Ed infine alla Roma TrE-Press che continua nella sua meritoria opera di rendere accessibile a tutti, senza oneri, i risultati delle ricerche universitarie.

Silvia Calamandrei
Presidente della Biblioteca
e Archivio Storico
Istituzione del Comune di Montepulciano

Vincenzo Zeno-Zencovich
Presidente della Fondazione
"Centro di iniziativa giuridica
Piero Calamandrei" - Roma

ATTUALITA' DI PIERO CALAMANDREI, PROCESSUALISTA

1.- Ristampare oggi le *Opere giuridiche* di Piero Calamandrei non è soltanto un modo efficace per offrire agli studiosi del processo civile un facile accesso a preziosi volumi ormai fuori commercio; significa anche e soprattutto riconoscere il profondo legame fra le origini della dottrina processualcivilistica e il futuro del processo civile, che attraversa il passato meno recente per giungere fino all'attuale presente, secondo una continuità e un destino che sono in realtà fuori dal tempo, ciò che avviene solo ed esclusivamente per i "classici".

Questa consapevolezza era già viva nei giuristi del passato che, con amorevole cura e lungimirante dedizione, ebbero l'idea di raccogliere – sotto la guida di Mauro Cappelletti – tutti gli studi giuridici di Piero Calamandrei: le monografie sulla *Cassazione civile* e sulla *Chiamata in garanzia*, le *Istituzioni del processo civile* e gli scritti che si fa fatica a qualificare come «minori», costituendo delle vere e proprie pietre miliari in tema di teoria generale del processo, di prova civile, di vizi della sentenza e mezzi di impugnazione, di tutela cautelare e di giustizia costituzionale.

A quella lodevole iniziativa parteciparono, con brillanti saggi introduttivi, studiosi del calibro di Virgilio Andrioli, Enrico Tullio Liebman, Tito Carnacini, Vittorio Denti, Giovanni Pugliese, Costantino Mortati, riuniti dall'idea di appartenere ad una comunità accademica coesa e consapevoli di essere di fronte a studi di intramontabile valore, i quali vennero presentati con il rispetto e con l'ammirazione che merita un autentico fondatore della disciplina.

Chiunque rilegga oggi uno qualsiasi dei saggi di Piero Calamandrei ne può constatare la profondità del pensiero, la ricchezza degli spunti, l'originalità dei risultati, l'eleganza della prosa, la viva e perdurante attualità.

La vastità del pensiero dell'insigne giurista fiorentino – che è stato ad un tempo Professore di diritto processuale civile, Rettore dell'Università degli Studi di Firenze, Presidente del Consiglio Nazionale forense e Deputato dell'Assemblea Costituente – non si presta ad una minuta e noiosa rassegna, proprio per la straordinarietà della sua vita scientifica e umana. Ci limitiamo , quindi, a segnalare alcune delle idee più significative del suo insegnamento, che possono ormai considerarsi patrimonio comune dell'odierna dottrina processualcivilistica, anche in considerazione dei successivi sviluppi: la natura della Cassazione civile, la visione del processo come gioco, la funzione della tutela cautelare, i concetti di verità e di verosimiglianza nel processo.

2.- La Cassazione, quale organo supremo di giustizia e regolatore dei rapporti tra le diverse giurisdizioni, costituisce il risultato più significativo ed importante dell'opera scientifica di Piero Calamandrei, sebbene, all'epoca, questa avesse suscitato le perplessità ricordate da Virgilio Andrioli.
Nel 1933, nel decennale della Cassazione unica, Piero Calamandrei scriveva che «la porta, per la quale la scienza del diritto entra più liberamente nelle aule di giustizia, è quella della Cassazione unificata».
Nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente, quando si discuteva dell'art. 102, corrispondente all'attuale settimo comma dell'art. 111 Cost., Piero Calamandrei arrivò in ritardo. Nella prima parte del dibattito, Giovanni Leone difese la proposta della Commissione contro gli emendamenti diretti a reistituire le Cassazioni regionali, sostenuti anche da Palmiro Togliatti e da Vittorio Emanuele Orlando.
Nel rinnovato quadro normativo, ma quando si riteneva ancora che parte delle disposizioni della Carta fondamentale della Repubblica fossero meramente «programmatiche», la Cassazione riconobbe che l'art. 111, comma 2 (oggi 7), avesse immediata portata precettiva (Cass., sez. un., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro it.*, 1953, I, 1248).
L'assemblea generale della Corte di Cassazione del 23 aprile 1999 aveva segnalato i rischi paventati per l'attività della Corte.
La crescita esponenziale dei ricorsi, dipendente in buona parte anche dalla riforma del contenzioso tributario e, da ultimo, dalle controversie in materia di immigrazione, ha creato, per la Corte, una situazione di emergenza.
Quest'ultima, a sua volta, ha suscitato una frenesia legislativa che, pur diretta

a porre rimedio, ha fatto del procedimento di legittimità un gioco dell'oca (*Foro it.*, 2018, V, 213), privo di oggettiva base razionale e mortificante anche per i magistrati.
La cattedrale della giustizia è un edificio alla manutenzione del quale contribuiscono gli studiosi e gli operatori.
La porta, che Piero Calamandrei ha contribuito ad aprire e che salutava con soddisfazione nel decennale della Cassazione unica, è mantenuta aperta dal dialogo sui contrasti di giurisprudenza e sulle questioni processuali controverse.
Il controllo di legalità che la Costituzione ha affidato alla Corte, anche grazie al contributo di Piero Calamandrei, presuppone che, come prevede la legge, le decisioni siano il frutto di un'opera collegiale e del confronto aperto anche all'esterno.
Non mancano, anche a causa della enorme mole di lavoro, note autonome, che si distaccano dall'armonia dell'orchestra.
Proprio in riferimento al contributo giovanile di Piero Calamandrei, che aveva segnato i confini dell'istituto, si è affermato che «la distinzione tra garanzia propria e impropria è destituita di fondamento e che tutte le fattispecie ricondotte all'una e all'altra categoria devono andare soggette alla medesima disciplina processuale» (così Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707).
Grazie alla porta aperta da Piero Calamandrei, anche in relazione a questa decisione, che ha disatteso una tradizione consolidata e l'espressa previsione normativa di cui all'art. 106 c.p.c., che appunto distingue la comunanza di causa e la chiamata in garanzia, le reazioni degli studiosi hanno proseguito il dialogo, che può trovare nuova linfa nella ripubblicazione anche della monografia del 1913.

3.- Un indubbio pregio delle opere di Calamandrei, che ne costituisce uno dei tratti di maggiore fascino, consiste nel felicissimo connubio fra l'alto valore delle sue riflessioni scientifiche e la considerazione dell'esperienza processuale, il suo vivo e concreto pulsare nel cuore degli uomini.
L'esempio forse più apprezzabile di questo legame fra teoria e pratica del processo si trova nel celeberrimo e suadente saggio sul *Processo come giuoco* pubblicato sulla *Rivista di diritto processuale* del 1950, nel quale si osservava che «se il giurista 'puro' può prendersi il lusso di trattar le leggi come congegni di precisione», solo a questo non può limitarsi l'avvocato, «il quale

deve ad ogni istante ricordarsi che ogni uomo è una persona, cioè un mondo morale unico ed originale, che dinnanzi alle leggi si comporta secondo i suoi gusti e i suoi interessi, in maniera imprevedibile e spesso sorprendente».
E questa unicità ciascuna parte la dimostra appunto nel *gioco del processo*, che fra i suoi scopi istituzionali contempla ovviamente quello di amministrare la giustizia, ma che al tempo stesso è il luogo dello scontro dialettico fra intelligenze, per il quale è assai calzante il proverbio popolare secondo cui per vincere una causa occorrono diversi ingredienti: l'*avere ragione*, il *saperla esporre*, il *trovare chi la intenda* e *che la voglia dare*, e alla fine *il debitore che possa pagare*.
L'esito del combattimento giudiziario dipende insomma non solo dalle ragioni, ma anche dall'abilità nel giocare la partita, dalla somma dei comportamenti dei litiganti, dalle loro astuzie, dall'efficacia delle loro mosse a sorpresa. Eppure, anche questa visione agonistica del processo non può dirsi completa, perché – come riconosce espressamente lo stesso Calamandrei – la libertà della tattica processuale è limitata dall'obbligo delle parti e dei loro difensori di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.
Controversa è tuttavia l'interpretazione di questa clausola generale e quindi eternamente si discute, oggi come allora, dell'abuso del processo, dei contorni della responsabilità per mala fede processuale, del significato del dolo revocatorio, del valore degli argomenti di prova ricavabili dal contegno processuale dei litiganti, del problema dell'obbligo delle parti di dire il vero nel processo. Ed è questo uno degli aspetti più vitali, ancora oggi attualissimo, dell'insegnamento di Piero Calamandrei.

4.- «Credo che – osserva Vittorio Denti nella Presentazione del IX volume – da molti degli scritti minori, più che dalle grandi opere sistematiche, dovrà prendere le mosse chi vorrà ricostruire la figura e l'opera di Piero Calamandrei». È vero anche, d'altro canto, che fra gli scritti minori di Calamandrei alcuni assumono una particolare importanza sia per la grande influenza che hanno avuto sulla riflessione successiva intorno agli argomenti da essi trattati, sia per la straordinaria finezza ed attualità dei loro contenuti. È il caso – per limitarsi ad alcuni esempi fra i molti che si potrebbero fare – dell'*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* del 1936 e dell'ultimo suo saggio in materia di diritto processuale civile *Verità e verosimiglianza nel processo civile* del 1955.

Quando Calamandrei pubblica l'*Introduzione*, dedicandolo a Giuseppe Chiovenda, ha appena compiuto 47 anni ed è al culmine della sua attività scientifica. Nell'avvertenza il Maestro fiorentino sottolinea come non si tratti di una monografia dedicata al tema della tutela cautelare, quanto piuttosto della parte introduttiva di «un corso sui provvedimenti cautelari», rivolto agli studenti del «secondo biennio» della Facoltà giuridica fiorentina. Pur avendo finalità prevalentemente didattiche lo studio si segnala fin da subito per il modo nuovo con il quale affronta il tema della tutela cautelare e per la piena consapevolezza della stretta correlazione che sussiste fra questa particolare forma di tutela e l'effettività della stessa funzione giurisdizionale. Ed è questa la ragione per la quale esso non solo continua ad essere considerato un classico sul tema, ma a conservare piena attualità.

Anzitutto, Calamandrei anticipa ciò che ormai costituisce un dato imprescindibile nella riflessione processualcivilistica, e cioè che solo «in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo (del giudice) potesse essere *istantaneo*, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno e adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari».

La tutela cautelare, dunque, trae la sua ragion d'essere dall'esigenza di assicurare gli effetti dei provvedimenti, alla produzione dei quali è diretta la funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione, ovviando ai pericoli che minacciano la fruttuosità della tutela giurisdizionale di un diritto nel tempo necessario per conseguirla.

E Calamandrei ha ben chiaro che la stretta relazione che inevitabilmente lega la tutela cautelare all'esigenza di assicurare gli effetti della primaria funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione impone di guardare ad essa come ad una diretta manifestazione della garanzia del diritto di azione e alla sua piena effettività.

Siccome per la sua stessa natura il processo non può plausibilmente prescindere dall'impiegare un certo lasso di tempo, più o meno lungo, prima di pervenire alla decisione finale, si comprende agevolmente la necessità che la disciplina che l'accompagni si presenti come una sorta di «corsa contro il tempo»: impedisca, cioè, che si protragga più del dovuto (sia improntato

ad una «ragionevole durata») e, contestualmente, offra alla parte che ha bisogno della tutela giurisdizionale gli strumenti idonei ad evitare che le conseguenze del fisiologico protrarsi del processo ricadano sulla situazione giuridica tutelanda.
A maggior ragione queste considerazioni valgono se si considera che, proprio nell'ottica del superamento dell'autotutela privata e della funzione pubblicistica del processo civile, la sua finalità non venga limitata alla soluzione della lite ed alla tradizionale tutela del diritto soggettivo sostanziale, di cui la parte si afferma titolare, ma ricomprenda anche il ristabilimento della pacificazione sociale o comunque la riaffermazione del diritto obiettivo o della chiovendiana volontà di legge nel caso concreto.
Il lasso di tempo che necessariamente deve intercorrere fra l'instaurazione del giudizio con la manifestazione del «bisogno di tutela giurisdizionale» e la pronuncia di una sentenza dotata di efficacia esecutiva, espone la tutelanda situazione al pericolo di subire un ulteriore pregiudizio, che può consistere o nel verificarsi di fatti tali da porre in pericolo le possibilità di concreta attuazione della sentenza, o comunque nel permanere della violazione e quindi dello stato di insoddisfazione del titolare della situazione sostanziale violata. «I provvedimenti cautelari – chiarisce Calamandrei in maniera mirabilmente efficace – rappresentano una conciliazione tra le due esigenze spesso contrastanti della giustizia, quella della *celerità* e quella della *ponderatezza*: tra il far presto e male, e il far bene ma tardi; i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario … [e] preventivamente assicurano i mezzi atti a far sì che il provvedimento definitivo possa avere, quando sarà emanato, la stessa efficacia e lo stesso rendimento pratico che avrebbe se fosse emanato immediatamente». Ma il processo di affermazione di questa stretta correlazione fra tutela cautelare ed effettività della tutela giurisdizionale richiedeva che la stessa tutela cautelare venisse ricostruita come tipica funzione giurisdizionale autonoma. Ed è in questa direzione che l'insegnamento di Calamandrei è stato determinante.

5.- Non meno significativo l'apporto che Calamandrei offre al progresso

della riflessione intorno alla formazione del convincimento del giudice con il suo famosissimo saggio su *Verità e verosimiglianza*.
In esso, Egli riprende – dopo oltre mezzo secolo – l'insegnamento di Adolf Wach secondo cui nel processo ogni giudizio di verità diventa un giudizio di probabilità («*aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*»), per giustificare la conclusione che «anche per il giudice più scrupoloso e attento vale il fatale limite di relatività che è propria della natura umana». Quando si dice che un fatto processuale è vero – osserva il Maestro fiorentino – «si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di chi lo giudica tale, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto»; nient'altro, dunque, che «un surrogato di verità», commisurato all'esperienza, alla cultura e alla capacità del giudicante.
In tale ottica, il giudizio fondato sulla probabilità è funzionale a misurare la capacità di una determinata allegazione di rappresentare un'effettiva realtà fattuale, secondo «l'ordine normale delle cose», ovvero nel rispetto di tutti quei limiti che inevitabilmente il giudice incontra e che gli derivano dal principio fondamentale del processo moderno per cui il giudice deve assumere una posizione di passiva attesa, dalla quale può uscire solo per affacciarsi a quella «porzione di realtà» che le parti gli sottopongono. Ciò che, in definitiva, va letto come la riaffermazione, anche sul versante dell'accertamento probatorio, della concezione garantista del processo propria del «liberalismo processuale».

* * *

La ristampa delle *Opere giuridiche* conferma che gli studiosi del processo civile, come diceva Bernardo di Chartres, siedono sulle spalle dei giganti («*nos esse quasi nanos gigantum humeris insidientes*») e su di essi grava la responsabilità e di non disperdere i frutti dell'opera intrapresa e degli insegnamenti ricevuti.

Roma, aprile 2019

Antonio Carratta *Giorgio Costantino* *Giuseppe Ruffini*



OPERE GIURIDICHE
di
PIERO CALAMANDREI
a cura di Mauro Cappelletti

Contenuti dei 10 Volumi

Volume I: *Problemi generali del diritto e del processo*.

Volume II: *Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto,* con *Presentazione* di Mauro Cappelletti.

Volume III: *Diritto e processo costituzionale,* con *Presentazione* di Costantino Mortati.

Volume IV: *Istituzioni di diritto processuale civile.* In Appendice: *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi),* con *Presentazione* di Enrico Tullio Liebman.

Volume V: *La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove,* con *Presentazione* di Tito Carnacini.

Volume VI: *La Cassazione civile*, Primo volume, con *Presentazione* di Virgilio Andrioli.

Volume VII: *La Cassazione civile*, Secondo volume, con *Presentazione* di Mauro Cappelletti.

Volume VIII: *Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, con *Presentazione* di Giovanni Pugliese.

Volume IX: *Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri,* con *Presentazione* di Vittorio Denti.

Volume X: *Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa*. In Appendice: *Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958) a cura di A. Mondolfo e M. Cappelletti, con integrazioni e, fino al 1985, con aggiornamenti di C. Cordié*, con *Presentazione* di Paolo Barile.

INDICE

DEL QUARTO VOLUME

Presentazione (Enrico Tullio Liebman) » V

SEZIONE IV

ISTITUZIONI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

ISTITUZIONI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE SECONDO IL NUOVO CODICE » 3

Avvertenza alla prima edizione » 4

Avvertenza alla seconda edizione » 10

PARTE PRIMA: PREMESSE STORICHE E SISTEMATICHE » 11

CAPO PRIMO : *Il nuovo codice e i suoi precedenti storici* » 13

§ 1. Ritorno alla tradizione italiana, p. 13. — § 2. I fattori storici della riforma, p. 15. — § 3. Precedenti e lavori preparatorî del nuovo Codice, p. 18. —§ 4. Il nuovo processo civile nella codificazione, p. 22. — § 5. Sistema e partizione del nuovo Codice, p. 27. — § 6. Letteratura, p. 28.

CAPO SECONDO : *Nozioni sistematiche fondamentali* » 31

§ 7. Premessa, p. 31.

Capitolo Primo: *La giurisdizione* » 33

§ 8. Giurisdizione e formulazione del diritto, p. 33. — § 9. Giurisdizione d'equità e giurisdizione di diritto: il principio di legalità, p. 36. — § 10. Struttura logica delle norme giuridiche: la norma astratta e l'individuazione del comando, p. 39. — § 11. Il diritto e la possibilità della sua inosservanza: il problema della coazione, p. 41. — § 12. Iniziativa pubblica e iniziativa privata per la osservanza del diritto, p. 43. — § 13. Nozione di garanzia giurisdizionale, p. 46. — § 14. Varî tipi di garanzia giurisdizionale, p. 50. — § 15. A) Garanzia giurisdizio-

nale contro la trasgressione del precetto, p. 51. — § 16. B) Garanzia giurisdizionale contro la incertezza del diritto, p. 57. — § 17. C) Garanzia giurisdizionale a scopo costitutivo, p. 59 — § 18. D) Garanzia giurisdizionale a scopo cautelare, p. 61 — § 19. I due momenti della giurisdizione: A) La cognizione, p. 63 — § 20. I due momenti della giurisdizione: B) L'esecuzione forzata, p. 66. — § 21. Nozione unitaria di giurisdizione, p. 71. — § 22. La funzione giurisdizionale e le altre funzioni dello Stato, p. 79. — § 23. La giurisdizione volontaria, p. 83. — § 24. La conciliazione, p. 87. — § 25. Potere creativo del giudice, p. 89. — § 26. Il potere normativo della magistratura del lavoro, p. 94. — § 27. Classificazione riepilogativa dei provvedimenti giurisdizionali secondo il loro contenuto, p. 95.

Capitolo Secondo: *L'azione* » 103

§ 28. Divieto dell'autodifesa, p. 103. — § 29. La giustizia pubblica come succedaneo dell'autodifesa vietata, p. 106. — § 30. L'azione come invocazione della garanzia dello Stato, p. 108. — § 31. L'azione come condizione per l'esercizio della giurisdizione, p. 110. — § 32. Importanza pratica dell'azione nel sistema del processo, p. 112. — § 33. Bilateralità dell'azione. - L'eccezione, p. 114. — § 34. Teorie sull'azione: l'azione in senso concreto, p. 116. — § 35. Teorie sull'azione: l'azione in senso astratto, p. 120. — § 36. Relatività delle teorie sulla azione, p. 123. — § 37. Requisiti costitutivi dell'azione, p. 126. — § 38. Azione privata e azione pubblica, p. 138. — § 39. Elementi di identificazione delle azioni (o cause), p. 142. — § 40. Classificazione delle azioni (o cause), p. 149. — § 41. Relazioni tra azioni (o cause), p. 150. — § 42. Distinzioni della giurisdizione per materia, p. 158.

Capitolo Terzo: *Il processo* » 165

§ 43. Nozione di processo: legalità o libertà delle forme processuali, p. 165. — § 44. Il procedimento come successione di atti; fasi del procedimento e posizione del provvedimento giurisdizionale, p. 170. — § 45. Caratteri tipici del procedimento, p. 172. — § 46. La dialetticità del processo; il rapporto processuale, p. 176. — § 47. Importanza pratica della nozione di rapporto processuale, p. 182. — § 48. Rapporto processuale e azione: i cosiddetti « presupposti processuali », p. 184. — § 49. Iniziativa ufficiale e iniziativa di parte, p. 191. — § 50. Pluralità dei tipi di procedimento e loro classificazione, p. 193. — § 51. Nozione di diritto processuale, p. 197.

CAPO TERZO : *Gli orientamenti originali del nuovo codice* » 203

§ 52. Le direttive tendenziali della riforma, p. 203 — § 53. Il principio della adattabilità del procedimento alle esigenze della causa, p. 204. — § 54. Il principio della adattabilità dell'organo

alle esigenze del processo, p. 206. — § 55. Il principio della funzionalità del procedimento, p. 208. — § 56. Il principio di preclusione elastica delle deduzioni, p. 210. — § 57. Il principio di autorità nel processo, p. 214. — § 58. Impulso processuale e direzione del processo, p. 217. — § 59. Iniziativa di parte e iniziativa ufficiale nell'accertamento dei fatti: il principio dispositivo come regola generale del nuovo processo, p. 221. — § 60. Il processo civile inquisitorio, p. 224. — § 61. Rafforzamento del dovere civico di collaborazione alla giustizia, p. 226. — § 62. Carattere sociale del nuovo processo: nuovo significato del principio di uguaglianza delle parti, p. 230. — § 63. L'umanità del nuovo processo, p. 232.

PARTE SECONDA - DISPOSIZIONI GENERALI: LE PERSONE DEL PROCESSO » 234

§ 64. Premessa, p. 237.

CAPO PRIMO : *Le persone del processo* » 238

§ 65. Materia e partizione di questo capo, p. 238.

TITOLO PRIMO : *Gli organi giudiziari* » 240

§ 66. Organi ed uffici giudiziari: Ordinamento giudiziario e diritto processuale; fonti, p. 240.

Capitolo Primo: *L'ordinamento interno degli organi giudiziari* » 242

§ 67. Gli organi giudiziari come organi complessi, p. 242. — 68. A) L'ufficio giudicante: Composizione personale, p. 244. — § 69. Nomina e stato giuridico dei funzionari addetti all'ufficio giudicante: garanzie della loro indipendenza e imparzialità, p. 250. — § 70. B) L'ufficio di cancelleria, p. 259. — § 71. C) L'ufficiale giudiziario, p. 260.

Capitolo Secondo: *L'ordinamento esterno degli organi giudiziari* » 262

§ 72. Principio della pluralità degli organi giudiziari, p. 262. — § 73. A) Pluralità di tipi di organi giudiziari, p. 263. — § 74. B) Pluralità degli organi giudiziari dello stesso tipo, p. 267. — § 75. La gerarchia degli organi giudiziari ordinari, p. 269. — § 76. Organi giudiziari speciali, p. 271. — § 77. Sezioni speciali degli organi ordinari, p. 279. — § 78. La corte di cassazione, come « organo supremo della giustizia », p. 283.

Capitolo Terzo*: I limiti della giurisdizione* » 284

§ 79. Varî criteri di delimitazione della giurisdizione (Limiti esterni e limiti interni), p. 284. — § 80. Momento determinativo della giu-

risdizione e della competenza, p. 289.

Sezione Prima*:* I limiti esterni della giurisdizione (questione di giurisdizione) » 294

§ 81. A) Limiti internazionali della giurisdizione: giurisdizione nei confronti degli stranieri, p. 294. — § 82. Giurisdizione ecclesiastica sulle cause matrimoniali, p. 298. — § 83. Efficacia in Italia dei provvedimenti giurisdizionali stranieri, p. 300. — § 84. B) Limiti costituzionali della giurisdizione, p. 302. —§ 85. Limiti tra giurisdizione e attività legislativa, p. 304. — § 86. Limiti tra giurisdizione e attività amministrativa, p. 307. — § 87. C) Limiti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali, p. 311.

Sezione Seconda*:* I limiti interni della giurisdizione (questione di competenza) » 315

§ 88. La questione di competenza e i vari criteri per risolverla, p. 315. — § 89. Osservazioni generali, p. 319. — § 90. Regole della competenza oggettiva in particolare: criterio qualitativo (per materia), p. 322. — § 91. Regole della competenza oggettiva in particolare: criterio quantitativo (per valore), p. 328. — § 92. Regole della competenza funzionale in particolare, p. 335. — § 93. Nozioni generali sulla competenza per territorio, p. 339. — § 94. Regole della competenza per territorio: criterio personale e criterio reale, p. 343. — § 95. Regole della competenza per territorio: criterio organico, p. 351.

Sezione Terza*:* Modificazioni e garanzie dei limiti (esterni e interni) della giurisdizione » 354

§ 96. Osservazioni generali, p. 354. — § 97. Modificazioni della giurisdizione e della competenza per volontà delle parti, p. 356. — § 98. Modificazioni della giurisdizione e della competenza derivanti dalla identità delle cause o da comunanza di elementi tra esse, p. 363. — § 99. Poteri del giudice e delle parti a garanzia dell'osservanza delle regole di giurisdizione e di competenza, p. 382. —§ 100. Decisioni sulla giurisdizione e sulla competenza: effetti e rimedi, p. 386.

TITOLO SECONDO : *Gli ausiliari* » 398

§ 101. Nozioni generali, p. 398. — § 102. a) L'incarico giudiziario, p. 400. — § 103. b) Il servizio giudiziario, p. 404. — § 104. c) L'arbitrato, p. 406. — § 105. d) Cooperazione alla giustizia di organi non giurisdizionali, p. 413.

TITOLO TERZO : *Le parti* » 416

§ 106. Programma, p. 416.

Capitolo Primo: *Le parti (in senso stretto) e i loro difensori* » 418

Sezione Prima: Le posizioni delle parti nel processo » 419

§ 107. Struttura del processo a parti contrapposte (bilateralità del processo), p. 419. — § 108. Nozione processuale di parte, p. 422. — § 109. Posizione reciproca delle parti nel processo, p. 426. — § 110. Pluralità di parti (Litisconsorzio), p. 428. — § 111. Intervento in causa, p. 433. — § 112. Mutamento delle parti nel corso del processo, p. 458.

Sezione Seconda*:* La parte considerata in se stessa » 464

§ 113. Capacità di esser parte, p. 464. — § 114. Capacità processuale: Rappresentanza legale degli incapaci e delle persone giuridiche nel processo, p. 466. — § 115. Rappresentanza volontaria nel processo: Capacità di chiedere in giudizio e rappresentanza necessaria dei difensori, p. 474. — § 116. La sostituzione processuale, p. 477.

Sezione Terza*:* I difensori delle parti » 482

§ 117. Il patrocinio forense: Terminologia e fonti, p. 482. — § 118. Interesse privato e interesse pubblico nel patrocinio forense, p. 485. — § 119. Natura giuridica del rapporto tra il difensore e la parte, p. 488. — § 120. L'ordinamento delle professioni forensi, p. 496.

Capitolo Secondo: *Il pubblico ministero* » 508

§ 121. Ordinamento organico degli uffici del pubblico ministero, p. 508. — § 122. Funzione del P.M. nel processo in generale, p. 511. — § 123. Il P.M. come parte nel processo civile, p. 513. — § 124. Il P.M. agente nel processo civile, p. 520. — § 125. Il P.M. interveniente nel processo civile, p. 527. — § 126. Carattere vincolato o discrezionale della funzione del P.M. nel processo civile, p. 537.

APPENDICE

DELLE BUONE RELAZIONI FRA I GIUDICI E GLI AVVOCATI NEL NUOVO PROCESSO CIVILE » 541

Presentazione dei personaggi » 543

DIALOGO PRIMO : *Dove si ragiona dell'opinione che gli uomini d'affari hanno dei processi civili e delle male abitudini che una cattiva legge di procedura può ingenerare nei giudici e negli avvocati* » 545

DIALOGO SECONDO : *Nel quale si discorre dei modi coi quali il nuovo processo civile si propone di favorire le buone relazioni tra giudici e difensori.* » 566

This One
OP3Z-QDE-H3ED

PRESENTAZIONE

Nell'Avvertenza che precede il testo di queste Istituzioni *l'autore ci ha spiegato gli intendimenti che lo guidarono nella stesura dell'opera e la particolare occasione che lo indusse ad attuare un proposito annunciato da tempo. Quest'occasione fu la pubblicazione del nuovo codice di procedura civile, alla cui preparazione egli stesso aveva attivamente collaborato. Se fino a quel momento era stato un suo vivo desiderio esporre compiutamente in un libro dedicato alla scuola l'intera materia del suo insegnamento universitario, la comparsa del nuovo codice gli fece sentire come un dovere «dedicarsi umilmente a studiare la nuova legge e a comprenderne il funzionamento». Il libro acquistava così un nuovo significato e una dimensione più vasta: non si trattava più soltanto di offrire agli studenti un testo per la loro preparazione scolastica; ora esso diveniva anzitutto per lo stesso autore l'occasione di intraprendere lo studio sistematico di un codice interamente e profondamente innovatore, che soltanto un poco per volta avrebbe rivelato, anche a coloro che l'avevano fatto, il suo contenuto e i suoi segreti: e dai risultati di questa approfondita esplorazione sarebbe nato uno strumento prezioso per i pratici, un'informazione di alto livello sulla nuova legge fondamentale della giustizia civile, che avrebbe loro permesso di imparare a conoscere e a mettere in movimento i suoi nuovi meccanismi.*

Poi, come spesso avviene, le cose andarono altrimenti e i propositi rimasero purtroppo in parte inattuati: non è nota la ragione per cui il trattato non è andato oltre le due prime parti, ma è facile fare delle supposizioni sulle difficoltà che impedirono all'autore di completare il suo lavoro. La parte seconda, dedicata alle persone del processo, porta la data di stampa del 1943: l'Italia viveva le ore più drammatiche della sua storia e il C., noto e attivo antifascista, fu costretto a lasciare la sua abitazione; gli vennero così evidentemente a mancare le condizioni di disponibilità e di serenità necessarie per poter compiere un lavoro scientifico. Al ritorno della pace, un anno e mezzo più tardi, cominciò per lui una grande stagione in cui un dovere più

alto lo portò ad impegnarsi a fondo nella vita pubblica e a dedicare molta parte del suo tempo ai lavori della Costituente, contribuendo personalmente alla elaborazione della Costituzione; continuò poi nel Parlamento e sulla stampa a far sentire la sua voce isolata ed indipendente, ma calda di umanità e insieme dura e intransigente, in prima linea nella lotta per l'attuazione della Carta costituzionale repubblicana. Questo suo fervido apostolato, senza allontanarlo dalla scuola e dalla scienza, gli impedì tuttavia, come è da presumere, quella continuità di lavoro che sola gli avrebbe consentito di condurre a termine il suo trattato.

Di esso ci sono rimaste perciò quelle sole due parti iniziali che furono composte di getto subito dopo la promulgazione del codice e che vengono riprodotte nel presente volume delle sue Opere giuridiche.

Come risulta da ciò che si è accennato, queste Istituzioni *sono strettamente legate al codice entrato in vigore nel 1942, del quale sono quasi coeve e uno dei frutti teorici più rappresentativi; e costituiscono d'altra parte l'opera di maggiore impegno nella produzione scientifica del Calamandrei.*

In precedenza i suoi studi avevano avuto carattere monografico, dalla monumentale Cassazione civile, *che è del 1920, ai* Provvedimenti cautelari, *del 1936, alla* Illegittimità delle leggi, *del 1950, ai numerosi bellissimi articoli poi raccolti nei sei volumi di* Studi. *Nel corso di questa vasta produzione aveva più volte avuto occasione di esporre le sue vedute sui concetti fondamentali della giustizia civile. Ma è in questa parte introduttiva delle incompiute* Istituzioni *che egli disegna in un contesto organico la sua propria teoria generale del processo civile. Nella prima parte, oltre a inquadrare storicamente il nuovo codice e a rilevarne le principali caratteristiche, l'autore affronta direttamente lo studio di tre nozioni fondamentali di ordine sistematico: giurisdizione, azione, processo.*

Sul significato della giurisdizione nello Stato moderno l'a. procede ad un'attenta analisi delle diverse dottrine e conclude indicandone lo scopo nel garantire l'osservanza del diritto oggettivo. *Sull'azione egli si era pronunciato in un notissimo saggio intitolato alla* Relatività del concetto d'azione (*riprodotto nel I volume delle* Opere), *in cui le diverse teorie dell'azione sono ricondotte a diversi modi di concepire il rapporto tra l'interesse individuale e l'interesse pubblico, tra il cittadino e lo Stato. Partendo da questa premessa, come valida ipotesi di lavoro, qui l'a. esprime la sua preferenza per la teoria chiovendiana dell'azione intesa come diritto potestativo, come quella che meglio mette in evidenza la collaborazione che nel processo civile si realizza*

tra l'interesse privato e l'interesse pubblico. Infine nel terzo capitolo mette a confronto le nozioni del processo, del procedimento e del rapporto processuale e difende quest'ultima (con quella connessa dei presupposti processuali) dalle critiche ad essa rivolte, mettendone in rilievo l'importanza pratica e sistematica.

Nella seconda parte sono ampiamente studiate le persone del processo (giudice, parti, pubblico ministero).

Il pensiero dell'a. è dichiaratamente aderente all'insegnamento di Giuseppe Chiovenda, che ha sempre considerato suo maestro; tuttavia — occorre appena dirlo — non si tratta di una passiva recezione di nozioni bell'e fatte, bensì di un ragionato accostamento a posizioni che gli appaiono le più accettabili e convincenti e ciò non soltanto da un punto di vista logico e sistematico, ma anche dal punto di vista della rispondenza dei concetti all'evoluzione storica e alla funzione sociale degli istituti del processo. Si rivela così fin d'allora quella sua sensibilità per gli aspetti politico-sociali del diritto che darà negli anni successivi una impronta inconfondibile a tutta la sua produzione scientifica.

Naturalmente, quando egli faceva riferimento alla evoluzione storico-politica della società italiana, non aveva in mente l'ideologia da lui non condivisa imperante in Italia nel momento in cui scriveva, bensì pensava alle condizioni storico-politiche del mondo occidentale, a cui pure apparteneva anche il nostro paese, il cui ritorno ad un clima politico democratico egli anticipava nel pensiero.

Sebbene espressa nei modi consentiti dal momento, è significativa al riguardo la breve polemica che si legge al § 36 (pag. 125 del presente volume) con la Relazione del ministro Guardasigilli al Codice di procedura civile.

La forma della trattazione è, come in tutti gli scritti del C., di una chiarezza ed eleganza esemplari: la materia, indubbiamente tra le più ardue, risulta grazie al suo stile di facile e addirittura piacevole lettura.

ENRICO TULLIO LIEBMAN

SEZIONE IV

ISTITUZIONI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE (*)

(*) Il quarto volume delle *Opere* si compone, oltreché delle *Istituzioni di diritto processuale civile* — le quali costituiscono la quarta sezione dell'intera raccolta —, di un'appendice nella quale sono riprodotti i due dialoghi *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile*, scritti da Piero Calamandrei pressoché contemporaneamente alle Istituzioni. I due dialoghi rappresentano la trasfigurazione letteraria, in un'operetta di inusitato significato etico e artistico, della stessa problematica che sta alla base delle Istituzioni, onde ci è parso che la loro riproduzione in appendice costituisca una preziosa documentazione del modo come Calamandrei vedeva e sentiva i problemi del diritto come problemi, ad un tempo, di cultura, d'impegno morale e di stile.

Hanno collaborato alla raccolta dei materiali o alla correzione delle bozze di stampa i dottori Claudio MARCHETTI, Alberto GERMANÒ e Valerio GREMENTIERI.

ISTITUZIONI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE SECONDO IL NUOVO CODICE (*)

(*) [La parte I di quest'opera (*Premesse storiche e sistematiche*) è stata pubblicata in 1ª ed. nel 1941 e in 2ª ed. « aggiornata » nel 1943 (Padova, Cedam); si ristampa qui la 2ª ed. La parte II (*Disposizioni generali. Le persone del processo*) è stata pubblicata in unica edizione nel 1943 (Padova, Cedam). La 1ª ed. della parte I è stata tradotta in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, con *Prólogo* di Hugo ALSINA (Buenos Aires, Editorial Depalma, 1943). Successivamente, anche la 2ª ed. della parte I e la parte II sono state tradotte in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO (costituiscono i primi due volumi dell'opera *Derecho Procesal Civil* di P. CALAMANDREI, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962)]. [*Bibliografia*, nn. 273 e 284].

AVVERTENZA ALLA PRIMA EDIZIONE

Il proposito di pubblicare queste Istituzioni, *che da molti, da troppi anni sono annunciate sui cataloghi della Cedam tra le opere in preparazione, risale lontano: a quando cioè, nel decennio tra il 1924 e il 1934, la Facoltà giuridica fiorentina, valendosi di quella certa elasticità di ordinamenti didattici che era allora consentita alle Università dalla riforma Gentile, aveva distinto il quadriennio degli studi di giurisprudenza in due biennî, rispettivamente dedicati il primo all'insegnamento generale di tutte le materie fondamentali, impartito in forma di corsi istituzionali a carattere informativo; il secondo all'insegnamento approfondito di singoli capitoli delle stesse materie, o di discipline speciali in esse comprese, impartito in forma di corsi monografici integrati da esercitazioni, a carattere prevalentemente formativo.*

Si era risolto così, in modo che una esperienza decennale dimostrò eccellente, quel problema didattico di non facile soluzione che si ripresenta ogni anno sulla soglia delle Facoltà di giurisprudenza; i cui docenti, e specialmente quelli dei primi anni che si trovano difronte una scolaresca quasi del tutto sprovvista di ogni sia pur superficiale nozione giuridica, rimangono incerti tra il desiderio di dare al loro insegnamento quello sviluppo in profondità che solo può efficacemente contribuire a formare la mentalità dei giuristi e, come si dice, a « far progredire la scienza », e la necessità di cominciare da una prima informazione estesa in superficie su tutta la materia, che dovrebbe servire a preparare un uditorio capace di seguire in un secondo tempo l'insegnamento scientificamente approfondito, ma che alla fine quasi sempre assorbe la più gran parte delle lezioni.

La divisione in due biennî adottata dalla Facoltà fiorentina aveva risolto in modo sodisfacente il problema anche per l'insegnamento del diritto processuale: per gli studenti del primo biennio era stato infatti istituito un corso di « Istituzioni di diritto processuale », nel quale, in forma elementare, si trovavano raggruppate e ricollegate le nozioni fondamentali non soltanto sul processo civile, ma altresì su quello penale, amministrativo, corporativo, e in generale sull'ordinamento giudiziario, in modo che da questo ravvicinamento uscisse fuori ricom-

posta ad unità una visione sintetica della giustizia nello Stato e dell'aspetto processuale del fenomeno giuridico; così nel secondo biennio era possibile ai docenti tra i quali si ripartiva l'insegnamento approfondito dei varî rami del diritto processuale (il processo civile all'insegnante di diritto processuale civile; il processo penale al penalista; il processo del lavoro al corporativista; e all'insegnante di diritto amministrativo la giustizia amministrativa) scegliere ogni anno un nuovo e limitato tema di studio, e intraprendere su di esso, in collaborazione con un gruppo fedele di studenti già padroni della grammatica processuale, ricerche condotte con rigore di metodo sistematico, e destinate, almeno nei propositi, a conseguire resultati scientifici originali (da uno di questi corsi monografici, creati giorno per giorno nella scuola attraverso le discussioni coi migliori studenti, è derivato, ad esempio, il mio volume sulla Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari).

* * *

L'esperienza, continuata per dieci anni, di questa fruttuosa separazione tra i corsi elementari e i corsi monografici, mi aveva convinto che l'insegnamento istituzionale dovesse principalmente consistere, con riserva di ogni approfondimento dogmatico al secondo biennio, in una descrizione *degli istituti giudiziari: descrizione limitata alle grandi linee del panorama e non attaccata alle minuzie, ma insomma descrizione fedele e aderente alla realtà pratica del diritto positivo, necessario presupposto di ogni fruttuosa dogmatica, se non si vuol che questa faccia la figura di certe gracili pianticelle da salotto, che vegetano e ramificano entro una coppa trasparente colle radichette affondate nell'acqua pura; e sotto non c'è terra alcuna.*

Ma questa possibilità di dare al corso istituzionale un sì spiccato carattere informativo e descrittivo, e di riservare al corso monografico la rielaborazione sistematica degli istituti, è venuta meno colla recente unificazione degli ordinamenti didattici universitari, in seguito alla quale il corso di Istituzioni di diritto processuale è stato abolito in quelle Facoltà che lo avevano, e l'insegnamento della procedura civile è stato nuovamente concentrato in un anno solo. Questo ritorno all'antico ha costretto i processualisti a nuovi accorgimenti didattici e a qualche rinuncia: si è dovuto lasciar da parte ogni raffronto tra i diversi rami del diritto processuale ed ogni diffusa dimostrazione della fondamentale unità del fenomeno giurisdizionale; e si è dovuto cercare di accontentare in un solo anno le esigenze informative e quelle formative, concentrando nello stesso corso una parte introduttiva di carattere elementare (che bisogna per forza rimanga tutti gli anni la

stessa), e una « parte speciale », su argomento che varia di anno in anno, nella quale si cerca di dare all'insegnamento un tono più alto, corrispondente a una indagine scientifica più rigorosa. Ma si tratta di una non sempre felice contaminatio *di metodi didattici che dovrebbero corrispondere a momenti diversi dell'insegnamento; e non giurerei che gli stessi studenti, che nella prima metà dell'anno hanno cominciato appena a compitare sull'abbecedario processuale, si risveglino all'improvviso nella seconda metà così esperti conoscitori del diritto positivo da poter prender parte utilmente a discussioni su problemi di pura dogmatica.*

* * *

Tutto questo si è detto per spiegare non solo l'origine, ma anche i necessari limiti di questo corso di Istituzioni *che, nato nella scuola, si pubblica oggi prima di tutto per la scuola; e che probabilmente avrebbe voluto conservare per molti anni ancora, e forse per sempre, il vestito delle « dispense » litografate, che impegna la sola responsabilità dei raccoglitori, se a imporgli un abito meno provvisorio e più impegnativo non fosse sopraggiunto un evento capitale per gli studi processualistici italiani, e tale da segnare insieme un punto di arrivo e un punto di partenza: la pubblicazione del nuovo Codice di procedura civile.*

Questo evento memorando impone agli studiosi e ai docenti di rivedere i loro metodi. Finora, lavorando su un Codice esplorato e spremuto in ogni sua formula dalla esegesi giurisprudenziale di tre quarti di secolo, la scienza processuale aveva potuto permettersi il lusso di dedicar tutte le sue forze alla dogmatica pura e di servirsi della legge positiva, che non aveva ormai più niente da rivelare all'interprete, come pretesto per innalzar verso il cielo le sue architetture teoretiche: sicchè si è potuto assistere in quest'ultimo trentennio, per virtù di Giuseppe Chiovenda e della sua scuola, a quella quasi miracolosa trasfigurazione di un vecchio codice nato da principî nettamente individualistici, in un sistema orientato su una concezione pubblicistica del processo, che preannuncia il Codice nuovo e ne costituisce, per adoprare una frase della relazione Grandi, « il suo anticipato commento ».

Ma oggi la pubblicazione del nuovo Codice chiama la dottrina a còmpiti più immediati e più concreti: il momento esegetico torna in onore e fa passare in seconda linea il momento sistematico. In verità, prima che sugli articoli ora usciti dalla fucina del legislatore la scienza possa ricominciare a tessere i fili delle teorie generali (qualcuno direbbe che molti anni occorrono prima che sulle costruzioni nuove si appicchino i fili delle ragnatele) occorre, ed occorrerà per molto tempo ancora, dedicarsi umilmente a studiare la nuova legge e a compren-

derne il funzionamento pratico: difronte al nuovo Codice, tutti (non soltanto i giovani che seguono i corsi universitari, ma anche gli avvocati e i magistrati e gli stessi docenti) dovremo tornare studenti, per imparar prima di tutto, poichè questo è soprattutto urgente, a far funzionare i meccanismi della nuova legge in modo ch'essa possa servire, nel modo voluto dal legislatore, ai fini pratici della giustizia.

Queste considerazioni portano a ritenere, se non mi inganno, che nella letteratura in via di formazione sul nuovo Codice, non solo in quella destinata agli studenti, ma anche in quella destinata a correre per le mani dei pratici, il fine informativo dovrà per qualche anno prevalere su quello formativo. E anche questo serve a giustificare il modo di esposizione seguito in queste Istituzioni.

* * *

Il pericolo, per un corso di Istituzioni, *è quello di voler dire troppo. di non graduare la importanza delle nozioni, in modo da metterle tutte su uno stesso piano, in cui le linee maestre rischino di rimaner soffocate sotto la ressa dei particolari. Per sfuggire a questo pericolo non ho esitato a tralasciare del tutto molti argomenti che si trovano ampiamente svolti nei trattati, ma la cui conoscenza non mi è sembrata indispensabile per un disegno elementare del processo civile. Il titolo più adatto per queste lezioni, se non mi fosse sembrato troppo inconsueto per un libro giuridico, sarebbe stato quello di « panorama »: perchè meglio che dare un lungo elenco di notizie slegate e frammentarie, vorrebbero presentare una visione di insieme della giustizia civile, considerata da una certa distanza, in modo che si scorga qual è nella realtà la posizione reciproca degli istituti, e meglio siano distinguibili in lontananza i rilievi e le sommità.*

Ho cercato per quanto mi è stato possibile di evitare, nella distribuzione e nella esposizione della materia, le sovrastrutture e le trasposizioni ispirate a criteri sistematici personali; mi è parso che in un libro elementare a scopi essenzialmente informativi come vorrebbe essere questo, il miglior sistema sia quello di rispettare l'ordine del Codice, e di far corrispondere ai quattro libri di esso quattro parti della trattazione; ma non ho potuto esimermi dal premettere ad esse una parte introduttiva, in cui saranno esposte nel modo più semplice e più chiaro possibile le nozioni fondamentali di ordine teorico che il Codice presuppone, le « chiavi » sistematiche, per così dire, del nuovo processo, desunte dalla dottrina che ha preparato la riforma e specialmente dall'insegnamento, ancor vivo e attuale, di Giuseppe Chiovenda.

Dopo aver dato così, in questa parte introduttiva, l'alfabeto teorico indispensabile per leggere il nuovo Codice, ho pensato che nelle

parti seguenti il metodo migliore per spiegare il processo ai principianti sia quello di descriverlo, *o, se mi è permesso dir così, di* raccontarlo *da capo a fondo, seguendo l'ordine logico e cronologico col quale le varie attività coordinate che lo compongono si susseguono nella concreta realtà. I congegni del processo sono stati smontati dalla moderna dottrina colla stessa minuziosa pazienza con cui un meccanismo di orologeria si può sempre scomporre in diecine di rotelline; e di queste rotelline dissociate sono state fatte le più ingegnose classificazioni. Ma a mettere questi pezzi così separati e classificati dinanzi agli occhi di chi non avesse mai visto un orologio, ho paura che costui non riuscirebbe mai a comprendere com'esso sia fatto e come gli avvenga di segnar le ore.*

Anche queste scomposizioni e queste classificazioni hanno il loro ufficio scientifico, in quanto, dalla conoscenza analitica dei varî momenti che si susseguono nel processo e dalle loro trasposizioni e riavvicinamenti in base a criteri classificatorî inusitati, si può arrivare alla fine a una più perfetta e più piena ricostruzione del fenomeno processuale. Ma in un corso elementare mi sembra che questi virtuosismi teorici (penso per esempio ai vertici di sottigliezza ai quali la dottrina è giunta nel far la teoria degli atti processuali) potrebbero piuttosto nuocere che giovare. Il processo è una specie di dramma umano, coi suoi personaggi e la sua trama, col suo prologo, i suoi episodi e il suo epilogo; nessuno nega ai grammatici il diritto di contare quante volte nella parte del protagonista si trova adoperata la vocale O, ovvero di selezionare i discorsi dei personaggi, senza tener conto di quello che vogliono dire, secondo le giunture sintattiche delle frasi; ma questo non esclude che, per far intendere a chi non l'ha mai visto in che cosa il dramma consista, sia prima di tutto indispensabile raccontare per filo e per segno l'intreccio della vicenda!

* * *

Uno dei maggiori pregi del nuovo Codice, forse la sua più ragguardevole novità, è la sua consapevolezza storica: la coscienza che il legislatore ha avuto della posizione che la giustizia occupa nello Stato, e della necessità di considerare anche le istituzioni giudiziarie come espressione di un certo clima storico, non estraniate dalla realtà sociale, ma anzi colle radici affondate nel terreno politico del proprio tempo.

Questa necessaria connessione storica del processo con tutti gli altri aspetti dell'ordinamento giuridico, che vige come unità non separabile in compartimenti stagni, sarà messa in evidenza nel corso di queste lezioni, per quanto l'economia dell'insegnamento elementare può

comportarlo. Esse cominciano a pubblicarsi mentre il nuovo Codice è ancora nel periodo della vacatio, *e vorrebbero esser compiute prima che questo periodo cessi: si industrieranno quindi sopratutto di mettere in luce, prima che il nuovo Codice cominci ad essere praticamente applicato, per quali caratteri, nei principî e nella concreta struttura degli istituti, il nuovo processo sarà differente da quello finora in vigore (e a tale scopo saranno preordinati anche opportuni accorgimenti tipografici, come quello consistente nel mettere in evidenza, sul margine delle pagine, le disposizioni del nuovo Codice che via via verranno richiamate e commentate nel testo)*

Il carattere di queste Istituzioni *è necessariamente* provvisorio. *Sono, per ora, un primo disegno, che, occorrendo, potrebbe in avvenire essere ritoccato e colorito: ciò, non soltanto perchè manca ancora sul nuovo Codice qualsiasi letteratura e qualsiasi giurisprudenza, e avverrà certamente che, quand'esse avranno cominciato a formarsi, l'autore di questo libro ne tragga suggerimenti per rimeditare e integrare le opinioni che ora vi esprime; ma anche perchè la portata pratica del nuovo Codice non potrà essere interamente valutata fino a che non sarà compiuta la codificazione e pubblicato il libro del Codice civile sulla « tutela dei diritti » che conterrà disposizioni processuali di importanza fondamentale. Colla pubblicazione del nuovo Codice la riforma non è ancora una realtà viva: rimane ancora, affinchè questa realtà si metta in cammino, da crear quella nuova dinamica processuale che non si improvvisa in un giorno, e che potrà essere preparata e perfezionata solo in un lungo periodo, attraverso la comprensione reciproca e la collaborazione della pratica e della dottrina (che poi, in materia giuridica, sono tutt'una cosa).*

A questa preparazione e a questo perfezionamento vorrebbero servire, nei modesti limiti scolastici che son loro assegnati, queste Istituzioni, *che l'autore pubblica colla ben chiara consapevolezza del loro valore puramente preparatorio e colla convinzione, quasi si direbbe colla ambizione, di sentirle imperfette: consolandosi col pensare che nella imperfezione c'è sempre qualche speranza di avvenire.*

Firenze, R. Università, novembre 1940.

AVVERTENZA ALLA SECONDA EDIZIONE

Esaurita, in men di due anni, la prima edizione, è apparso opportuno all'editore, mentre è in corso la pubblicazione delle parti successive, ripubblicare intanto questa prima parte introduttiva. Avevo da principio pensato a una ristampa invariata: ma poichè nel periodo intercorso tra le due edizioni è stata portata a termine la codificazione, e la letteratura processuale si è arricchita di numerosi e pregevoli lavori, generali e monografici, sul nuovo Codice, non m'è parso di poter licenziare una nuova tiratura del libro, senza prima aver corretto secondo la numerazione definitiva i richiami alla nuova legislazione e senza aver rinfrescato la bibliografia.

Questo, e non altro, vuol dire l'epiteto di « aggiornata » con cui sulla copertina è qualificata questa seconda edizione. Per il resto essa è rimasta invariata nella sostanza e nella forma, anche se per avventura le prime esperienze pratiche del nuovo processo possono avermi invogliato a rivedere qua e là il mio pensiero: a una revisione generale di queste Istituzioni *mi propongo di procedere quando esse saranno compiute, colla pubblicazione delle altre parti che ora sono in corso di stampa o di preparazione.*

Firenze, R. Università, dicembre 1942.

PARTE PRIMA

PREMESSE STORICHE E SISTEMATICHE

INDICE

CAPO PRIMO

Il nuovo codice e i suoi precedenti storici.

§ 1. Ritorno alla tradizione italiana. — § 2. I fattori storici della riforma. — § 3. Precedenti e lavori preparatorî del nuovo Codice. — § 4. Il nuovo processo civile nella codificazione. — § 5. Sistema e partizione del nuovo Codice. — § 6. Letteratura.

CAPO SECONDO

Nozioni sistematiche fondamentali.

§ 7. - Premessa.

CAPITOLO PRIMO

La giurisdizione.

§ 8. Giurisdizione e formulazione del diritto. — § 9. Giurisdizione d'equità e giurisdizione di diritto: il principio di legalità. — § 10. Struttura logica delle norme giuridiche; la norma astratta e l'individuazione del comando. — § 11. Il diritto e la possibilità della sua inosservanza: il problema della coazione. — § 12. Iniziativa pubblica e iniziativa privata per la osservanza del diritto. — § 13. Nozione di garanzia giurisdizionale. — § 14. Varî tipi di garanzia giurisdizionale. — § 15. A) Garanzia giurisdizionale contro la trasgressione del precetto. — § 16. B) Garanzia giurisdizionale contro la incertezza del diritto. — § 17. C) Garanzia giurisdizionale a scopo costitutivo. — § 18. D) Garanzia giurisdizionale a scopo cautelare. — § 19. I due momenti della giurisdizione: A) La cognizione. — § 20. I due momenti della giurisdizione: B) L'esecuzione forzata. — § 21. Nozione unitaria di giurisdizione. — § 22. La funzione giurisdizionale e le altre funzioni dello Stato. — § 23. La giu-

risdizione volontaria. — § 24. La conciliazione. — § 25. Potere creativo del giudice. — § 26. Il potere normativo della magistratura del lavoro. — § 27. Classificazione riepilogativa dei provvedimenti giurisdizionali secondo il loro contenuto.

CAPITOLO SECONDO

L'azione.

§ 28. Divieto dell'autodifesa. — § 29. La giustizia pubblica come succedaneo dell'autodifesa vietata. — § 30. L'azione come invocazione della garanzia dello Stato. — § 31. L'azione come condizione per l'esercizio della giurisdizione. — § 32. Importanza pratica dell'azione nel sistema del processo. — § 33. Bilateralità dell'azione. — L'eccezione. — § 34. Teorie sull'azione: l'azione in senso concreto. — § 35. Teorie sull'azione: l'azione in senso astratto. — § 36. Relatività delle teorie sull'azione. — § 37. Requisiti costitutivi dell'azione. — § 38. Azione privata e azione pubblica. — § 39. Elementi di identificazione delle azioni (o cause). — § 40. Classificazione delle azioni (o cause). — § 41. Relazioni tra azioni (o cause). — § 42. Distinzioni della giurisdizione per materia.

CAPITOLO TERZO

Il processo.

§ 43. Nozione di processo: legalità o libertà delle forme processuali. — § 44. Il procedimento come successione di atti; fasi del procedimento e posizione del provvedimento giurisdizionale. — § 45. Caratteri tipici del procedimento. — § 46. La dialetticità del processo; il rapporto processuale. — § 47. Importanza pratica della nozione di rapporto processuale. — § 48. Rapporto processuale e azione: i cosiddetti « presupposti processuali ». — § 49. Iniziativa ufficiale e iniziativa di parte. — § 50. Pluralità dei tipi di procedimento e loro classificazione. — § 51. Nozione di diritto processuale.

CAPO TERZO

Gli orientamenti originali del nuovo codice.

§ 52. Le direttive tendenziali della riforma. — § 53. Il principio della adattabilità del procedimento alle esigenze della causa. — § 54. Il principio della adattabilità dell'organo alle esigenze del processo. — § 55. Il principio della funzionalità del procedimento. — § 56. Il principio di preclusione elastica delle deduzioni. — § 57. Il principio di autorità nel processo. — § 58. Impulso processuale e direzione del processo. — § 59. Iniziativa di parte e iniziativa ufficiale nell'accertamento dei fatti: il principio dispositivo come regola generale del nuovo processo. — § 60. Il processo civile inquisitorio. — § 61. Rafforzamento del dovere civico di collaborazione alla giustizia. — § 62. Carattere sociale del nuovo processo: nuovo significato del principio di uguaglianza delle parti. — § 63. L'umanità del nuovo processo.

Capo Primo

IL NUOVO CODICE E I SUOI PRECEDENTI STORICI

Sommario. — § 1. - Ritorno alla tradizione italiana. — § 2. - I fattori storici della riforma. — § 3. - I precedenti e i lavori preparatorî del nuovo Codice. — § 4. - Il nuovo processo nella codificazione e nell'ordinamento costituzionale. — § 5. - Sistema e partizione del nuovo Codice. — § 6. - Letteratura.

Bibliografia essenziale: cfr. note al § 6.

§ 1. — Ritorno alla tradizione italiana.

Il Codice di procedura civile, pubblicato il 28 ottobre 1940, entrato in vigore il 21 aprile 1942, succede al Codice approvato con legge 25 giugno 1865, n. 2366, entrato in vigore il 1° gennaio 1866 e successivamente esteso alle regioni che via via vennero ad integrare il Regno d'Italia nei suoi naturali confini.

Il vecchio Codice, che, colle leggi che successivamente lo modificarono o lo integrarono, è rimasto in vigore ben settantacinque anni, ebbe le sue fonti immediate nelle svariate leggi processuali esistenti nei diversi Stati d'Italia anteriori all'unificazione, in particolare nei codici sardi; e poichè esse erano in gran parte modellate sulla legislazione francese, questa per il loro tramite contribuì notevolmente anche alla formazione del Codice del 1865, nel quale sono facilmente rilevabili non solo gli influssi del *Code de procédure civile*, che dal 1° gennaio 1807 regola i giudizi in Francia, ma perfino della celebre *Ordonnance civile* del 1667, di Luigi XIV. Così, se nella nostra legge processuale poterono esser trasmessi istituti di tradizione nostrana (non soltanto di radice romana o canonica, ma anche di formazione originale italiana, specialmente elaborati nella pratica giudiziaria dei nostri Comuni e per la prima volta accolti nella legislazione statutaria), abbondanti elementi di origine germanica penetrarono per il tramite francese nel Codice del 1865 assai più che nelle stesse leggi processuali tedesche, formalmente più moderne e progredite (quella germanica in vigore dal 1° ottobre 1879, più volte in seguito rielaborata; e quella austriaca del

Fonti del Cod 1865.

1° gennaio 1898); sicchè si verificava, come dimostrò GIUSEPPE CHIOVENDA nel suo celebre saggio intitolato *Romanesimo e germanesimo* (1), questa curiosa inversione storica: che mentre nel Codice di procedura civile italiano erano numerose e visibili le infiltrazioni di origine germanica, nelle nuove leggi processuali tedesche, elaborate in Germania e in Austria negli ultimi decennî del secolo XIX, era visibile il profitto tratto da modelli di origine romana e italiana, che poteron sembrare innovazioni geniali di legislatori tedeschi, e altro non erano che abili riesumazioni e riattamenti di istituti processuali nati in Italia.

Il nuovo Codice di procedura civile vuol essere un deciso ritorno, reso consapevole dal lavoro di sceverazione storica compiuto in quest'ultimo cinquantennio dalla dottrina, alle migliori tradizioni patrie.

Ritorno del nuovo Cod. alla tradizione italiana.

Questo orientamento del nuovo Codice si trova energicamente proclamato dalla rel. GRANDI (n. 34) nei termini seguenti: « ...le direttive generali che si esprimono in esso, specialmente quella che pone come corollario della rafforzata autorità dello Stato la necessità di rafforzare nel processo i poteri del giudice, corrispondono a correnti di pensiero diffuse ormai nelle legislazioni processuali di tutta Europa. Ma il modo col quale tali direttive si trovano concretamente attuate in questo Codice è ben nostro; romana è la tradizione dell'oralità del processo, romano il principio che la prova è diretta a formare il libero convincimento del giudice, romana la distinzione tra *sententia* e *interlocutio*: romano è sopra tutto questo spirito di saggia comprensione umana che fa servire le forme alle necessità sostanziali della giustizia, e non sacrifica la sostanza alle astrattezze di un formalismo meccanico, goffamente consequenziario.

« Ma la tradizione patria alla quale questo Codice vuol rimanere fedele ha avuto manifestazioni anche più recenti. La degenerazione formalistica verso la procedura scritta che si compì nel diritto comune, non ebbe le sue origini in Italia: dove, ai rigori e alle sottigliezze del processo ordinario, inquinato da influssi stranieri, la legislazione canonica e gli statuti comunali contrapposero, colla creazione dei processi sommari, un processo tipicamente italiano, costituente con la sua sbrigativa semplicità una reazione del buon senso pratico alle sottigliezze del processo scritto.

« Su questa linea, che movendo dal diritto romano e passando per la legislazione canonica e statutaria, giunge diritta fino all'ordinamento dello Stato attuale, vuol esser collocato il nuovo Codice ».

---

(1) Riprodotto nella seconda edizione dei *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, pag. 181 e segg.: cfr. anche, per la storia del processo civile in generale, le *Istituzioni* dello stesso CHIOVENDA, vol. I, § 5.

§ 2. — I FATTORI STORICI DELLA RIFORMA (1).

La fondamentale riforma del processo civile, attuata dal nuovo Codice, non è una improvvisazione: essa è lo sbocco e la sintesi di una lunga e complessa opera di preparazione, alla quale hanno cooperato diverse generazioni di studiosi, e fattori storici di diversa natura.

Il movimento per la riforma si iniziò, si può dire, al momento stesso in cui il Codice del 1865 entrò in vigore: limitato dapprima a criticare qualche difetto di singoli istituti o di norme isolate e a proporre qualche parziale ritocco che lasciasse intatte le basi del Codice, il movimento andò man mano estendendosi in modo sempre più vasto e consapevole, fino a che non divenne generale in questi ultimi decennî la convinzione della necessità di una riforma totale, che demolisse il vecchio Codice e desse al processo civile (come già aveva fatto per il processo penale il Codice di procedura penale del 19 ottobre 1930, in vigore dal 1° luglio 1931) una disciplina rinnovata dalle fondamenta.

Chi volesse distinguere e analizzare i diversi fattori che hanno contribuito a dar origine e vigore al movimento che ha portato alla riforma, vedrebbe che essi, come osserva la rel. GRANDI, si possono ridurre a tre: il fattore *tecnico-economico,* il fattore *scientifico,* il fattore *politico.*

a) Il Codice del 1865 aveva come presupposto una economia ed una tecnica assai lontane da quel livello che la civiltà nazionale ha raggiunto in quasi un secolo di evoluzione. Il processo civile ha come sua materia la vita dei traffici e deve adeguarsi al suo ritmo; il Codice del 1865, adeguato alle possibilità tecniche ed economiche dell'Italia appena uscita dall'unificazione, si trovò in breve superato dai tempi e distaccato dalla realtà sociale della Nazione, che progrediva con passo sempre più celere verso orizzonti sempre più vasti. « ...Se si considera quali erano le condizioni sociali in quella Italia del 1865 che traspariva attraverso le maglie del vecchio Codice di procedura civile, sembra sorprendente che abbia potuto rimanere in vigore fino al 1940 questo strumento processuale di un altro secolo, creato assai prima che le conquiste della tecnica del secolo nuovo e l'incremento internazionale dei commerci e l'espansione delle colonie avessero trasformato in modo profondo la vita civile ed economica della nostra Nazione. Tutte le disposizioni del processo civile (basta ricordare come esempio tipico quelle

Il fattore tecnico-economico.

---

(1) Cfr. rel. GRANDI, nn. 1, 2, 3; REDENTI, *Trattato della Giustizia civile,* vol. II, nn. 1-10.

sui termini e sulle notificazioni) dovrebbero sempre essere adeguate al ritmo del traffico e giovarsi di tutti i mezzi pratici con cui il progresso tecnico rende via via più facili e più celeri le relazioni fra i cittadini; ma il Codice finora in vigore si era fermato all'Italia del 1865, all'assetto rudimentale delle industrie di allora, alle scarse e lente comunicazioni di quel tempo. Era un Codice dettato per un mondo che oggi è da tempo scomparso » (rel. GRANDI, n. 2).

b) Ma il Codice del 1865 si era trovato in breve superato anche dai mirabili progressi compiuti dalla scienza giuridica italiana, nel primo cinquantennio del nuovo Regno. Da quando la procedura civile era considerata poco più che un'arte da cancellieri e tutta l'elaborazione scientifica delle leggi processuali si limitava all'esegesi, gli studi di diritto processuale civile si estesero e si approfondirono, e questa disciplina diventò sempre più fiorente per serietà di indagini e valore di cultori, fino a raggiungere il suo culmine nella scuola sistematica, che riconosce il suo maestro in GIUSEPPE CHIOVENDA (1872-1937) autore di quei *Principii* e di quelle *Istituzioni* (cfr. § 6), che rimangono ancor oggi, per il nuovo Codice, insuperato e forse insuperabile modello di trattazione sistematica coerente e chiarificatrice (1). Tra la scuola esegetica, di cui il rappresentante più illustre fu LUIGI MATTIROLO (2) e la scuola sistematica che si intitola a GIUSEPPE CHIOVENDA, si inserì, quasi ponte di passaggio, l'opera scientifica di studiosi eminenti, tra i quali non possono essere dimenticati i nomi di LUDOVICO MORTARA (3), e di CARLO LESSONA (4).

Il fattore scientifico.

Il rinnovamento della dottrina processuale portò a porre in termini più chiari e più categorici il problema della riforma; il rinato amore per le indagini di storia del processo (non solo del processo romano, ma anche di quello creato dalla pratica italiana dell'età intermedia) ridestò il senso della tradizione e vivificò la dogmatica col senso storico; lo studio approfondito della funzione giurisdizionale e della posizione del giudice nell'ordinamento giuridico valse a far intendere in maniera sempre più precisa che anche nelle cause civili è in giuoco

---

(1) Sull'opera di GIUSEPPE CHIOVENDA, cfr. CALAMANDREI, in *Studi*, IV, pag. 217 e segg.

(2) Il suo *Trattato di diritto giudiziario civile*, in sei volumi, è giunto meritatamente alla 5ª ed. (del 1906, curata da C. LESSONA) ed è tuttora molto diffuso tra i pratici.

(3) Autore del celebre *Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile*, 5 vol. (5ª ed., Milano 1923); cfr. CALAMANDREI, in *Studi*, IV, pag. 211.

(4) Autore del *Trattato delle prove in materia civile*, 5 vol. (3ª ed., Firenze 1914) e del *Manuale di procedura civile* (6ª ed., 1932).

la volontà e l'interesse dello Stato, e a riportare il processo civile nel campo del diritto pubblico. La riforma apparve pertanto non più come un problema di ritocchi, quale lo aveva concepito la scuola esegetica, ma come un problema di ricostruzione di tutto l'ordinamento processuale in coerenza col sistema formulato dalla scienza: la rinnovazione scientifica precorse e preparò la rinnovazione legislativa, com'è documentato dal fatto che i più importanti progetti di riforma del processo civile furono preparati (cfr. § 3) dai più eminenti rappresentanti della scienza processuale.

c) I frutti di questa lunga opera di preparazione svolta dalla dottrina non avrebbero potuto esser còlti, se non fosse intervenuto come elemento decisivo il fattore *politico*. Anche qui non possiamo far di meglio che citare la rel. GRANDI (n. 2): « Ma il fattore decisivo che ha reso possibile l'attuazione della riforma preparata dalla scienza è stato indubbiamente il fattore politico. Se il Codice del 1865 fu, per ragioni storiche forse neppure avvertite dai suoi autori, espressione di quelle premesse individualistiche che stavano alla base dello Stato liberale, il Codice del 1940 vuol essere, con decisa consapevolezza, espressione storica dello Stato corporativo. Il rafforzamento del principio di autorità nello Stato si proietta e si traduce necessariamente, nel processo, in un rafforzamento dell'autorità del giudice: rafforzamento però che non si riduce a un semplice aumento dei poteri di un organo dello Stato, nè a una estensione della ingerenza di questo nei rapporti della vita privata e nella sfera dei diritti individuali del cittadino, ma che è espressione di un mutato rapporto nella valutazione degli interessi tutelati e garantiti dal diritto ». *Il fattore politico.*

Così i dogmi della scuola sistematica, che asseriva il carattere pubblico del processo civile e proclamava la necessità di rafforzarvi l'autorità del giudice, trovarono rispondenza nel clima dello Stato autoritario, in cui l'osservanza della legge è sentita come rispetto al comando dello Stato; e quella coordinazione dell'interesse privato coll'interesse pubblico che era uno dei canoni della rinnovata scienza del processo (se ne vedrà una caratteristica applicazione quando si parlerà della teoria dell'azione intesa come diritto potestativo: cfr. § 34), sembrò fatta apposta per adeguarsi al principio fondamentale dello Stato corporativo per il quale i diritti privati sono giustificati e riconosciuti come funzioni del pubblico interesse.

Così dal contemperamento di questi fattori è nato, prodotto maturo e consapevole del nostro tempo, il nuovo Codice di procedura civile, destinato a prendere il posto di quel Codice del 1865 che appariva ormai da molti decennî come un superstite troppo lungamente sopravvissuto al momento storico che gli dette vita.

§ 3. — Precedenti e lavori preparatorî del nuovo codice (1).

Non è possibile seguire qui, nelle sue particolari vicende, il cammino compiuto in un settantennio dall'idea della riforma: la quale, prima di trovare integrale attuazione nel Codice del 1940, ha fatto le sue prove in diecine di restauri e sovrastrutture, aggiunte di decennio in decennio sulla architettura originaria del Codice, e in numerosi progetti, rimasti uno dopo l'altro inattuati (2): « sedici progetti e quaranta leggi parziali » furono ricordati dal ministro Grandi nel suo discorso del 10 maggio 1940 al Senato.

Si può dire in generale che, fino a quando prevalse la scuola esegetica, più portata all'analisi delle singole disposizioni che alla rielaborazione complessiva del processo, le riforme attuate si limitarono a ritocchi parziali di pochi articoli, che lasciarono immutata la struttura originaria del Codice: anche le più importanti tra queste riforme, come la l. 31 marzo 1901, n. 107 che riformò il procedimento sommario, e la l. 19 dic. 1912, n. 1311 (subito dopo abrogata, per la cattiva prova fatta, colla l. 27 dic. 1914, n. 1404) che introdusse il giudice unico nei tribunali, non mirarono ad altro che ad inserire qualche innovazione parziale sul tronco immutato del vecchio Codice. Quando invece i problemi della riforma furono affrontati alla luce delle premesse poste dalla scuola sistematica, allora anche le riforme parziali mirarono, più che a modificare qualche congegno nel meccanismo del vecchio procedimento, a sottrarre a quel procedimento interi gruppi di cause ed a creare per esse procedimenti speciali, inspirati agli insegnamenti della nuova scuola: basti ricordare ad esempio il procedimento istituito per i tribunali delle acque pubbliche dal decr. l. 9 ottobre 1919 n. 2161 (t. u. 11 dic. 1933 n. 1775), e il procedimento per le controversie individuali del lavoro (decr. l. 26 febbraio 1928, n. 471; l. 22 gennaio 1934, n. 76 e r. decr. 21 maggio 1934, n. 1073) il quale, ad opera del guardasigilli Alfredo Rocco, costituisce difronte al nuovo Codice il precedente più importante e più immediato di una legge processuale basata in gran parte sui principî della nuova scuola.

Parziali riforme del vecchio Codice.

La stessa evoluzione si nota nello spirito animatore dei progetti di riforma generale. Mentre i progetti più antichi si ispiravano al proposito di riadattare il vecchio Codice modificandone soltanto quegli istituti che avessero dato luogo a critiche specifiche (speciale menzione merita tra essi quello presentato dal guardasigilli Vittorio Emanuele

---

(1) Cfr. rel. Grandi, nn. 3, 4, 5; Redenti, *Trattato*, II, nn. 1 e 2.

(2) Cfr. Chiovenda, *Istituzioni*, I, n. 30.

ORLANDO nel 1909), l'apostolato di GIUSEPPE CHIOVENDA a favore dell'oralità allargò i termini del problema: sicchè, a partire dall'immediato dopoguerra, i numerosi progetti di riforma che si sono succeduti in quest'ultimo ventennio hanno abbandonato l'idea di restaurare il vecchio Codice e hanno inteso la necessità di ricostruirlo dalle fondamenta su diversi principî.

I progetti di riforma.

Di questi progetti più recenti non si può non tener conto se si vuol intendere a pieno non solo l'origine, ma anche l'orientamento col quale il nuovo Codice guarda verso l'avvenire.

Il primo di essi, in ordine di tempo e di importanza, fu la *Proposta di riforma del procedimento civile* che GIUSEPPE CHIOVENDA preparò nel 1919 per incarico della Commissione per il dopo guerra (1). Questa proposta, come dice la sua stessa intitolazione, si estendeva non a tutto il processo, ma al solo procedimento di cognizione; tuttavia, quantunque limitata a questo, essa ebbe sul modo di concepir la riforma del processo civile un'efficacia veramente rivoluzionaria: ed essa (che fu la sintesi dell'opera svolta dallo stesso CHIOVENDA nei decennî precedenti per divulgare anche tra i pratici l'idea dell'oralità) (2) spetta il merito di aver additato ai legislatori quali sono le fondamentali esigenze del processo civile moderno, e di aver formulato in Italia il primo modello di un procedimento civile veramente inspirato all'*oralità*, parola pregnante e programmatica, che (come a suo tempo si dirà) non comprendeva soltanto il ritorno alla parola parlata come forma di espressione prevalente in luogo della scrittura, ma altresì la *concentrazione* del procedimento, la *immediatezza* nelle relazioni tra parte e giudice e sopra tutto la restaurazione dell'autorità del giudice e l'ampliamento dei suoi poteri d'investigazione. Se tutti i progetti successivi hanno contribuito alla preparazione del nuovo Codice, la proposta CHIOVENDA ha aperto una nuova strada, su cui gli altri venuti dopo hanno potuto incamminarsi verso una meta già segnata.

Progetto Chiovenda.

Contrapposto per spirito alla proposta CHIOVENDA fu il progetto di LODOVICO MORTARA, che costituì l'ultima espressione della scuola esegetica e si limitò pertanto a suggerire una serie di miglioramenti, fondati su lunga esperienza e concernenti il processo di cognizione e il

Progetto Mortara.

---

(1) Si trova pubblicata negli *Atti della Commissione reale per il dopo guerra - Studi e proposte della prima Sottocommissione*, Roma 1920, pag. 242 e segg.; e in volume separato, *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*, relazione e testo annotato (Napoli 1920); e poi nei *Saggi*, vol. I.

(2) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni* II, § 52 ed ivi bibliografia: e CALAMANDREI, voce « *Oralità* », in « Nuovo Digesto Italiano ».

processo esecutivo, che avrebbero dovuto essere innestati sul vecchio Codice (1).

Ma, dopo questo, i progetti successivi furono tutti sulla linea sistematica. Nella Commissione reale per la riforma dei Codici, nominata nel 1924 dal guardasigilli Oviglio (2), la Sottocommissione per il Codice di procedura civile, di cui fu presidente il Mortara e vicepresidente il Chiovenda, dette incarico di redigere un progetto interamente nuovo ad uno dei suoi componenti, il prof. Francesco Carnelutti, il quale compì l'opera sua in due parti, la prima dedicata al processo di cognizione (3) e la seconda dedicata al processo di esecuzione (4). Queste due parti, discusse e rielaborate dalla Sottocommissione, furono riunite in un unico progetto (5) di spiccata impronta sistematica, inspirata alle teorie ed anche alla terminologia del suo principale autore, la cui opera apparve specialmente innovatrice nel secondo libro, dedicato al processo di esecuzione.

Progetto Carnelutti.

Il progetto della Sottocommissione fu presentato al nuovo guardasigilli Alfredo Rocco, che ne iniziò personalmente la revisione; ma il suo lavoro non potè andare oltre i primi articoli (6).

I lavori per la riforma furono ripresi dal guardasigilli Pietro De Francisci, il quale dette incarico di predisporre un nuovo schema di Codice, nel quale si tenesse conto dei precedenti progetti e di ogni altro elemento di studio, al prof. Enrico Redenti: questi negli anni 1933 e 1934 preparò uno schema di progetto limitato al solo libro primo (7), notevole per il senso pratico e per la chiara compiutezza delle sue norme, i cui principî inspiratori furono illustrati dallo stesso autore in un discorso tenuto alla Società italiana per il progresso delle scienze (8).

Progetto Redenti.

Successivamente, il guardasigilli Arrigo Solmi, vagheggiando una

---

(1) *Per il nuovo Codice di procedura civile. - Riflessioni e proposte* (Torino 1923) e in *Giur. it.*, 1923, IV, 136 e segg.

(2) R. decr. 3 giugno 1924; e decr. min. 7 luglio 1924 (colla indicazione nominativa dei componenti).

(3) Pubblicata in volume separato (come supplemento alla « Riv. di dir. proc. civ. »): Carnelutti, *Progetto del Codice di procedura civile, Parte I^a. Del processo di cognizione* (Padova 1926); cfr. Calamandrei, in *Studi*, vol. IV, pag. 87 [e in queste *Opere*, vol. I, pag. 187].

(4) Carnelutti, *Id. id., Parte II^a. Del processo di esecuzione* (Padova 1926).

(5) *Commissione reale per la riforma dei Codici - Sottocommissione C. Codice di procedura civile, progetto* (Roma, Libreria dello Stato 1926, n. 422).

(6) Cfr. i primi articoli da lui rielaborati in « Riv. dir. proc. civ. », 1937, I, 3.

(7) *Ministero di grazia e giustizia. - Lavori preparatorî per la riforma del Codice di procedura civile, Schema di progetto del Libro primo* (Roma 1936).

(8) Pubbl. sul « Foro it. » del 1934, IV, 177 e come « Appendice terza » della sua opera *Profili pratici del diritto processuale civile*, 2^a ed. (Milano 1939).

riforma in cui i poteri del giudice fossero più accentuati e più energicamente applicato il principio di ufficialità, elaborò un suo progetto *preliminare* (1), valendosi dell'opera di un comitato ministeriale composto di magistrati (2): questo progetto, dopo essere stato sottoposto ai pareri degli organi tecnici (corti giudiziarie, università, sindacati forensi, confederazioni nazionali) (3) fu rielaborato tenendo conto dei voti espressi, e sottoposto alla Commissione parlamentare, sotto il titolo di progetto *definitivo* (4). Il progetto preliminare Solmi, decisamente inspirato al principio dell'oralità, e per questo in molte parti ricalcato sulla proposta CHIOVENDA, aveva creduto che alla attuazione pratica della oralità si prestasse, meglio che il giudice collegiale, il giudice unico, e aveva quindi adottato questo sistema anche nei tribunali; aveva inoltre dato al giudice poteri inquisitorî apparentemente molto energici e sanzionati da gravi pene pecuniarie contro parti e avvocati. I pareri dei corpi tecnici furono in prevalenza sfavorevoli al giudice unico e a questa eccessiva accentuazione dell'ufficialità, che avvicinava il processo civile a quello penale; sicchè il progetto definitivo, pur conservando il giudice unico e le linee fondamentali del sistema, ne attenuò i rigori (5). A questo punto erano i lavori della riforma quando nell'estate del 1939 fu assunto al potere di guardasigilli DINO GRANDI (6).

Progetti Solmi.

Il ministro GRANDI, fino dal primo discorso tenuto alle assemblee legislative il 16 ottobre 1939, espresse la sua intenzione di portare rapidamente a compimento la riforma sulla base del progetto definitivo Solmi; ma espresse anche, fino da principio, la sua intenzione di introdurre in esso alcune sostanziali modificazioni, specialmente su quei punti intorno ai quali la Commissione parlamentare aveva già manifestato il suo dissenso (l'istituzione del giudice unico nei giudizi dinanzi al tribunale; l'eccessivo carattere inquisitorio con conseguente menomazione dell'ufficio del difensore, e il campo troppo limitato in cui era stato contenuto il processo del lavoro).

L'opera del ministro Grandi.

Su queste direttive, il ministro GRANDI (mentre la Commissione

---

(1) *Ministero di grazia e giustizia. - Codice di procedura civile. - Progetto preliminare e relazione,* Roma 1937.

(2) Per la composizione di esso, cfr. a pag. VI del *Pr. preliminare,* nota 4.

(3) I pareri si trovano riassunti e coordinati nei tre volumi: *Ministero di grazia e giustizia. - Lavori preparatorî per la riforma del Codice di procedura civile. - Osservazioni e proposte sul Progetto,* Roma 1938, 3 volumi (cfr. CALAMANDREI, in *Studi,* IV, pag. 103) [e in queste *Opere,* vol. I, pag. 295].

(4) *Ministero di grazia e giustizia. - Codice di procedura civile. - Progetto definitivo e relazione del guardasigilli Solmi,* Roma, Libr. dello Stato, 1939.

(5) Sulle idee del ministro SOLMI intorno alla riforma, cfr. il volume che raccoglie i discorsi da lui tenuti sull'argomento *La riforma del Codice di procedura civile,* Roma 1937; e REDENTI, *Profili,* Appendice seconda.

(6) Cfr. rel. GRANDI, n. 4.

delle assemblee legislative, presieduta da MARIANO D'AMELIO, continuava per suo conto la rielaborazione del progetto) ne curò personalmente la revisione, facendosi assistere da un ristretto comitato composto da un alto magistrato di cassazione, il dott. LEOPOLDO CONFORTI, e dai professori ENRICO REDENTI, FRANCESCO CARNELUTTI, e PIERO CALAMANDREI: la fusione e la coordinazione dei due confluenti, parlamentare e scientifico, fu poi curata da un Comitato misto composto di magistrati, professori e avvocati (1). Un procedimento analogo è stato seguito per la inserzione nel Codice del processo del lavoro (2).

Da questo radicale rifacimento, portato a fine in un anno di intenso lavoro, è nato il testo definitivo del nuovo Codice di procedura civile: alla piena comprensione del quale servono da autorevole illustrazione non soltanto la relazione del ministro GRANDI al sovrano (3), ma anche i discorsi da lui tenuti nel corso dei lavori di revisione (4), durante i quali egli non si limitò a dar le direttive politiche, ma personalmente seguì la elaborazione tecnica della legge, lasciandovi in numerosi punti, e specialmente in alcuni di quelli che presentano più profonde innovazioni, la espressione del suo pensiero (5).

§ 4. — IL NUOVO PROCESSO CIVILE NELLA CODIFICAZIONE.

La pubblicazione del nuovo Codice, avvenuta, come si è detto, il 28 ottobre 1940, non ha chiuso i lavori per la riforma del processo civile: questi, nel lungo periodo di *vacatio* durato fino al 21 aprile 1942, sono continuati attraverso una serie di provvedimenti legislativi complementari in materia processuale e giudiziaria. Meritano speciale menzione:

il r. decr. 30 gennaio 1941, n. 12 sull'*Ordinamento giudiziario;*

il r. decr. 18 dicembre 1941, n. 1368, contenente le *Disposizioni per l'attuazione del Codice di procedura civile e disposizioni*

---

(1) Cfr. il discorso pronunciato dal guardasigilli GRANDI al Senato il 10 maggio 1940 (estratto, pag. 21, nota 1).

(2) Ivi, pag. 22; cfr. anche rel. GRANDI, n. 5.

(3) *Relazione alla maestà del re del ministro guardasigilli* (GRANDI) *presentata nell'udienza del 28 ottobre 1940 XVIII per l'approvazione del testo del Codice di procedura civile* (Gazzetta Ufficiale, 28 ottobre 1940, n. 253).

(4) Discorso del 16 ottobre 1939 alla Commissione delle Assemblee legislative, *La riforma dei codici* (Roma 1939); discorso del 31 gennaio 1940, *Tradizione e rivoluzione nei nuovi Codici* (Roma 1940); *Il nuovo processo civile,* discorso del 10 maggio 1940 al Senato (Roma 1940).

(5) Così specialmente nel procedimento per le controversie corporative, nel regolamento di competenza, nell'adozione del principio di preclusione, nella disciplina del procedimento d'appello (preclusione di eccezioni e di prove in secondo grado); ecc.

transitorie: la lunga relazione colla quale il guardasigilli ha accompagnato questo decreto (che prende il posto del regolamento generale giudiziario 14 dicembre 1865 n. 2641) ha molta importanza, perchè costituisce quella « relazione speciale di carattere prevalentemente esegetico e tecnico » sulla nuova legislazione processuale, che era già preannunciata nella relazione generale al Codice (rel. GRANDI, n. 7); le servono di integrazione le due circolari del guardasigilli del 14 aprile 1942, n. 2690, contenente *Direttive alla magistratura per l'applicazione del nuovo C. p. c.*, e n. 2691, contenente *Istruzioni sulle norme transitorie per l'applicazione del nuovo C. p. c.* (1), e quella del 14 novembre 1942, n. 2766, contenente *Direttive alla magistratura* allo stesso scopo (2).

Altre leggi processuali a complemento della riforma.

La coordinazione del C. p. c. coi Codici pubblicati successivamente è stata fatta col r. decr. 20 aprile 1942 n. 504, contenente *Norme per il coordinamento del C. p. c. col C. civile.*

Ma il *corpus* del nuovo diritto processuale non si esaurisce nel Codice di procedura civile ed in queste disposizioni, sopra menzionate, che lo integrano. Il Codice ha provveduto, è vero, nei limiti del possibile alla unificazione e al coordinamento in un unico testo di tutte le disposizioni processuali che erano finora sparse in leggi speciali: degna di particolare menzione è la sistemazione nel nuovo Codice (art. 409-473) (3) delle norme sulle controversie collettive e individuali in materia corporativa, finora contenute nel r. decr. 21 maggio 1934, n. 1073, per le controversie individuali del lavoro, nella l. 3 aprile 1926, n. 563 e r. decr. 1° luglio 1926, n. 1130 per le controversie collettive, e in altre leggi speciali; anche la disciplina del procedimento per ingiunzione e della convalida di sfratto, finora regolata dal r. decr. 7 agosto 1936, n. 1531, ha trovato il suo posto nel nuovo Codice (art. 633-669); e vi è stata assorbita e rifusa la l. 31 marzo 1877, n. 3761 sui conflitti di attribuzione.

Inclusione nel C.p.c. di varie leggi speciali.

Ma tuttavia la riforma processuale non si può intendere nella sua vera portata se non collocandola al centro della codificazione di diritto sostanziale che è entrata in vigore alla stessa data.

Anche qui è da tener presente la relazione GRANDI (n. 6): « Il nuovo Codice di procedura civile ha avuto la singolare ventura di venire alla luce non come riforma isolata del solo diritto processuale, malamente ricollegabile con una preesistente legislazione sostanziale, che rimanesse quale immutata espressione di un altro tempo; ma come

---

(1) Pubblicate in supplemento al n. 14 del « Boll. uff. del Ministero di grazia e giustizia », del 10 aprile 1942.

(2) Pubblicata nello stesso « Bollettino », n. 46 del 17 novembre 1942.

(3) Cfr. rel. GRANDI, n. 10; REDENTI, *Trattato*, II, n. 6, lett. *a*).

parte inscindibile, ed anzi come essenziale coronamento di tutta una grande codificazione che sta per rinnovare il diritto italiano in ogni suo ramo e che è in ogni suo aspetto la espressione omogenea ed unitaria di un unico momento storico. Il nuovo processo civile è lo strumento creato appositamente, con felice coincidenza di tempi, per la nuova legislazione sostanziale: per quanto diversi siano i Codici, lo spirito animatore che tutti li percorre è uno.

« Il mirabile incremento che in questi ultimi decennî hanno avuto in Italia gli studi sul processo, ha portato la dottrina, instancabile indagatrice delle zone di confine, a mettere in evidenza gli aspetti processuali di istituti che tradizionalmente erano considerati come appartenenti al diritto sostanziale. Ma questa tendenza scientifica non deve far dimenticare che, se il processo e il diritto non sono che diverse espressioni, tra loro complementari, di una stessa realtà sociale, il processo non può tuttavia esser considerato come fine a sè stesso, ma dev'essere necessariamente costruito come lo strumento del diritto sostanziale, che logicamente ne costituisce la premessa ed il fine: sicchè i supremi principî del processo, quelli che fissano la posizione reciproca del giudice e delle parti, non possono essere ricercati soltanto nel Codice di procedura, ma debbono essere rintracciati nello spirito unitario di tutto il nostro ordinamento giuridico, e quindi di tutta la codificazione, la quale non può risolvere che in un modo il problema delle relazioni tra interesse pubblico e interesse individuale.

Il Codice di procedura civile e gli altri codici.

« Il Codice di procedura del 1865 era ormai da molti decennî in arretrato sulla evoluzione del diritto sostanziale, compiutasi in molte zone verso una più precisa tutela dell'interesse pubblico; ma nel riportare il diritto processuale in pari coi tempi, fino al punto raggiunto da questa evoluzione, bisognava guardarsi dal creare un processo che nella prevalenza data alle considerazioni d'ordine pubblico sopravanzasse il diritto sostanziale. Mio fermo proposito è stato invece quello di far sì che la riforma del diritto processuale si compiesse con quello stesso ritmo di meditata e saggia audacia in cui è sorta e sta per conchiudersi la codificazione: il nuovo Codice di procedura civile vuol essere lo strumento, omogeneo e adeguato, della nuova legalità ».

Dalla rielaborazione del Codice di diritto sostanziale, che ha portato all'abolizione del Codice di commercio ed alla inclusione degli istituti commerciali nel Codice civile, è venuta fuori, intanto, una legge di procedura (in cui è stato rifuso con diverse leggi speciali il libro III, dedicato al fallimento, del cessato Cod. di commercio), che potrebbe costituire un'appendice al processo di esecuzione, regolato ora dal lib. III del nuovo C.p.c.: il r. decr. 16 marzo 1942 n. 267, contenente la *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa.*

La legge fallimentare.

Inclusione nel C. civile di norme processuali.

Ma anche nell'interno del nuovo Codice civile (nel testo completo e coordinato, approvato con r. decr. 16 marzo 1942, n. 262) sono numerose ed importanti le disposizioni di carattere processuale. Alcune di esse si incontrano sparse nei varî libri di questo Codice, collocate accanto agli istituti sostanziali a difesa dei quali esse sono destinate: per es., nel libro I, le disposizioni di carattere processuale attinenti alla dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità naturale (art. 269-279); nel libro II, gli art. 713 e seguenti sulla divisione; nel lib. III, gli art. 948 e segg. sulle azioni a difesa della proprietà, gli art. 1168 e segg. sulle azioni a difesa del possesso e sulla denunzia di nuova opera e di danno temuto; ecc.

Vi sono poi nel VI libro, « *della tutela dei diritti* » (che, introducendo nel sistema del diritto civile una notevole e originale innovazione, raccoglie e coordina tutti quegli istituti, finora sparsi in diverse parti dei codici, che hanno natura intermedia tra il diritto sostanziale e il processo e ne costituiscono quasi il raccordo) due interi titoli di contenuto processuale: il tit. II « *delle prove* » art. 2697-2739, e il tit. IV « *della tutela giurisdizionale dei diritti* », art. 2907-2933.

Ragioni di tale inclusione.

Già nella codificazione del 1865 si verificava il fenomeno, apparentemente strano, della collocazione nel Codice civile di gruppi di norme disciplinanti materie schiettamente processuali (basti ricordare gli articoli 1312-1377 sulle prove); e una parte della dottrina aveva reclamato che si prendesse occasione dalla riforma del processo civile per riportarle nella loro sede più appropriata. Ma poi ha prevalso l'opinione di non alterare questa collocazione tradizionale, basata sulla intuizione, che la dottrina moderna ha chiarito e approfondito, della impossibilità di tracciare tra il diritto sostanziale e il diritto processuale una netta frontiera, e della necessità di riconoscere tra i due campi una zona aperta che serva di collegamento e di passaggio. Le ragioni della soluzione adottata si trovano così spiegate nella rel. GRANDI (n. 6):

« Non mi dissimulo i vantaggi, sopratutto di chiarezza pratica, che sarebbero derivati dal poter raccogliere in un solo codice tutte le norme, formali e sostanziali, pertinenti al processo. Ma d'altra parte la tradizionale collocazione nel Codice civile di certe norme apparentemente processuali, come quelle attinenti alle prove o alla cosa giudicata o alla esecuzione forzata, ha le sue ragioni profonde. Certi istituti bifronti, che costituiscono come il ponte di passaggio tra il processo e il diritto soggettivo, possono utilmente esser presi in considerazione per il modo con cui si comportano nel processo, ovvero per gli effetti che essi esercitano sui rapporti di diritto sostanziale fuori del processo: essi sono pertanto suscettibili di diversa sistemazione secondo il punto di vista da cui si guardano. Ciò vale in particolar modo per le norme che regolano l'ammissibilità e l'efficacia dei mezzi di prova,

le quali, specialmente quando sono dettate in vista di speciali rapporti giuridici, aderiscono strettamente alla disciplina sostanziale di questi rapporti ed obbediscono normalmente ai medesimi principî di diritto internazionale e di diritto transitorio.

« La soluzione, da me adottata, di rispettare su questo punto la sistemazione tradizionale (sia pure con qualche particolare ritocco, là dove il criterio seguito dal legislatore del 1865 appariva troppo empirico), mi è stata agevolata dalla già predisposta formazione del libro V del Codice civile [poi diventato, nella coordinazione definitiva, il lib. VI] nel quale potranno trovar posto in un apposito titolo, insieme colle norme relative all'ammissibilità ed efficacia delle prove, tutte quelle disposizioni, attinenti alla tutela giurisdizionale dei diritti, attraverso le quali si opera il collegamento tra il diritto processuale e il diritto sostanziale e si manifesta la fondamentale unità dell'ordinamento giuridico ».

Analoghi chiarimenti delle ragioni che hanno consigliato questa collocazione si leggono nella parte proemiale della relazione 30 gennaio 1941, con cui il guardasigilli presentò al sovrano il libro « *della tutela dei diritti* »: « Tutti i diritti soggettivi, se pur variamente secondo la loro varia natura e le varie possibili contingenze, richiedono... una protezione, che sarà più o meno intensa, più o meno affidata o condizionata all'iniziativa delle parti interessate, ma senza della quale la loro efficacia e il loro vigor pratico si dissolverebbe o rimarrebbe esposto ad offese senza rimedio. A tale scopo (di protezione o di tutela) sono preordinati pertanto degli istituti di carattere prevalentemente strumentale, il cui impiego è largamente generalizzato... ». E più avanti: « Segue nel libro un titolo secondo « delle prove ». Anche le prove vengono qui in considerazione come mezzo e strumento per far valere o per difendere generalmente i propri diritti e ciò non solo in giudizio, ma anche fuori e prima di questo, poichè l'evidenza e la virtuale sicurezza di ottenere quando che sia il riconoscimento è condizione già di per sè normalmente sufficiente di rispetto dei diritti medesimi, di tranquillità nel loro godimento e di sicurezza nelle negoziazioni... Il titolo quarto finalmente tratta « della tutela giurisdizionale dei diritti », non già per regolare il modo e le forme (*modus procedendi*) di conseguire questa tutela, bensì la natura e la figura dei provvedimenti coi quali essa stessa si attua, le condizioni sostanziali richieste per provocarne l'emanazione e finalmente gli effetti che quei provvedimenti producono, in quanto operino o incidano sui rapporti o sulle situazioni sostanziali fuori del processo » (1).

---

(1) Cfr. REDENTI, *Trattato*, II, n. 3 *b*.

Norme di diritto processuale civile si trovano, oltre che nel Codice civile, nel Codice della navigazione (approvato con r. decr. 27 gennaio 1941, n. 9), art. 556-662, art. 1009-1052 (1); e in altre numerose leggi speciali che saranno menzionate al momento opportuno.

Il C.p.c. e l'ordinamento costituzionale.

E finalmente non si deve dimenticare che per poter intendere la riforma del processo civile in tutta la sua portata storica, non basta metterla in relazione colla codificazione del diritto sostanziale al quale il processo dovrà servire, ma occorre altresì considerarla in funzione dell'ordinamento costituzionale, in cui la amministrazione della giustizia si inquadra.

Già si è detto che la rinnovazione del processo civile che si è compiuta attraverso il nuovo Codice non è che la proiezione nel processo di una nuova concezione dello Stato: la legge processuale non potrà dunque essere intesa se non sia collocata nel quadro del diritto pubblico nel quale questa concezione dello Stato si manifesta. Ma di ciò si parlerà a suo tempo, specialmente nel Capo terzo.

§ 5. — Sistema e partizione del nuovo Codice (2).

Il nuovo Codice si compone di 831 articoli (è quindi notevolmente più breve, nonostante le leggi speciali che ha assorbito, del Codice precedente, di 950 articoli), distinti ciascuno con una sua propria intitolazione; ed è diviso in quattro libri, suddivisi in titoli, capi, sezioni:

I quattro libri del nuovo Codice.

Lib. I. - *Disposizioni generali* (art. 1-162);

Lib. II. - *Del processo di cognizione* (art. 163-473);

Lib. III. - *Del processo di esecuzione* (art. 474-632);

Lib. IV. - *Dei procedimenti speciali* (art. 663-831).

Gli ultimi tre libri corrispondono, all'incirca, ai tre libri in cui si divideva il Codice del 1865: ma, mentre questo si iniziava con un « Titolo preliminare », comprendente la conciliazione e l'arbitrato (materie oggi rispettivamente regolate nel secondo e quarto libro), il nuovo Codice ha in più il libro I, sulle « Disposizioni generali », che costituisce una notevole innovazione sistematica.

Della nuova ripartizione così illustra le ragioni la rel. Grandi (n. 19): « ...il primo libro, sotto il titolo *Disposizioni generali,* contiene tutte quelle norme sugli organi giudiziari e sulle parti, sui loro poteri e doveri e sugli atti processuali in generale che sono comuni e si applicano, in mancanza di disposizioni generali, ad ogni tipo di proce-

---

(1) Cfr. Andrioli, *Le disposizioni processuali del codice della navigazione,* in « Riv. dir. proc. civ. », 1942, I, pag. 114 e segg.

(2) Cfr. rel. Grandi, n. 19; Redenti, *Trattato,* II, nn. 4-10.

dimento, ordinario o speciale, di cognizione o di esecuzione. La introduzione nel Codice di questa parte generale che risponde ai voti di una autorevole dottrina e che sta in armonia coll'ordine adottato dal Codice di procedura penale del 1930, faciliterà la visione sistematica del nuovo processo; e la consultazione del Codice ne verrà praticamente agevolata. Particolarmente significativo è il raggruppamento, sotto il titolo degli organi giudiziari, di tutte le norme che disciplinano gli ausiliari del giudice, compreso il consulente tecnico ed il custode; e sotto il punto di vista pratico è importante la sistemazione in questo primo libro delle norme sulla competenza e sul modo di regolarla.

« Il secondo libro è dedicato al processo di cognizione ordinario; il principio dell'unità giurisdizionale trova la sua importante affermazione colla inserzione in questo libro delle norme attinenti alle controversie in materia corporativa.

« Al processo di esecuzione è dedicato il terzo libro: nel quale per chiarezza sistematica si è inserito non solo un titolo contenente le norme generali regolanti i presupposti di ogni esecuzione forzata (titolo I, « *Del titolo esecutivo e del precetto* »), ma si è introdotto altresì un apposito capo in cui sono raggruppate le norme comuni alle varie forme di espropriazione mobiliare e immobiliare; per facilitare così, anche colla distribuzione esterna della materia, quella visione unitaria degli istituti esecutivi, che corrisponde ai grandi progressi fatti anche in questo campo dalla indagine scientifica di questi ultimi decennî.

« La materia raggruppata nel quarto libro, dedicato ai procedimenti speciali, è necessariamente eterogenea. Si era pensato da principio di distribuirla in due distinti libri, che avrebbero dovuto costituire il quarto e il quinto del Codice, riservati rispettivamente uno ai procedimenti speciali di cognizione e l'altro ai procedimenti di giurisdizione volontaria; ma poi la grande difficoltà di stabilire con formule di legge una netta linea di confine tra i due gruppi di procedimenti, nella classificazione dei quali la stessa dottrina è divisa, ha fatto apparire la opportunità di riunirli tutti in un solo libro, lasciando alla scienza di procedere alle ulteriori distinzioni sistematiche ».

§ 6. — Letteratura (1).

Ancor prima di avere una letteratura esegetica sua propria, il nuovo Codice dal giorno della sua pubblicazione ha trovato già pronto « nella letteratura giuridica di questi ultimi anni *il suo anticipato com-*

(1) Cfr. Redenti, *Trattato*, II, n. 2 lett. *d*), *e*).

mento » (rel. GRANDI, n. 1): i principî di ordine sistematico sui quali il nuovo Codice è stato costruito si trovano, infatti, già elaborati e approfonditi nella dottrina italiana di questi ultimi trent'anni (1), le cui opere, anche prima di esser messe al corrente colla nuova legge, potranno continuare ad esser consultate utilmente, *cum grano salis*, ad illustrazione della riforma e dei suoi moventi.

Letteratura anteriore alla riforma.

Rimandiamo quindi, per un primo orientamento sistematico, prima di tutto alle opere fondamentali di GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile* (Napoli, Iovene; 1ª ed. 1906, 4ª ed. 1928); *Istituzioni di diritto processuale civile*, due volumi (Napoli, Iovene, 2ª ed. 1935); *Saggi di diritto processuale civile*, due volumi (Roma, Foro italiano, 2ª ed. 1930-31). Altri trattati o raccolte recenti: REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile* (Milano, Giuffrè, 1ª ed. 1938, 2ª ed. 1939); CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, tre volumi (Padova, Cedam, 1925-1939); CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, quattro volumi (Padova, Cedam, 1930-1939); BETTI, *Diritto processuale civile italiano* (Roma, Foro italiano, 1936); SATTA, *Teoria e pratica del processo*, raccolta di studi (Roma, Foro italiano, 1940).

Letteratura posteriore alla riforma.

Ma ormai, a meno di due anni dalla pubblicazione del Codice e a pochi mesi dalla sua entrata in vigore, una rigogliosa letteratura è venuta ad illustrare la nuova legge processuale: commentari per articoli (2), sintesi istituzionali (3), raffronti col vecchio Codi-

---

(1) Per più ampie indicazioni sulla letteratura processualistica, anche monografica, italiana e straniera (anteriore al 1935), cfr. le *Istituzioni* del CHIOVENDA, vol. I, pag. 135-143; e lo scritto del CALAMANDREI nel volume *Il pensiero giuridico italiano* (pubblicato dall'I.R.C.E. nel 1942) che contiene un orientamento generale sulla scienza processuale in Italia nell'ultimo trentennio, e un elenco bibliografico delle opere ed articoli pubblicati in questo periodo, fino al 1942.

(2) ANDRIOLI, *Commento al C.p.c.*, in tre volumi (Napoli, Iovene, 1941-1942), opera vincitrice del premio Chiovenda 1941; D'ONOFRIO, *Commento al nuovo C.p.c.*, in due volumi (Padova, Cedam, 1941); NAPPI, *Commentario al C.p.c.*, in quattro volumi (Milano, S. ed. libraria, 1941); RICCA-BARBERIS, *Preliminari e commento al C.p.c.* (1ª puntata, Torino, Giappichelli, 1942). Un'edizione del C.p.c. in un volume, illustrato coi lavori preparatorî e con brevi note di commento, è quella curata dai giudici LUGO e BERRI, che facevano parte del comitato di revisione (Milano, Giuffrè, 1940). Sulle disposizioni di attuazione e transitorie (oltrechè il 2° volume del *Commento* di ANDRIOLI): CONFORTI, in « Foro it. », 1942, fasc. VIII; REDENTI, *Le disposizioni transitorie per i processi di cognizione civile* (Milano, Giuffrè, 1942; LUGO-BERRI, *Disposizioni per l'attuazione* ecc., illustrate (Milano, Giuffrè, 1942); SATTA, *Le circolari ministeriali per l'applicazione del nuovo C.p.c.* (Padova, Cedam, 1942).

(3) CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile*, 3ª ed., in due tomi (Roma, « Foro it. », 1942), recensite da CALAMANDREI, in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, I, 364; JAEGER, *Diritto processuale civile secondo i nuovi Codici* (Torino, UTET, 1942); più ampio, e particolarmente consigliabile per un primo fedele orientamento

ce (1), trattati sistematici (2), manuali pratici (3), formularî (4), e tutti una fioritura di contributi monografici che hanno il loro centro di raccolta nella « Rivista di diritto processuale civile », diretta da Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei (5).

---

sul nuovo Codice, Zanzucchi, *Il nuovo diritto processuale civile*, 2ª e 3ª ed., già usciti 2 volumi (Milano, Giuffrè, 1942).

(1) Calamandrei, *Delle buone relazioni tra i giudici e gli avvocati*, due dialoghi (Firenze, Le Monnier, 1942) [cfr. *infra*, l'*Appendice* di questo vol.].

(2) Redenti, *Trattato della giustizia civile* (Milano, Giuffrè, 1941): di quest'opera, che costituisce una continuazione e una rielaborazione del *Profili*, è uscita soltanto per ora la prima puntata del vol. II, bastevole a far intendere che essa, quando sarà compiuta sarà fondamentale.

(3) De Maio, *Manuale del nuovo processo civile* (Borgo S. Dalmazzo, 1942); Giudiceandrea, *Guida del nuovo rito civile* (Roma, Signorelli, 1942); Satta, *Guida pratica per il nuovo processo civile italiano* (Padova, Cedam, 1941).

(4) Berri, Dallari, Lugo ed altri, *Formulario della procedura civile*, in 2 vol., (Milano, Giuffrè, 1942); il 2° vol. è dedicato ai procedimenti speciali.

(5) La « Riv. di dir. processuale civile », fondata nel 1924, è stata diretta fino al 1937 da Giuseppe Chiovenda e da Francesco Carnelutti, e dal 1938 da questo e da Piero Calamandrei, che fin dall'inizio ne fu redattore capo; a cominciare dal 1941 la « Rivista » è interamente dedicata al nuovo Codice, con una serie di articoli monografici, la cui pubblicazione è in corso, destinati ad illustrare la nuova legge in tutte le sue parti.

Capo secondo

NOZIONI SISTEMATICHE FONDAMENTALI

§ 7. — Premessa.

Non si può utilmente iniziare lo studio descrittivo ed esegetico di un Codice di diritto processuale, se non partendo da tre nozioni fondamentali di ordine sistematico, che non sono definite ma presupposte dalle leggi positive: *giurisdizione, azione, processo.*

La opportunità di distinguere i tre termini di questo fondamentale trinomio sistematico, e di distinguerli nell'ordine in cui li abbiamo enunciati, appare subito quando, prima di approfondire i concetti, si consideri come si svolge e in che consiste, *praticamente,* l'opera dei magistrati chiamati ad amministrare la giustizia.

a) Anche chi sia assolutamente sprovvisto di ogni più elementare nozione di diritto processuale, si rende conto, colla sola osservazione empirica, che i magistrati, quando sono chiamati a giudicare un litigio, svolgono una certa *attività* dotata di suoi propri caratteri e di suoi speciali fini, che la differenziano da tutti gli altri tipi di attività esercitate nella consociazione umana da altri professionisti o da altri pubblici funzionari: anche senza esser giuristi, non ci vuol molta fatica a distinguere empiricamente l'attività professionale di un avvocato dall'attività ufficiale di un magistrato, o a comprendere la differenza che passa tra la funzione di un giudice e quella, ad esempio, di un podestà. L'attività che i giudici esercitano, in nome dello Stato, è la *giurisdizione*: e quindi, come primo argomento di studio, dovremo considerare i caratteri e i fini di questa attività e dei concreti atti *giurisdizionali* che i magistrati compiono nell'esercizio della medesima.

Attività giurisdizionale.

b) Ma l'attività giurisdizionale non si esercita *a vuoto*: si giudica non in astratto, intransitivamente, ma si giudica perchè difronte a chi deve giudicare è posto, come oggetto concreto di giudizio, una controversia da decidere, un litigio da dirimere, una domanda da accogliere o respingere, un *tema da indagare, un problema da risolvere.* Questo problema che il giudice è chiamato a risolvere si riferisce sempre, come si vedrà, a un conflitto, o, più in generale, a un rapporto tra

Oggetto della attività giurisdizionale: l'azione.

uomini: e il giudice si pone difronte ad esso come un terzo imparziale, il quale non crea da sè il suo problema, ma lo esamina e lo risolve nei termini in cui chi vi ha interesse agisce per formularlo, e sottoporglielo. Si presenta così, come secondo argomento di studio, l'*azione,* intesa innanzitutto come formulazione del *thema decidendum;* la quale si distingue dall'attività decidente allo stesso modo che dall'attività dell'osservatore si distingue empiricamente l'oggetto da lui osservato.

c) La giurisdizione e l'azione vengono a contatto e si ricollegano attraverso il *processo*: che formerà il terzo argomento di questo nostro studio introduttivo.

Prima che il magistrato sia in grado di giudicare sul tema proposto alla sua indagine, è necessario, da parte sua e da parte di coloro che richiedono il suo giudizio, il compimento di una serie di attività preparatorie, che si susseguono ordinatamente per far conoscere al giudice qual è il problema ch'egli deve esaminare e per fornirgli le informazioni necessarie a risolverlo secondo giustizia: questa serie di attività che si susseguono in un ordine prestabilito, *procedendo* come a loro meta ultima verso l'atto giurisdizionale, costituiscono il *processo*: il quale appare concettualmente come una unità, in vista di quest'unico fine che ricollega tutto il suo svolgimento, e il raggiungimento del quale è la sua normale conclusione.

Operazioni preparatorie della attività giurisdizionale: il processo.

Vedremo nel seguito di questo corso la giustificazione razionale e la portata giuridica di questa tripartizione. Ma giova avvertire fin d'ora, per maggior chiarezza didattica, che essa non è che la proiezione sul piano giudiziario di tre momenti che si potrebbero distinguere ed isolare in ogni attività *critica*: l'opera dello storico si distingue empiricamente dagli eventi che costituiscono il tema delle sue ricerche, e il momento in cui egli raccoglie i documenti e scevera le fonti, si distingue cronologicamente dal momento in cui egli, compiuto il periodo della ricerca, redige in forma definitiva la sua storia; il giudizio con cui un critico d'arte riconosce autentico un quadro si distingue dal quadro che egli osserva e dalle operazioni che prima di giudicare deve compiere per saggiarne la autenticità.

CAPITOLO PRIMO

LA GIURISDIZIONE

SOMMARIO. — § 8. - Giurisdizione e formulazione del diritto. — § 9. - Giurisdizione di equità e giurisdizione di diritto: il principio di legalità. — § 10. - Struttura logica delle norme giuridiche: la norma astratta e l'individuazione del comando. — § 11. - Il diritto e la possibilità della sua inosservanza: il problema della coazione. — § 12. - Iniziativa pubblica e iniziativa privata per la osservanza del diritto. — § 13. - Nozione di garanzia giurisdizionale. — § 14. - Varî tipi di garanzia giurisdizionale. — § 15. - *A*) Garanzia giurisdizionale contro la trasgressione del precetto. — § 16. - *B*) Garanzia giurisdizionale contro la incertezza del diritto. — § 17. - *C*) Garanzia giurisdizionale a scopo costitutivo. — § 18. - *D*) Garanzia giurisdizionale a scopo cautelare. — § 19. - I due momenti della giurisdizione: *A*) la cognizione. — § 20. - *B*) La esecuzione forzata. — § 21. - Nozione unitaria di giurisdizione. — § 22. - La funzione giurisdizionale e le altre funzioni dello Stato. — § 23. - La giurisdizione volontaria. — § 24. - La conciliazione. — § 25. - Potere creativo del giudice. — § 26. - Il potere normativo della Magistratura del lavoro. — § 27. - Classificazione riepilogativa dei provvedimenti giurisdizionali secondo il loro contenuto.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE. — CALAMANDREI, *Limiti tra giurisdizione e amministrazione;* ID., *Significato costituzionale delle giurisdizioni di equità* (in *Studi,* vol. I e II); CARNELUTTI, *Sistema,* vol. I, lib. I, nn. 38 e segg.; ID., *Istituzioni,* nn. 1-50; CHIOVENDA, *Istituzioni,* vol. II, §§ 19-20; RASELLI, *Note intorno ai concetti di amministrazione e giurisdizione* (Siena, 1925); ID., *Il potere discrezionale del giudice civile,* due vol. (Padova, 1927-1935); REDENTI, *Profili,* p. I^a^, §§ 1-9: ID., *Intorno al concetto di giurisdizione* (Parma, 1914); ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, pagg. 3-48.

§ 8. — GIURISDIZIONE E FORMULAZIONE DEL DIRITTO.

Il nuovo Codice, col suo articolo 1, comincia dalla *giurisdizione*: « La giurisdizione civile, salvo speciali disposizioni di legge, è esercitata dai giudici ordinari secondo le norme del presente Codice ». ART. 1

Mentre il Codice precedente iniziava il suo primo libro dalle disposizioni generali sull'azione (art. 35 e segg.), il nuovo Codice prende le mosse dalla giurisdizione e dal giudice.

« Questa variazione di ordine sistematico (osserva la rel. GRANDI,

n. 19) è indice di un mutamento di mentalità: il cessato Codice si prospettava i problemi dal punto di vista del litigante che chiede giustizia, il nuovo se li propone dal punto di vista del giudice che deve amministrarla: mentre il vecchio Codice considerava l'azione come un *prius* della giurisdizione, il nuovo Codice, capovolgendo i termini del binomio, concepisce l'attività della parte in funzione del potere del giudice ».

Priorità del concetto di giurisdizione.

Dobbiamo quindi anche noi, per intraprender lo studio del diritto processuale, considerar prima di tutto i problemi dal punto di vista dello Stato che amministra giustizia, e prender le mosse dalla nozione di *giurisdizione*: cioè dalla nozione di quella potestà o funzione (detta *giurisdizionale* o *giudiziaria*) che lo Stato, quando amministra giustizia, esercita nel processo per mezzo dei suoi organi giudiziari.

Del concetto di giurisdizione non si può dare una definizione assoluta, valevole per tutti i tempi e per tutti i popoli. Non solo le forme esterne, attraverso le quali si svolge l'amministrazione della giustizia, ma anche i metodi logici del giudicare hanno un valore contingente, che non può esser determinato se non in relazione a un dato momento storico. Oggi, nelle principali legislazioni dell'Europa continentale, il contenuto della funzione giurisdizionale non può esser inteso se non in relazione col sistema della *legalità*: e il nuovo Codice vuol essere appunto una riaffermazione della giurisdizione *come complemento e come strumento della legalità* (1).

Relatività storica del concetto di giurisdizione.

Lo Stato, di cui è fine fondamentale il mantenimento dell'ordine nella società, regola a tale scopo la convivenza dei consociati ponendo il *diritto oggettivo,* cioè le norme alle quali i singoli devono, nei loro rapporti sociali, conformare la loro condotta. I consociati trovano dunque già formulata fuori di loro questa superiore volontà dello Stato, che comanda ad essi di tenere una certa condotta ed esige di essere a qualunque costo obbedita.

Ma il modo di formulazione di questa volontà può, secondo i luoghi e secondo i tempi, variare. Se osserviamo, sotto un aspetto puramente empirico, in qual forma può manifestarsi esternamente la volontà dello Stato diretta a mantenere l'ordine nella società, cioè a regolare la condotta dei consociati nelle loro reciproche relazioni, vediamo che tutti i sistemi di produzione del diritto, i meccanismi per così dire attraverso i quali il diritto (qualunque sia in sede filosofica la sua origine ideale e la sua giustificazione razionale) affiora e si rivela agli uomini, si possono, semplificando, ridurre a due: quello che si può chiamare della *formulazione per il caso singolo* e quello che si può

Due modi fondamentali di produzione del diritto.

(1) Cfr. rel. GRANDI, n. 8.

chiamare della *formulazione per classi* o anche della *formulazione legale.*

Secondo il primo sistema, che è forse quello da cui storicamente si inizia l'attività giuridica dello Stato (poichè storicamente il giudice nasce prima del legislatore) l'autorità non interviene a regolare la condotta dei sudditi fino a che tra essi non sia insorto concretamente un conflitto. Solamente quando un conflitto già insorto di interessi individuali minaccia di turbare la convivenza sociale, lo Stato interviene come pacificatore e detta lì per lì il diritto che deve servire in concreto a regolarlo, e nello stesso momento lo fa osservare, occorrendo, colla forza.

Formulazione del diritto per il caso singolo.

Ma, difronte a questo metodo di formulazione del diritto per il caso singolo (che prevale nelle epoche primitive o nei periodi rivoluzionari) la civiltà occidentale ha escogitato da millennî (1) il sistema della formulazione legale. Invece di attendere che si presenti la urgenza di regolare un singolo rapporto già in atto, lo Stato prevede in anticipo, con un processo di astrazione basato sul *quod plerumque accidit,* le classi tipiche di rapporti interindividuali nei quali potrà manifestarsi la necessità di un intervento dell'autorità per il mantenimento dell'ordine, e preannuncia in anticipo, nel caso che uno di questi casi tipici astrattamente ipotizzati dovesse prodursi nella realtà, quale sarà la condotta che i consociati dovranno tenere e quale delle due parti in conflitto sarà assistita dalla forza dello Stato. Questo preannuncio di forza, questo programma di azione che lo Stato si propone di svolgere, con costanza ed uniformità, tutte le volte che tra i consociati si verifichino certe situazioni di fatto, è la legge; la quale, appunto perchè contiene, per chi venisse a trovarsi in certe situazioni, una promessa di aiuto per una parte e per l'altra una minaccia di repressione, costituisce un suggerimento e un indirizzo dato alla volontà dei consociati, in quanto essi, sapendo in anticipo quali saranno le conseguenze del loro operare, potranno consapevolmente determinarsi e assumere in concreto le responsabilità giuridiche della loro volontaria condotta.

Formulazione del diritto per classi.

La differenza tra i due metodi di formulazione del diritto si può dunque riassumere in ciò: che mentre nel sistema della formulazione per il caso singolo il diritto si manifesta in forma di comando concreto e individuato, rivolto al singolo che si trova in una situazione di fatto già attuale, nel sistema della formulazione legale il diritto si manifesta in forma di leggi, cioè di comandi astratti e generali, rivolti in maniera indeterminata a tutti coloro che nell'avvenire potranno trovarsi in una certa situazione di fatto, ipotizzata in anticipo come possibile.

---

(1) Secondo il FISHER, *Storia d'Europa,* vol. I, pag. 56, il « principio di sovranità della legge... distingue la civiltà occidentale dalla cinese ».

§ 9. — Giurisdizione di equità e giurisdizione di diritto: il principio di legalità.

Secondo che prevalga l'uno o l'altro metodo di formulazione del diritto, diversa è nello Stato la posizione del giudice: e diverso quindi il contenuto della funzione giurisdizionale.

In un ordinamento in cui prevalga il metodo della formulazione del diritto per il caso singolo, il giudice, al momento in cui è chiamato a render giustizia su un concreto rapporto controverso, non trova dinanzi a sè una norma precostituita dalla quale egli possa logicamente dedurre in forma individuata e concreta il comando già potenzialmente contenuto nella volontà astrattamente manifestata dal legislatore. In questo sistema il giudice, non potendo cercare i criteri della sua decisione nella legge che non esiste, deve direttamente attingerli dalla sua coscienza, o, come anche si dice, dal suo sentimento di *equità* naturale. Ma questo non significa che il giudice sia qui libero di decidere secondo il suo capriccio individuale: significa soltanto che qui al giudice è affidato l'ufficio di ricercare caso per caso la soluzione che meglio corrisponda alle concezioni morali ed economiche prevalenti nella società in cui egli vive in quel momento, e di essere quindi l'interprete fedele delle correnti storiche del suo tempo. E' facile intendere che in siffatto ordinamento la funzione del giudice è, prima di tutto, una funzione di *creazione* del diritto, ossia una attività pregiuridica, ed essenzialmente politica: il giudice non applica al caso concreto un diritto già tradotto in formule statiche dal legislatore, ma compie direttamente per trovar la decisione del caso singolo quel lavoro che si potrebbe chiamare di diagnosi politica delle forze sociali, che nel sistema della formulazione legale è compiuto esclusivamente dagli organi legislativi.

Giurisdizione di equità.

Nel sistema della formulazione legale, invece, è sugli organi incaricati di formulare le leggi, comunque essi si chiamino o comunque siano costituiti, che vengono costituzionalmente a sboccare ed a far leva le forze politiche da cui nasce il diritto: sono essi, gli organi legislativi, i filtri che l'ordinamento dello Stato appresta per decantare dalle confuse e discordi aspirazioni dell'*ius condendum* la certezza positiva dell'*ius conditum,* che il giudice deve accettare senza discuterlo, senza poter ricominciare per conto suo quel lavoro di valutazione politica che è stato compiuto, una volta per sempre e una volta per tutti, dal legislatore. Nel sistema della legalità vi è dunque, tra legislatore e giudice, una repartizione di lavoro: tutti i fattori politici devono essere portati alla valutazione degli organi competenti a creare le leggi, non degli organi, quali sono in prima linea i giudici, ai quali spetta soltanto applicarle così come sono. In questo senso vige nel sistema

Giurisdizione di diritto.

della legalità (e non vige nel sistema dell'equità) la separazione fra giustizia e politica: al giudice (e più in generale al giurista) non spetta discutere la bontà politica delle leggi; spetta soltanto, in quanto giudice e in quanto giurista, osservarle e farle osservare.

Con questo non si vuol dire, intendiamoci, che nel sistema della legalità l'opera del giudice possa ridursi a un arido giuoco logico, distaccato dalle correnti storiche da cui è sorta la legge che egli è chiamato ad applicare. L'attività del giudice ha scopi essenzialmente pratici, in quanto è indirizzata a determinare la condotta degli uomini, e in questo senso, anche nel sistema della legalità, è sempre attività politica; ma questa sua attività pratica, e quindi politica, non può consistere che nel proseguire fedelmente i principî da cui sono nate le leggi che egli è chiamato a far osservare, nei limiti in cui questi principî sono riusciti a tradursi nella legalità e a diventare, come dice l'art. 12 delle Disp. gen. premesse al nuovo Cod. civile, « princìpî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato ». Al giudice, in altre parole, non è lecito compiere sul diritto costituito quelle valutazioni critiche *de iure condendo,* in base alle quali le stesse leggi possono esser qualificate « giuste » o « ingiuste » secondochè corrispondano più o meno a certi ideali di giustizia in senso morale e sociale, che si pongono come criteri di valutazione delle medesime; da un punto di vista strettamente giuridico qualificare *ingiusta* la legge può parere una *contradictio in adiecto* (1). La giustizia che amministra il giudice è, nel sistema della legalità, la *giustizia in senso giuridico,* cioè nel senso, più angusto, ma meno opinabile, di conformità al diritto costituito, indipendentemente dalla corrispondenza di questo alla « giustizia sociale ». Cosicchè, quando nella rel. Grandi si legge (n. 2 in fine) che scopo del processo è il conseguimento di una « più alta giustizia sociale », questa affermazione va intesa in coordinazione col principio della legalità, nel senso cioè che il giudice, amministrando *immediatamente* la giustizia in senso giuridico, cioè facendo osservare le leggi, viene con ciò a tradurre in pratica *mediatamente* quegli ideali di giustizia sociale, ai quali il legislatore si è inspirato nel formularle.

Giustizia giuridica e giustizia sociale.

Da tutto quanto si è detto appare la esatta portata della contrapposizione, che anche oggi si fa, tra *giurisdizione di equità* e *giurisdizione di diritto.* L'attività del giudice di equità, che crea il diritto per il caso singolo, è più complessa e più comprensiva di quella del giu-

---

(1) Si ricordino i celebri versi di Cino da Pistoia:

« mercé, Dio, ché miei giorni ho male spesi
in trattar leggi, tutte ingiuste e vane
senza la tua, che scritta in cor si porta ».

Ma qui Cino non parlava da giurista!

La legalità, principio fondamentale del nostro ordinamento.

dice di diritto, che applica al caso singolo il diritto creato dal legislatore: nel giudizio di equità la creazione del diritto e la sua applicazione al caso concreto avviene nello stesso momento, con un unico atto; nel giudizio di diritto lo stesso cammino è compiuto in due tappe, la prima per opera del legislatore, la seconda per opera del giudice: sicchè si può dire che la giurisdizione di equità concentri in sè, operante caso per caso, quella funzione creativa del diritto che nel sistema della legalità è sottratta al giudice e riservata al legislatore (cfr. § 25).

Principio fondamentale del nostro ordinamento, basato sul sistema costituzionale della legalità è che « nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto » (C.p.c. art. 113); e proprio per il fine supremo di difendere la legalità è istituita al vertice della gerarchia giudiziaria la Corte suprema di cassazione che, « quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni » (Ord. giud. art. 65).

ART. 113

ART. 65 ORD. GIUD.

Solo in casi eccezionali, che saranno illustrati più avanti (§ 25) il nostro ordinamento consente ai giudici di decidere secondo equità; ma la regola fondamentale è che il giudice dev'essere il servitore della legge e il suo interprete fedele, in conformità della tradizione romana: « *magistratum legem esse loquentem* » (CICERONE, *de legibus,* III, 1). Le tendenze, che oggi si notano in qualche legislazione europea, ad allargare i poteri del giudice e a dar credito in ritardo agli insegnamenti della scuola del « diritto libero » che fece rumore in Germania qualche decennio fa, non allignano in Italia: dove il sistema della legalità, garanzia dell'unità dello Stato, della certezza del diritto, dell'ugual trattamento dei casi simili e della libertà dei singoli nei limiti della legge, si considera giustamente come una di quelle conquiste decisive della civiltà, che segnano una tappa dell'ascesa umana e non si possono abbandonare senza retrocedere verso la barbarie (1). E' opportuno riportare quello che in proposito dice la relazione GRANDI: « Lo Stato autoritario respinge energicamente le tendenze, che periodicamente si riaffacciano nelle crisi della legalità, volte ad innalzare il giudice per deprimere il legislatore; queste tendenze, che significano indebolimento dei poteri centrali dello Stato e sgretolamento della unità del diritto, non possono non essere respinte da uno Stato che sia geloso custode della propria unità e della propria sovranità. Se in periodi di transizione, nei quali rimane ancora formalmente in vigore il vecchio diritto superato dai tempi, può essere utile il conferimento al giudice di generali poteri equitativi, servendosi dei quali egli sia in grado di aprire

(1) Cfr. il bel libro di LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto,* Roma 1942.

il varco, tra i crepacci delle vecchie leggi, al nuovo diritto in formazione, questa latitudine di poteri non è concepibile per un giudice chiamato ad applicare una legislazione giovane che rispecchia in ogni suo articolo i nuovi tempi; in tale clima storico al giudice si chiede soltanto di essere il sensibile e fedele continuatore di quelle direttive che si trovano consacrate nella legge, e neanche si concepisce l'idea che dal sistema della legalità, secondo il quale il diritto si esprime in norme generali ed astratte, che il giudice è chiamato ad applicare ai casi concreti, si possa, risalendo a ritroso i millennî, tornare alla giustizia patriarcale del caso singolo ».

§ 10. — Struttura logica delle norme giuridiche: la norma astratta e l'individuazione del comando.

Nel sistema della legalità, il diritto oggettivo si manifesta dunque in forma di regole di condotta *generali* ed *astratte*: generali, in quanto comandano un certo comportamento non a persona individualmente determinata, ma a tutti coloro, in serie indefinita, che nell'avvenire potranno eventualmente trovarsi in una certa situazione di fatto; astratta, in quanto non comandano in vista di concreti eventi già verificatisi, ma, ponendo la ipotesi che possa prima o poi prodursi nella realtà una certa situazione di fatto, formulano in anticipo il comando che, qualora tale situazione in concreto si verificasse, è destinato, ora per allora, a divenire operativo e categorico.

Generalità e astrattezza della legge.

Ora prima di esaminare quale sia, in un cosiffatto sistema di formulazione giuridica, la funzione del giudice, bisogna rendersi conto del modo con cui il diritto così formulato opera praticamente fra gli uomini, nei casi in cui esso è osservato spontaneamente dai consociati, senza che sia necessario l'intervento del giudice.

Ogni norma giuridica, qualunque ne sia il contenuto, presenta sempre (o può esservi in ogni caso ricondotta) la stessa struttura sintattica: la coordinazione di due proposizioni, la prima delle quali suppone astrattamente il verificarsi di un evento o di una serie di eventi (*ipotesi*), mentre la seconda stabilisce la condotta che da alcuno deve essere tenuta, o in generale le conseguenze giuridiche che lo Stato vuole si producano, ove tale ipotesi si verifichi nella realtà (*precetto*). La forma logica alla quale ogni norma giuridica può ricondursi è dunque quella di un giudizio ipotetico: nel primo membro si trova descritta, nei suoi caratteri rilevanti, la situazione di fatto che si suppone come possibile (la cosiddetta *fattispecie legale*), nel secondo membro si stabilisce la conseguenza che si deve produrre, qualora nella realtà pratica si verifichi una situazione di fatto corrispondente a quella ipotizzata nella prima parte della norma.

I due membri di ogni norma giuridica: fattispecie e precetto.

Accade così che, quando colle circostanze di fatto supposte dalla norma coincidono le circostanze di fatto che si verificano nella realtà (ossia, come si dice scolasticamente, quando la *fattispecie reale* coincide colla *fattispecie legale*), la volontà astratta potenzialmente contenuta nella norma diventa *senz'altro* attuale e specifica, indirizzandosi, in virtù di questa coincidenza, ad una persona determinata, che apparisce ora come il destinatario individuato di quel concreto comando. Il coincidere della fattispecie legale colla fattispecie reale fa, per così dire, scattare dal precetto astratto il precetto concreto. Questo individuarsi della legge in singoli precetti concreti aderenti alle circostanze della realtà avviene *automaticamente,* senza bisogno che lo Stato intervenga di volta in volta, anche se nessuno lo richieda, ad accertare ufficialmente queste coincidenze di fattispecie: la legge ha parlato in anticipo, in termini generali, una volta per tutte, e sta al singolo interessato accorgersi volta per volta che la norma astratta si è individuata nei suoi confronti ed ha parlato per lui.

Individuazione del precetto.

Le fattispecie previste dalle norme giuridiche sono, naturalmente, svariatissime: e il loro studio rientra nelle varie discipline del diritto sostanziale. Ma, agli effetti di questa nostra indagine istituzionale, è utile avvertire che sotto le più svariate configurazioni particolari tutte le fattispecie previste dalle norme giuridiche possono ricondursi alla ipotesi generica di un rapporto della vita, corrente tra due o più persone, che si suppongono in conflitto ovvero in collaborazione di interessi tra loro. La funzione del diritto, che è funzione essenzialmente *sociale,* non si esaurisce in un rapporto fra lo Stato che pone la norma e il singolo al quale si indirizza il concreto precetto scaturito dalla norma: lo Stato, il quale considera il singolo non come isolato nel mondo, ma come operante in società, pone i suoi comandi non per il gusto sterile di essere obbedito, ma in previsione di certi rapporti *interindividuali* in cui il comportamento di una persona potrà costituire, se conforme alla legge, l'appagamento dell'interesse individuale di un'altra persona o di un interesse comune a tutte le persone partecipanti al rapporto, ovvero, se disforme dalla legge, una lesione di questo interesse. Sicchè, quando il singolo, verificandosi una fattispecie reale coincidente con quella legale, si comporta in conformità del diritto, con questo suo comportamento non sodisfa soltanto l'interesse pubblico alla osservanza della legge, ma altresì gli interessi individuali a tutela dei quali la legge è stata dettata.

Bilateralità del diritto.

Basta questo accenno, che qui non può essere approfondito, a far comprendere che il diritto non è soltanto imposizione ipotetica di una certa condotta, ma insieme tutela ipotetica di certi interessi individuali. Quando la norma giuridica, per la ipotesi che possa verificarsi una certa situazione interindividuale, comanda ora per allora

che uno dei soggetti del rapporto tenga un certo comportamento destinato a sodisfare l'interesse dell'altro, questi sa che, verificandosi nella realtà la ipotesi prevista dalla norma, egli potrà esigere che l'obbligato tenga nei suoi confronti il comportamento comandato dalla legge, e che in mancanza potrà contare sull'assistenza dello Stato. Sorge così dal concetto di *diritto oggettivo* (*norma agendi*) quello connesso di *diritto soggettivo* (*facultas agendi*): sicchè il tenere il comportamento prescritto dalla norma può essere nello stesso punto osservanza del diritto oggettivo e sodisfazione del diritto soggettivo (cfr. § 12).

§ 11. — Il diritto e la possibilità della sua inosservanza: il problema della coazione.

Tutte le volte che il singolo destinatario del concreto precetto vi si uniforma spontaneamente, ossia tiene una condotta conforme a quella dettata dalla legge, il diritto funziona senza bisogno di coazione. E' questo il funzionamento normale e, per così dire, fisiologico del diritto; nella massima parte dei casi i singoli si accorgono da sè del concretarsi di un dovere di condotta nei loro confronti, e lo adempiono senza bisogno che alcuno ve li forzi; i diritti soggettivi sono sodisfatti sulla sola richiesta del creditore, e per il raggiungimento di certi effetti giuridici gli interessati seguono puntualmente le modalità che la legge a questo scopo prescrive. Il fatto che, quando l'obbligato si conforma spontaneamente alla volontà della legge, il funzionamento del diritto passi, in mancanza di contrasto, quasi inosservato, non esclude che tutti i nostri atti siano come immersi in questa specie di invisibile atmosfera giuridica che accompagna in ogni suo movimento la vita sociale. Il credere che il diritto si abbia soltanto dove sorge la necessità di costringere il singolo ad osservarlo, significa disconoscere che nella massima parte dei casi il diritto funziona proprio perchè ad esso è data spontanea osservanza, e perchè esso si impone al rispetto dei singoli e plasma di sè la vita sociale senza bisogno di ricorrere alla coazione; e se la esistenza del diritto si rivela visibilmente solo al momento in cui è necessario ricorrere ai tribunali per farlo valere contro il torto (cioè solo nei casi statisticamente eccezionali e patologici), ciò avviene per un fenomeno paragonabile a quello per cui il corpo umano non avverte lo stato di salute finchè questo è perfetto, ma ne sente la mancanza soltanto quando una malattia lo mette in pericolo.

Osservanza spontanea del diritto.

In una società immaginaria, in cui la spontanea osservanza del diritto (che oggi avviene nella massima parte dei casi, ma non in

tutti) avvenisse immancabilmente in ogni caso, il problema della *coazione*, che è uno degli aspetti del diritto, non avrebbe ragion d'essere, e neanche avrebbero ragion d'essere, in cosiffatta società ideale, i giudici e gli avvocati. Il problema sorge invece difronte alla possibilità (che è quotidiana realtà) della inosservanza del diritto: nonostante che nella realtà si sia verificata una fattispecie concreta simile a quella prevista in astratto dalla norma, e che quindi sia scaturito da questa un concreto precetto indirizzato a un determinato destinatario, questi non tiene la condotta che il precetto in concreto gli impone, ossia *disobbedisce* al precetto; e così si produce nella realtà una non coincidenza fra la condotta tenuta in concreto dall'obbligato e la condotta che lo Stato, già dichiaratosi in anticipo colla legge, avrebbe voluto fosse tenuta in quel caso (*inosservanza* o *violazione della legge*: ossia del concreto precetto che il verificarsi della fattispecie ha fatto scaturire dalla legge). Come reagisce lo Stato contro questa inosservanza della sua volontà?

Possibilità pratica della inosservanza del diritto.

Si suol dire che uno dei caratteri per cui le norme giuridiche si distinguono dalle altre regole di condotta osservate in società (per es. dalle regole del costume, dell'etichetta, ecc.) è quello della *coercibilità* (intesa come *possibilità di coazione*) (1); il diritto (si dice) deve valere ad ogni costo, anche contro la volontà dell'obbligato: se manca l'osservanza spontanea, l'osservanza del diritto dev'essere ottenuta *colla forza*. Ma chi pone in opera questa forza? Ed è sempre possibile, praticamente, ottener colla forza quella osservanza del diritto alla quale la volontà dell'obbligato si rifiuti?

Coercibilità del diritto.

Qui appare intanto come ad assicurare l'osservanza pratica del diritto nel concreto svolgersi dei rapporti sociali *non sia sufficiente l'opera del legislatore*: le cui volizioni generali ed astratte potranno al momento opportuno tradursi in attività pratiche ad esse conformi, solo in quanto i singoli intendano la parola delle leggi e siano disposti a rispettarla. Anche il verso dantesco ammonisce che non bastano le leggi a mantener l'ordine, se i cittadini non si curano di prestarvi ossequio: « le leggi son, ma chi pon mano ad esse? ».

Ma se i singoli non sono disposti a rispettare volontariamente le leggi, allora per farle rispettare è necessaria *un'ulteriore attività dello Stato*, che si presenta come complemento dell'attività legislativa. Lo Stato, nel porre le leggi, non si limita a rivolgere con esse comandi indirizzati all'operare altrui (che potrebbero ridursi a platoniche enunciazioni di desideri), ma si impegna ad operare esso stesso, colla forza, per farle valere. Esse non sono soltanto, dunque, un'esortazione ri-

---

(1) Cfr. BATTAGLIA, *Corso di filosofia del diritto* (Roma 1940), vol. II, cap. III, n. X.

volta a coloro che debbono osservarle, ma una minaccia di repressione per coloro che non le osserveranno e una promessa di aiuto per coloro che agiranno in conformità di esse: un programma di forza, insomma, che lo Stato si propone di mettere in pratica nell'avvenire, per impedire che il diritto rimanga inosservato. In questo consiste la coercibilità delle leggi: che esse sono *garantite* dalla forza dello Stato. Se l'attività di coloro ai quali le leggi si indirizzano non sarà conforme al comando, interverrà l'attività succedanea dello Stato, che nel porle si è costituito mallevadore della loro osservanza (1).

La giurisdizione, come garanzia del diritto.

Questa ulteriore attività dello Stato, volta a mettere in pratica la coazione minacciata e a rendere effettiva la assistenza promessa dalle leggi, è la *giurisdizione*. Nella vita dello Stato il momento legislativo o normativo non può intendersi separato dal momento giurisdizionale: legislazione e giurisdizione costituiscono due aspetti di una stessa attività continuativa, che può denominarsi in senso lato (in contrapposizione all'attività *sociale*: cfr. § 22) *attività giuridica*: prima dettare il diritto e poi farlo osservare; prima la posizione e poi l'attuazione del diritto. La giurisdizione appare dunque come il necessario proseguimento della legislazione, come l'indispensabile complemento pratico del sistema della legalità.

§ 12. — Iniziativa pubblica e iniziativa privata per la osservanza del diritto.

Con quali mezzi, in quali modi, lo Stato provvede, nel caso che il diritto rimanga inosservato, a mettere in pratica la coazione, ossia a mantenere la promessa, da esso solennemente proclamata, di far rispettare il diritto contro ogni inosservanza?

Intanto è necessario avvertire fin d'ora (poichè questa distinzione è fondamentale, come si vedrà, per la intelligenza di tutto il diritto processuale) che lo Stato difronte alla concreta inosservanza di una norma giuridica *non reagisce sempre colla stessa immediatezza*: mentre difronte alla violazione di certe norme, lo Stato interviene immediatamente, per iniziativa ufficiale dei propri organi (« d'ufficio », come si dice) a mettere in opera la coazione ed a ristabilire il diritto violato, difronte alla violazione di certe altre lo Stato rimane inerte e indifferente fino a che la richiesta di mettere in pratica la coazione non gli sia rivolta dal privato che dall'inosservanza della norma giuridica si sente leso nel suo interesse individuale. La reazione dello Stato contro

Diverso modo di reazione dello Stato contro la inosservanza del diritto.

(1) Cfr. Battaglia, *op. cit.*, pag. 111. « Il diritto, che fa appello al volere spontaneo, piega il volere ove rilutti; anche se questo non voglia, condanna e costringe. In tal modo la coercibilità diviene coazione ».

il torto non ha dunque in ogni caso la stessa rapidità e la stessa energia: in certi casi lo Stato provvede a far osservare il diritto indipendentemente da ogni considerazione di interesse individuale; in altri lo Stato vi provvede, solo in quanto l'interesse individuale lo reclami a propria tutela.

Diritto pubblico e diritto privato.

E' antica, nella scienza giuridica, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato: la quale, partendo dall'insegnamento romano secondo il quale « *publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem* » (Dig. I. 1. 2), si basa sul tradizionale criterio della diversa natura, individuale o collettiva, dell'interesse (*utilitas*) protetto dalla norma. Ma dalla più recente dottrina è messo seriamente in dubbio questo tradizionale criterio, e la ragione stessa della distinzione: in quanto, mentre da un lato tutte le norme giuridiche, anche quelle cosiddette di diritto pubblico, mirano a regolare la condotta degli uomini in società e quindi si risolvono necessariamente in utilità dei singoli consociati, d'altro lato tutte le norme giuridiche, anche quelle cosiddette di diritto privato, sono poste nell'interesse pubblico, perchè tutti gli interessi protetti dal diritto, anche se individuali, devono avere per forza una certa rilevanza pubblica, in mancanza della quale lo Stato non li avrebbe riconosciuti come degni di protezione.

Tuttavia, se non sulla natura individuale o collettiva dell'interesse protetto dalla norma, si tende oggi ad ammettere una certa distinzione tra diritto privato e diritto pubblico basata unicamente sul carattere privato o ufficiale della iniziativa alla quale è condizionata la osservanza della norma stessa: è vero che ogni norma giuridica coinvolge il pubblico interesse e che di conseguenza è sempre pubblico l'interesse al rispetto del diritto oggettivo; ma è altresì vero, come si può empiricamente rilevare nella vita pratica del diritto, che per la soddisfazione di questo interesse lo Stato non si comporta sempre in modo uguale, in quanto, mentre in alcuni casi consente a che il diritto rimanga inosservato se non si muove ad esigerne l'osservanza il titolare dell'interesse individuale protetto (e in questi casi si potrebbe parlare in senso stretto di diritto privato), in altri casi non tollera che la inerzia dei singoli lasci inattuata la protezione e affida quindi a propri organi (o più in generale a persone diverse dal singolo interessato) l'ufficio di sorvegliarne e di stimolarne l'attuazione. In questo modo la distinzione fra diritto privato e diritto pubblico è basata, più che sulla natura individuale o collettiva dell'interesse protetto dalla norma, sulla posizione della persona a cui è attribuito il potere di promuovere la sodisfazione di questo interesse.

E' necessario porre mente fin d'ora (poichè è un concetto sul quale dovremo in seguito ripetutamente insistere) alla speciale situazione che

è fatta all'interesse individuale dalle norme che possono qualificarsi di diritto privato nello stretto senso sopra chiarito.

Tutte le norme giuridiche, in quanto indirizzate a regolare la condotta dei consociati e quindi a porre certi limiti alla stessa, possono costituire, direttamente o indirettamente, tutela di interessi individuali; la imposizione di un limite all'attività dei singoli, anche se direttamente dettata a tutela di un interesse pubblico, può infatti significare un vantaggio per altri singoli che abbiano interesse a veder rispettato quel limite, e può quindi indirettamente funzionare, per la necessaria bilateralità del diritto, come protezione del loro interesse individuale. Ma in questi casi, in cui la protezione di un interesse individuale apparisce come effetto secondario e occasionale di una norma giuridica dettata direttamente a tutela di interessi diversi, non siamo ancora difronte alla figura perfetta del *diritto soggettivo;* qui, per indicare questi varî casi di protezione indiretta che l'interesse individuale può trarre dal trovarsi a coincidere con una norma giuridica dettata per altri fini, la dottrina invece che di diritto soggettivo in senso proprio parla di « diritti riflessi », « interessi occasionalmente protetti », « interessi legittimi »: figure che corrispondono a diverse gradazioni del fenomeno e che qui non è il caso di distinguere e di approfondire, bastandoci rilevare, ai fini elementari di questo nostro discorso, che in tutti i casi, pur potendovi essere la protezione di un interesse individuale, essa deriva da una norma giuridica, la cui osservanza non è rimessa alla *libera volontà* del singolo al quale l'interesse appartiene.

Protezione occasionale dell'interesse individuale.

Elemento caratteristico e inconfondibile del diritto soggettivo in senso proprio è, invece, questa preminenza della *libera volontà* del singolo, a disposizione del quale è posta la norma giuridica che direttamente tutela il suo interesse individuale: sicchè il singolo, che la legge lascia arbitro di esigere la sodisfazione del proprio interesse o di lasciarlo insodisfatto, è libero di invocare o di non invocare a proprio favore la protezione giuridica che lo Stato è pronto a dargli, se egli la richiede. Qui lo Stato, dopo aver posto la norma giuridica dettata direttamente a tutela di un dato tipo di interessi individuali, sente come pubblico l'interesse all'osservanza di questa norma solo al momento ed a condizione che tale osservanza sia richiesta dal singolo titolare dell'interesse tutelato: se c'è nel Codice civile una norma la quale stabilisce che il compratore ha l'obbligo di pagare il prezzo, lo Stato non interviene a far osservare questa norma se non in quanto ciò sia reclamato dal venditore, a tutela del quale tale norma è dettata; a differenza di quello che accade ad esempio per la norma che punisce il furto, della quale, quantunque serva mediatamente a rafforzare la difesa del diritto individuale di proprietà, lo Stato promuove l'osser-

Il diritto soggettivo.

vanza senza attendere che l'interesse individuale del derubato ne prenda l'iniziativa.

Questa situazione, in forza della quale l'entrata in vigore di certe norme giuridiche è fatta dipendere dalla volontà individuale, costituisce il singolo in una posizione di *signoria* sulle norme giuridiche predisposte a diretta tutela dei suoi interessi, e quindi anche sugli obblighi che da queste norme possono nascere a carico di altre persone: il debitore potrà essere costretto all'adempimento della sua obbligazione solo se tale adempimento sia voluto dal creditore, coll'invocazione della norma posta a tutela del suo credito. In questo senso il diritto soggettivo è signoria del volere: si forma intorno al singolo una sfera di autonomia e si potrebbe dire di sovranità individuale, entro la quale il potere di disporre dei propri interessi e di esigere la sodisfazione dei propri diritti è riconosciuto dalla legge soltanto a lui, in modo esclusivo: entro questi limiti la legge vuole ciò che il singolo vuole, e lo Stato non ha ragione di reagire contro l'inosservanza delle norme giuridiche, se non in quanto il singolo ne abbia reclamato, a tutela del proprio interesse, la osservanza.

Diritti disponibili e diritti indisponibili.

A questo potere sovrano di disposizione che il singolo ha sulla propria « sfera giuridica », che è poi la sfera della libertà individuale entro la quale il singolo può a tutela dei propri interessi volere o non volere senza che altri possa intervenire a imporgli un diverso comportamento, fa allusione il nuovo Codice quando parla di « diritti disponibili » (es. art. 114) e quando in più luoghi che a suo tempo ricorderemo (§ 60) contrappone alle cause su « diritti o rapporti *disponibili* » (che si potrebbero considerare come cause di *diritto privato in senso stretto*) tutte quelle altre cause civili che concernono rapporti non disponibili, o anche (come tradizionalmente si dice) *attinenti all'ordine pubblico;* cioè rapporti regolati da norme giuridiche la cui osservanza è sottratta, in misura più o meno grande secondo i casi, alla libera volontà delle parti e alla valutazione discrezionale che esse possono fare dei loro interessi individuali (cfr. art. 70).

ART. 114

ART. 70

Vedremo nei capitoli successivi come, nell'interno del processo civile apparentemente unico, viga in realtà per questi due tipi di rapporti un regime processuale profondamente diverso.

§ 13. — Nozione di garanzia giurisdizionale.

I varî mezzi che lo Stato predispone per reagire (di propria iniziativa o su richiesta del privato: cfr. § 12) contro la inosservanza del diritto oggettivo, costituiscono quella che si può chiamare la *garanzia giurisdizionale* delle norme giuridiche.

Avvertiamo intanto che per indicare questi varî mezzi che qui si comprendono sotto la denominazione di garanzia giurisdizionale, altre espressioni si trovano adoprate dalla dottrina; mezzi di *tutela giuridica* o, meglio, di *tutela giurisdizionale* (1), mezzi di *attuazione del diritto* o anche, più semplicemente, *sanzioni;* e non mancano autorevoli trattatisti che studiano questo argomento, invece che dal punto di vista della giurisdizione, da quello dell'azione o del processo, considerando i varî mezzi di cui può servirsi chi chiede giustizia come costituenti diversi tipi di azioni o di processi. Per parte nostra riteniamo che per prima cosa si debba chiarire in quanti modi può operare praticamente la giurisdizione, e che la classificazione delle azioni o dei processi venga di conseguenza: anche nella definizione delle azioni data dal Vico (2) « *actiones autem nihil aliud sunt quam rerum nostrarum legibus praeformatae tutelae* » il *prius* logico dell'azione appare la esistenza di una *praeformata tutela,* cioè la predisposizione da parte dello Stato dei mezzi pratici idonei a far rispettare il diritto.

Giustificazione sistematica del concetto di garanzia giurisdizionale.

Preferiamo poi, tra le varie possibili denominazioni, adoperare quella di « garanzia giurisdizionale », perchè la parola garanzia porta sempre con sè l'idea di un rimedio, di una difesa, di una *extrema ratio* destinata a valere in un secondo momento, in mancanza di un evento su cui si contava in un primo momento, e che, se si fosse prodotto, avrebbe reso inutile la garanzia. Il fideiussore che garantisce un debito altrui si obbliga a pagare solo nell'eventualità che non paghi il debitore principale; in un senso lontanamente analogo si dice che lo Stato *garantisce* l'osservanza del diritto, in quanto è normale e desiderabile che il diritto sia volontariamente osservato da coloro ai quali si indirizza come regola della loro condotta: solo ove manchi questa volontaria osservanza *da parte di essi,* subentra il momento giurisdizionale del diritto, cioè la messa in opera, *da parte dello Stato,* dei mezzi di garanzia predisposti per farlo osservare, anche occorrendo colla forza.

Dalla *coercibilità* del diritto, fondata sulla predisposizione dei mezzi pratici di *garanzia giurisdizionale* mediante i quali la coercibilità può in caso di bisogno trasformarsi in coazione effettiva, deriva che ogni norma giuridica nella sua compiuta formulazione non contiene soltanto un comando rivolto ai consociati di tenere un certo comportamento nel caso che si verifichino determinate circostanze previste come possibili, ma contiene altresì, esplicitamente o implicitamente, il preannuncio (la « *praeformata tutela* » del Vico) di ciò che lo Stato farà

---

(1) Il VI libro del C. c. che si intitola « *della tutela dei diritti* », ha un apposito titolo (art. 2907-2933) dedicato alla « *tutela giurisdizionale dei diritti* », nello stesso senso in cui, nel testo, si parla di « garanzia giurisdizionale ».

(2) *De universi iuris principio et fine uno,* CXXI.

Norma primaria e norma sanzionatoria.

qualora quel comando non sia in concreto obbedito: il quale preannuncio si risolve poi praticamente in un altro comando, secondario e accessorio del primo, col quale lo Stato ordina ai propri organi (giurisdizionali) di tenere un certo comportamento nel caso che il comando primario sia rimasto inosservato. Così, allo scopo di poter assicurare colla forza la osservanza pratica del diritto, ogni norma giuridica si può logicamente scomporre in un sistema di due norme complementari, la prima delle quali (detta norma *principale* o *primaria*) si indirizza ai consociati, mentre la seconda (detta generalmente *sanzionatoria* o *sanzione*) si indirizza agli organi giurisdizionali dello Stato. Il nesso che passa tra la norma primaria, che pone una regola di condotta per i singoli consociati, e la norma sanzionatoria, che stabilisce quello che dovranno fare gli organi dello Stato se la condotta prescritta non sarà in concreto tenuta, può esprimersi dicendo che la fattispecie legale della norma sanzionatoria è costituita dalla ipotesi della inosservanza del precetto concreto scaturito dalla norma primaria. Si noti che, nel passare dal primo al secondo termine di questo binomio, il comando contenuto nella norma giuridica *cambia,* per così dire, *di direzione*: mentre il comando contenuto nella norma primaria si indirizza alla volontà del singolo affinchè tenga una certa condotta, il comando contenuto nella norma secondaria si indirizza agli organi giurisdizionali affinchè mettano in opera sul singolo riluttante i predisposti mezzi di coazione.

Questo meccanismo affiora in maniera molto chiara nelle norme penali, la cui caratteristica è data dalla sanzione (pena), che nella loro formulazione positiva si trova sempre enunciata in forma espressa e specifica, mentre il comando primario è spesso sottinteso. Ogni articolo del Codice penale può, con poca fatica, essere scomposto in un sistema di due norme: così, per prendere il primo esempio che capita, l'art. 717 C. p. può essere scomposto nel seguente binomio: *a) norma primaria*: « se alcuno nell'esercizio di una professione sanitaria ha assistito ecc. ... » (fattispecie legale) « è tenuto a darne avviso all'autorità » (precetto primario); *b) norma sanzionatoria*: « se colui ecc. omette di dare avviso all'autorità » (fattispecie legale) « è punito... ecc. » (precetto sanzionatorio). Qui il cambiamento di direzione del comando di cui sopra si è parlato, è evidente: il comando primario pone un obbligo di condotta a carico del sanitario (obbligo di dare avviso di certe malattie all'autorità); il comando sanzionatorio si indirizza invece agli organi dello Stato, ai quali compete il potere di punire il colpevole, il quale non è più considerato come obbligato a tenere un certo comportamento, ma come soggetto alla punizione.

Carattere sanzionatorio del dir. penale.

Il meccanismo è lo stesso anche per le norme non penali; colla differenza che molte volte nella formulazione di esse è posto in evi-

denza il comando primario, e la sanzione (civile), può essere sottintesa ovvero enunciata in modo generico e comprensivo per tutto un gruppo di norme. Gli articoli del Codice civile non appaiono accompagnati, uno per uno, dalla espressa comminatoria di ciò che lo Stato è pronto a fare nel caso che la norma primaria sia trasgredita; ma in ogni articolo è sottintesa la garanzia giurisdizionale. L'art. 1498 del C. c. secondo il quale « il compratore è tenuto a pagare il prezzo », non è accompagnato da una espressa norma sanzionatoria la quale aggiunga che, se il compratore non paga, il venditore potrà rivolgersi all'autorità giudiziaria affinchè lo costringa a pagare; ma questa norma è una conseguenza sottintesa della coercibilità del diritto, ed è compresa nella formula generale dell'art. 2907: « Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte... ».

Le sanzioni civili.

Si noti poi che certe volte, prima di arrivare alla garanzia giurisdizionale, il diritto opera ingegnosamente (quasi volendo, si direbbe, non lasciare intentata alcuna via per ottenere l'adempimento volontario prima di ricorrere all'*extrema ratio* della giurisdizione) a porre in luogo del comando primario rimasto inosservato un altro comando, che nasce dalla inosservanza del primo, ma che, al pari del primo, si indirizza alla volontà dell'obbligato: e solamente quando questo comando rimanga anch'esso inosservato, allora interverrà, a sua difesa, la garanzia dello Stato. Tipica era, a questo proposito, la formulazione dell'art. 1218 C.c. 1865 (cui risponde nella sostanza l'art. 1218 del nuovo C.c.): « chi ha contratto un'obbligazione è tenuto a adempierla esattamente, e in mancanza al risarcimento dei danni ». Qui siamo di fronte a un trinomio, anzichè a un binomio; nel caso che l'obbligato contravvenga al comando primario, secondo il quale « chi ha contratto un'obbligazione » (fattispecie legale), « è tenuto a adempierla esattamente » (precetto primario), da questa inosservanza può sorgere un secondo comando, che ha carattere secondario difronte al primo, ma che si indirizza anch'esso al medesimo obbligato: « chi non adempie esattamente l'obbligazione da lui contratta » (fattispecie legale), « è tenuto a risarcire i danni derivanti dall'inadempienza » (precetto secondario); e soltanto se l'obbligato non osserva neanche il precetto secondario, allora la norma cambia direzione e la garanzia giurisdizionale subentra in un terzo tempo.

Anche per questa categoria di norme secondarie, le quali dalla trasgressione di una norma obbligatoria fanno sorgere a carico dello stesso trasgressore un'altra obbligazione di diverso contenuto, ma rimessa alla sua volontà, si adopera da qualche autore la denominazione di *sanzione*: mentre secondo altri il concetto di sanzione dovrebbe essere riservato a quelle sole norme secondarie che operano direttamente il passaggio dall'obbligazione alla coazione giurisdizionale. Per questo

Varî significati della parola sanzione.

e per qualche altro dissenso che si incontra nella dottrina intorno alla esatta portata del concetto di sanzione e al preciso significato di questa espressione (cfr. § 16), preferiamo parlare, anzichè di sanzioni, di « mezzi di garanzia giurisdizionale ».

§ 14 — Varî tipi di garanzia giurisdizionale.

Distinzione delle garanzie giurisdizionali in tipi.

Poichè lo scopo ultimo al quale tende la garanzia giurisdizionale è quello di operare nella vita dei rapporti umani in modo da conseguire, facendo a meno della volontà dell'obbligato, lo stesso resultato pratico (o un resultato equipollente) che si sarebbe ottenuto se la norma giuridica fosse stata volontariamente osservata, è naturale che i mezzi pratici con cui la giurisdizione opera si adeguino e si conformino al vario contenuto delle norme giuridiche, di cui, caso per caso, si tratta di garantire l'osservanza, e degli interessi che caso per caso cercano nell'osservanza di tali norme giuridiche la loro sodisfazione. E' tuttavia possibile ridurre questi mezzi ad alcuni *fondamentali tipi di garanzia giurisdizionale* (altri parla di « tipi di sanzioni » o di « forme della tutela giurisdizionale », ecc.); ma prima di procedere alla enumerazione di essi, giova premettere due osservazioni.

Giurisdizione e polizia.

In primo luogo non si deve dimenticare che a mantenere l'osservanza del diritto contribuiscono attività di controllo e di prevenzione esercitate da svariati organi dello Stato, i quali non devono andar confusi, nè soggettivamente nè funzionalmente, cogli organi giudiziari. Alludiamo specialmente alle funzioni di *polizia,* esercitate dalla autorità di pubblica sicurezza, la quale « veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà: cura l'osservanza delle leggi e dei regolamenti... » (1): questa attività di polizia si distingue dalla giurisdizione non soltanto per i soggetti che la esercitano, che sono organi amministrativi, ma anche per la natura propria della funzione, la quale, pur avendo colla giurisdizione lo scopo comune della difesa della legalità, si svolge in un momento anteriore, cercando di prevenire e di impedire, prima che sia commessa, quella inosservanza del diritto, che la giurisdizione reprime e rimedia in un momento successivo. Manca dunque nell'attività di polizia quella « garanzia » che è, secondo noi, il carattere distintivo dell'attività giurisdizionale (2).

Si deve poi considerare che i varî mezzi o forme di garanzia giuri-

---

(1) T. u. delle leggi di pubblica sicurezza, r. decr. 18 giugno 1931, n. 773, art. 1.

(2) Cfr. Redenti, *Profili,* n. 32. Non mancano però autorevoli opinioni secondo le quali anche l'attività di polizia dovrebbe in certi casi esser compresa nella funzione giurisdizionale; cfr. Romano, *Corso di dir. costituzionale* (5ª ed.), pag. 361.

sdizionale riconosciuti in un dato ordinamento positivo, hanno un valore non assoluto e invariabile, ma storicamente mutevole e contingente. Come tra poco si vedrà con esempi, lo stesso concetto di inosservanza del diritto, che è il presupposto indispensabile della giurisdizione, varia secondo i tempi: non solo la gravità e la pericolosità della inosservanza del diritto è sentita in misura diversa secondo il contenuto della norma giuridica violata, e secondo l'importanza sociale che in un dato momento storico si attribuisce agli interessi in essa norma tutelati; ma varia altresì, secondo la civiltà, la prontezza con cui lo Stato sente il bisogno di intervenire a difesa del diritto. Mentre in certi periodi storici la reazione contro il torto non si muove se non difronte a un comportamento concretamente contrario alla norma (*trasgressione* o *violazione* in senso stretto), in tempi di più raffinata sensibilità giuridica lo Stato si muove anche dinanzi alla semplice incertezza del diritto, che è sentita come minaccia sufficiente a giustificare l'entrata in azione della giurisdizione.

Relatività storica delle garanzie giurisdizionali.

Ciò premesso, passiamo ad esaminare i varî tipi di garanzia giurisdizionale conosciuti dal nostro ordinamento giuridico.

§ 15. — *A*) Garanzia giurisdizionale contro la trasgressione del precetto.

La forma più evidente e più grossolana di inosservanza del diritto è quella consistente in ciò, che la persona all'indirizzo della quale scaturisce da una norma giuridica un concreto precetto individuato, che le comanda di tenere un certo comportamento positivo o negativo, si comporta in modo diverso da quello prescritto dalla norma; non fa quello che dovrebbe fare, fa quello che è vietato di fare: si può parlare qui, in senso stretto, di *trasgressione* o *violazione* o *inesecuzione* del precetto giuridico. Che cosa fa lo Stato per garantire la osservanza del diritto in casi come questo?

Concetto di trasgressione.

Si osservi intanto che prima di mettere in opera qualsiasi misura volta a reintegrare il diritto, lo Stato esige che sulla già verificatasi concreta inosservanza del diritto sia raggiunta preventivamente la *certezza ufficiale*: la coazione giurisdizionale non può essere esercitata, se non previo *accertamento* del diritto a garanzia del quale essa è richiesta (*nulla executio sine titulo; nulla poena sine iudicio*: cfr. oltre § 20).

L'accertamento come preparazione della coazione.

Occorrerà dunque, prima di tutto, un *giudizio* e una *decisione*: colla quale l'autorità giudiziaria individuerà il concreto precetto giuridico scaturito dalla norma, accerterà qual è stato e quale avrebbe dovuto essere il comportamento dell'obbligato, e determinerà di conseguenza i mezzi pratici atti a ristabilire in concreto l'osservanza del

diritto violato (*condanna*). Ma questo accertamento, conseguibile mediante una decisione giurisdizionale, non sarà qui fine a sè stesso: esso sarà soltanto un sia pur necessario avviamento alla messa in opera dei mezzi di coazione.

Ma le difficoltà pratiche cominciano proprio qui. Il dogma secondo il quale le norme giuridiche sono per loro natura coercibili, potrebbe far credere che coll'uso della forza fisica lo Stato sia sempre in grado di costringere l'obbligato all'obbedienza: in modo che attraverso l'esecuzione spontanea o attraverso quella forzata il concreto comando si trovi alla fine osservato *nello stesso modo*, e che la sola diversità consista nel carattere coercitivo dei mezzi adoprati dallo Stato per indurre l'obbligato a tenere, anche contro la sua volontà, il comportamento che la legge esige da lui.

In realtà le cose sono assai più complicate. Il dogma della coercibilità del diritto deve prima di tutto fare i conti colla natura della volontà umana, la quale è in sè incoercibile: se colui al quale il precetto della legge comanda di tenere un certo comportamento non vuole tenerlo, nessuna forza umana può costringerlo a volere ciò che egli non vuole, e difronte a questa insopprimibile libertà dello spirito umano anche lo Stato è costretto a fermarsi impotente. In secondo luogo si deve considerare che, quand'anche si potesse costringere l'obbligato a tenere una condotta non conforme alla sua volontà, vi sono molti casi nei quali la violazione della legge, una volta avvenuta, non può più essere sanata dal successivo comportamento del trasgressore: *factum infectum fieri nequit*. Se è stata violata la norma che impone di non uccidere, nessuna forza potrà far sì che l'omicidio avvenuto non sia avvenuto: lo Stato potrà mettere l'omicida, isolandolo, nella impossibilità di uccidere ancora, ma non potrà mai costringerlo... a non avere ucciso!

Espedienti pratici per rendere in ogni caso coercibile il diritto.

Per poter scegliere i mezzi praticamente idonei alla reintegrazione del diritto bisogna dunque che lo Stato tenga conto di questa insopprimibile impotenza della coazione difronte alla libertà del volere umano e difronte alla irrevocabilità dei fatti compiuti: e che per mettere in atto in ogni caso la promessa garanzia, ricorra secondo i casi a svariati espedienti pratici, consistenti: *a*) nell'esercitare una pressione psicologica sulla volontà dell'obbligato per indurlo (se si è ancora in tempo) a conformarsi volontariamente al precetto; *b*) nel sodisfare ugualmente, in natura o mediante equipollenti, l'interesse tutelato dal precetto violato, facendo a meno della volontà dell'obbligato, ma a sue spese; *c*) ovvero nell'assoggettare l'autore della inosservanza a misure afflittive con carattere di retribuzione giuridica (espiazione).

a) Un primo tipo di garanzia, utilmente adoprabile in quei casi in cui la inosservanza del diritto non è divenuta ancora irrimediabile,

Coazione psicologica preventiva.

consiste nella messa in opera di quegli espedienti coercitivi che si comprendono sotto la denominazione di mezzi di *esecuzione indiretta* o di *coazione psicologica*. Supposto che la esecuzione volontaria del precetto primario sia ancora praticamente possibile, la coazione si esercita qui coll'assoggettare l'obbligato ad una sofferenza continuativa, destinata a durare fino a che egli non si deciderà a eseguire volontariamente il precetto primario. Qui dunque la sanzione non mira direttamente ad ottenere l'osservanza del precetto facendo a meno della volontà dell'obbligato, ma mira ad esercitare una pressione psicologica su di lui, in modo da indurlo a conformare la sua volontà (*coactus voluit, sed voluit!*) e quindi la sua attività al precetto che gli prescrive una certa condotta. Di siffatti espedienti, che potevano arrivare alla inflizione delle più raffinate torture indirizzate a « persuadere » il debitore renitente, si trovano numerosi esempi nelle legislazioni d'altri tempi (1): nel Codice di procedura abrogato era in casi eccezionali ancora in vigore, se pur di fatto caduto in desuetudine, l'« arresto personale » per debiti (art. 750 e segg. del C. 1865) in forza del quale il debitore condannato con sentenza passata in giudicato poteva, su istanza del creditore, essere arrestato e detenuto fino *a che non avesse pagato il debito* (art. 766) (2). Qui la privazione della libertà personale non era inflitta al debitore a scopo meramente afflittivo (pena), ma allo scopo di esercitare su di lui uno stimolo psicologico che lo inducesse, per appagare il desiderio di riacquistare la libertà, a pagare il suo debito: e in questo modo, se questa coazione indiretta riusciva nel suo intento, si arrivava, coll'impiego della forza, a ottenere l'esecuzione volontaria dell'imperativo primario. Anche le altre forme di garanzia di cui si parla più avanti possono avere sotto certi aspetti una efficacia di coazione psicologica preventiva (in quanto può darsi, ad esempio, che alcuno paghi il debito per evitare di vedersi in casa l'ufficiale giudiziario a pignorargli i mobili, o che alcuno si astenga dal commettere un reato per evitare di essere punito); ma in tutti questi casi l'effetto preventivo esercitato dal timore della esecuzione forzata o della pena può prodursi prima che la garanzia entri in vigore, e non costituisce, come ora si vedrà, il suo scopo principale. Al contrario, nel caso di esecuzione indiretta che qui si considera, l'unico scopo della messa in opera del mezzo di garanzia è quello di infliggere all'obbligato un male tale, che il sopportarlo gli produca a lungo andare un sacrificio più

---

(1) Cfr. il mio scritto *Dal piantone alla pittima*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1940, 1; sulle multe o « *astreintes* », mezzo di coazione psicologica usato in altre legislazioni, cfr. FERRARA L., *L'esecuzione processuale indiretta* (Napoli, 1915).

(2) Sull'arresto per debiti nelle legislazioni precedenti all'unificazione italiana (argomento di satire e di caricature: celebre il sonetto del Belli su *Li debbiti*), cfr. CROCE, *Aneddoti di varia letteratura* (Napoli, 1942), vol. II, pag. 399.

penoso di quello che gli costerebbe l'adempiere l'obbligazione: sicchè alla fine, per liberarsi dal maggiore, si decida ad affrontare il sacrificio minore del volontario adempimento.

Garanzie restitutorie (in natura o per equivalente).

b) Un secondo tipo di garanzia, la più semplice e la più immediata, è quella che si può in senso lato denominare *restituzione* (che si distingue, come si vedrà, in *r. in natura* o *in senso stretto,* e in *r. per equivalente* o *risarcimento di danno*) (1): questa può essere praticamente utile tutte le volte che, essendo mancata la esecuzione volontaria del precetto primario, l'interesse tutelato dal precetto possa essere praticamente sodisfatto colla forza *anche facendo a meno della volontà dell'obbligato.*

Il depositario di una cosa mobile è tenuto per legge (art. 1766 C. c.) a restituire al depositante la cosa depositata, quando costui gliela richieda; ma se il depositario non esegue volontariamente il precetto che gli comanda di restituire, l'interesse del depositante a tornare in possesso della cosa sua può essere ugualmente sodisfatto, qualora abbia modo di riprendere la cosa colla forza, anche se questo avvenga senza e magari contro la volontà dell'obbligato. La coazione che lo Stato mette in opera in casi come questo, non consiste dunque nel costringere colla forza l'obbligato ad eseguire, ma nel compiere in vece sua, immettendosi colla forza nella sfera giuridica di cui normalmente egli solo può disporre, atti di disposizione tali che bastino a sodisfare praticamente l'interesse dell'avente diritto *allo stesso modo in cui l'avrebbe sodisfatto la volontaria prestazione dell'obbligato.*

Restituzione in natura.

Qualcosa di simile può avvenire tutte le volte in cui, trattandosi non solo di un dare ma anche di un fare o di un non fare, (cfr. art. 612 e segg. C.p.c.), la situazione di fatto possa essere restituita o reintegrata o riparata per mezzo della coazione esercitata dallo Stato in modo da ricondurla ad essere simile a quella che si sarebbe prodotta se il precetto fosse stato osservato: in tutti questi casi si parla di *restituzione in natura o in forma specifica* (C.c., lib. *della tutela dei diritti,* art. 2930-2933).

ART. 612

Come un caso particolare di restituzione in natura si può considerare anche la pubblicità data per ordine del giudice alla sentenza su uno o più giornali « nei casi in cui la pubblicità della decisione di merito può contribuire a riparare il danno » (art. 120 C.p.c., cfr. art. 186 C.p.): si mira a distruggere colla pubblicità data alla sentenza il discredito prodotto, per es., da concorrenza sleale.

ART. 120

E' evidente che per poter procedere alla restituzione in natura è indispensabile che tale resultato possa essere praticamente raggiunto anche facendo a meno del concorso attivo dell'obbligato: occorre in

(1) Cfr. REDENTI, *Profili,* p. I^a^, § 7.

Restituzione per equivalente: risarcimento di danno.

altre parole che la sua attività sia *sostituibile,* in modo che l'attività degli organi esecutivi possa tener luogo di essa. Ma se la prestazione dell'obbligato ha carattere insostituibile o, come anche si dice, *infungibile,* nel senso che lo stesso resultato non può essere ottenuto senza il concorso dell'attività personale dell'obbligato (si pensi, per esempio, al caso di un celebre scrittore che si sia obbligato a scrivere un'opera per un editore); o se, indipendentemente dalle qualità personali dell'obbligato, la restituzione in forma specifica è resa impossibile da altre circostanze (perchè, ad esempio, la cosa certa e determinata che doveva essere restituita è andata distrutta, o perchè ormai è irrimediabilmente passato il momento nel quale la prestazione poteva essere utilmente eseguita) in questi casi par che la forza dello Stato si trovi impotente dinanzi alla inosservanza del precetto: e par che vengano a mancare i mezzi pratici per tradurre in atto la affermata coercibilità del diritto.

Senonchè è proprio a questo punto che meglio si rivela l'ingegnoso meccanismo delle sanzioni. Tutte le volte in cui la natura del precetto primario è tale che non è possibile l'impiego della forza per ottenerne l'esecuzione forzata in forma specifica, l'ordinamento giuridico provvede, prima di far passare alla messa in opera della forza, a porre in luogo del precetto primario un precetto secondario, che, a differenza di quello, sia in sè suscettibile di esecuzione forzata. Questa trasformazione del precetto primario incoercibile in un diverso precetto sanzionatorio coercibile, è sopratutto visibile in quella sanzione che si chiama *risarcimento di danno,* la quale subentra tutte le volte che la inosservanza del precetto primario, ormai avvenuta e non più rimediabile in forma specifica, abbia causato all'avente diritto una lesione di interesse economicamente valutabile in denaro. In questo caso al precetto primario, ormai rimasto ineseguito, che imponeva all'obbligato la prestazione in forma specifica, si sostituisce il precetto sanzionatorio che comanda allo stesso obbligato di pagare all'avente diritto una somma di danaro equivalente alla lesione patrimoniale che questi ha sofferto a causa dell'inesecuzione. Qui la sanzione consiste non nell'impiego immediato della coazione, ma nella trasformazione della obbligazione primaria in una obbligazione diversa ma economicamente equivalente, la quale, a differenza dell'altra, si presti ad essere eseguita colla forza indipendentemente dalla volontaria e tempestiva attività dell'obbligato. Se la forza dello Stato non può far sì che mi sia restituita in natura la cosa mia che il depositario ha smarrita o distrutta, essa potrà tuttavia utilmente intervenire qualora il depositario si rifiuti di risarcire il danno da me risentito per la mancata restituzione: in quest'ultimo caso infatti lo Stato potrà, facendo a meno della volontaria attività dell'obbligato, immettersi d'autorità nel suo patrimonio, e da questo rica-

vare coll'espropriazione il danaro che possa valere a sodisfare per equivalente il mio diritto. Il risarcimento del danno costituisce così indirettamente una misura *restitutoria* o, come anche si dice, *satisfattiva*: in quanto l'interesse dell'avente diritto, che non può più essere praticamente sodisfatto nella forma specifica prevista dal precetto primario, è sodisfatto *per equivalente* mediante un precetto sanzionatorio di cui lo Stato può praticamente assicurare la osservanza (C.c., lib. *della tutela dei diritti,* art. 2910-2929).

Risarcimento di danno non patrimoniale.

Di risarcimento di danno si potrebbe propriamente parlare solo quando la lesione dell'interesse tutelato dal precetto primario sia valutabile in danaro; le sofferenze morali causate alla vittima dal torto subito sembrerebbe che non fossero riparabili, in quanto non abbiano avuto conseguenze patrimoniali, col risarcimento di danno. Tuttavia in certi casi anche la nostra legge ammette il risarcimento del danno non patrimoniale (art. 185 C. p.: cfr. ora art. 89 C.p.c.).

ART. 89

La pena.

c) Garanzia giurisdizionale indipendente e cumulabile coi mezzi aventi scopo restitutorio o satisfattivo, è la *pena*: consistente in genere nella inflizione, a colui che ha trasgredito il precetto primario, di una sofferenza sensibile nella persona o negli averi (art. 17 C. p.), la quale ha in un certo senso un fine di pura retribuzione giuridica, in quanto non mira ad eliminare mediante risarcimento il danno individuale prodotto dall'inosservanza della legge, ma mira soltanto *a far soffrire chi ha commesso questa inosservanza.*

Quale sia l'origine storica della pena, e la sua giustificazione filosofico-politica, non è il caso di approfondire qui, perchè si entrerebbe in un campo riservato alla scienza penale. Al solo scopo di non lasciare incompiuto questo quadro panoramico delle garanzie giurisdizionali e di menzionare tra esse, al posto che le compete, anche la pena (lo studio della quale, come lo studio in genere del processo penale, appartiene ad altra disciplina), ci limitiamo ad osservare che in essa il meccanismo sanzionatorio si presenta in maniera tipicamente netta. Lo Stato, mentre di tutte le norme giuridiche garantisce genericamente l'osservanza con tutti gli altri mezzi che abbiamo visti o che vedremo (« sanzioni civili » in genere), riserva ad alcune norme ritenute essenziali per la sicurezza e per la vita stessa della società e scelte secondo i tempi in base a criteri storicamente variabili, la sanzione particolarmente energica della pena: la quale non solo serve preventivamente ad accrescere il rispetto di queste norme tra i consociati, presso i quali il timore di incorrere nella minacciata punizione può operare da controspinta psicologica, ma serve altresì, quando la trasgressione a una di queste norme sia ormai avvenuta, a ristabilire nell'interesse pubblico, attraverso la repressione e la espiazione, l'ordine giuridico turbato dal reato.

Se poi la inosservanza del comando primario, al quale la sanzione penale serve da rafforzamento, ha leso interessi individuali, la reintegrazione dei medesimi può essere ottenuta attraverso la messa in opera delle garanzie restitutorie già sopra vedute: chi ruba non incorre soltanto nella sanzione penale comminata dalla legge contro il furto, ma incorre altresì nella sanzione civile che lo obbliga a restituire al derubato la cosa che gli appartiene, o in genere a risarcire il danno causato dal reato (art. 185 C. p.).

Cumulabilità della pena colle sanzioni civili.

§ 16. — *B*) Garanzia giurisdizionale contro la incertezza del diritto.

Quella serie di garanzie giurisdizionali che abbiamo finora passate in rassegna hanno tutte quante come necessario presupposto la *trasgressione* del diritto: lo Stato, prima di metterle in opera, attende che sia giunto il momento in cui, per il coincidere della fattispecie concreta con quella prevista in ipotesi dalla norma, il precetto giuridico da potenziale ed astratto si fa concreto ed individuato; e solo quando si accorge (d'ufficio o su richiesta di parte, secondo i casi) che il comportamento prescritto al singolo da questo precetto individuato non è stato tenuto, interviene in via di garanzia contro la trasgressione già commessa.

Ma il mantenimento della legalità può esser messo in pericolo non soltanto dalla trasgressione di un comando *già certo,* ma anche dalla *incertezza* di un comando non ancora trasgredito. Si è già visto che anche nel sistema della legalità (in cui lo Stato, invece di formulare i comandi giuridici in modo specifico e individuale, si limita ad enunciarli in anticipo per classi) accade nella massima parte dei casi che i consociati si accorgano da sè dell'individuarsi delle leggi in concrete volontà dirette ai singoli, e conoscano da sè, senza bisogno che lo Stato intervenga, qual è il diritto a cui ciascuno deve caso per caso uniformarsi (cfr. § 10). Ma questa individuazione del diritto non è sempre facile allo stesso modo: può accadere che o per la non chiara o troppo vaga formulazione della norma giuridica, o per le difficoltà di incasellare le circostanze di fatto in una precisa fattispecie legale, si produca tra i consociati uno stato di incertezza intorno alla sussistenza o alla estensione di un certo precetto, in modo che, pur non essendo ancora venuto il momento di farlo valere, sia fin d'ora prevedibile che proprio in conseguenza di questa incertezza sarà aumentato, quando il momento verrà, il pericolo della sua trasgressione.

L'incertezza come inosservanza del diritto.

Ora può darsi appunto che la sensibilità giuridica arrivi in un certo momento storico a un così alto grado, da far apparire come inos-

Accertamento ufficiale del diritto incerto.

servanza del diritto, tale da giustificare la messa in opera della garanzia giurisdizionale dello Stato, non soltanto la trasgressione, ma anche la semplice *incertezza* del diritto: sicchè lo Stato consideri come suo ufficio, rispondente a quell'interesse pubblico alla osservanza del diritto che sta a base della giurisdizione, non solo reagire nei modi che si sono veduti contro la trasgressione già avvenuta, ma altresì intervenire in via preventiva a creare la *certezza* ufficiale intorno a un precetto giuridico incerto ma non ancora trasgredito (o intorno a un rapporto o a uno stato giuridico, dal quale potranno sorgere in avvenire concreti diritti e doveri) per allontanare in anticipo il pericolo della trasgressione possibile nel futuro.

Accertamento come premessa della esecuzione, e accertamento fino a sè stesso (mero accertamento).

Abbiamo già visto che anche per mettere in opera le garanzie contro la trasgressione già avvenuta, lo Stato deve necessariamente procedere prima di tutto a un accertamento giurisdizionale del precetto giuridico violato (*condanna*); ma in tali casi l'accertamento non è fine a sè stesso, in quanto esso è destinato soltanto a servire come ponte di passaggio verso l'attuazione delle misure esecutive. Ma quando si tratta soltanto di eliminare una incertezza giuridica, la quale, pur non avendo ancora dato luogo a trasgressioni, costituisce tuttavia già in sè stessa un danno (perchè distrugge tra i consociati quel senso di sicurezza e di libertà che sorge dalla precisa conoscenza dei propri diritti e dei propri doveri), allora l'*accertamento* ufficiale del diritto incerto diventa una garanzia giurisdizionale di per sè stante, che mira alla produzione della certezza giuridica considerata come un bene tutelabile in sè stesso: e si parla in questi casi di *mero accertamento* o di *semplice accertamento,* per distinguere questa speciale forma di garanzia giurisdizionale da quegli altri casi in cui l'accertamento non è che una premessa per poter procedere ad altre forme di garanzia. Lo Stato, qui, considera la certezza del diritto come un momento necessario della osservanza di esso: e considera la preventiva eliminazione delle incertezze giuridiche come rientrante fra gli uffici giurisdizionali, perchè la incertezza del diritto è già potenziale inosservanza di esso e il ristabilimento della certezza del diritto è già in sè stesso garanzia della sua osservanza. Qui dunque, poichè la garanzia giurisdizionale interviene prima che la trasgressione sia accaduta, l'accertamento ha come oggetto il comando primario, non il comando sanzionatorio: questa è la ragione per la quale si può ritenere che nel concetto di sanzione in senso stretto non rientri il mero accertamento (1).

Può parere, a primo aspetto, che questa attività giurisdizionale di *mero accertamento* abbia qualche punto di contatto colla funzione

---

(1) Cfr. in senso contrario FURNO, *Del mero accertamento come sanzione* (Modena, 1938).

preventiva di polizia (retro, § 14); in realtà si tratta di funzioni profondamente diverse, perchè l'accertamento giurisdizionale, che avviene mediante *decisione,* pur essendo nella sua finalità remota indirizzato a prevenire la futura inosservanza del diritto, attribuisce immediatamente ai rapporti o stati giuridici sui quali verte, quel carattere di irrevocabile certezza ufficiale, che solo può conseguirsi attraverso la cognizione del giudice ed il passaggio in giudicato della sua decisione (oltre, § 19).

Accertamento polizia.

Si è detto più sopra che la garanzia giurisdizionale consistente nel mero accertamento risponde a un grado di sensibilità giuridica assai raffinato e progredito: memorabile è la conclusione votata in proposito, su proposta di Giuseppe Chiovenda (1), dal congresso internazionale di diritto comparato tenutosi all'Aja nell'agosto 1932: colla quale la funzione di mero accertamento fu definita « la forma più elevata e più delicata di esercizio del potere giudiziario, che deve essere considerata come utilissima ai litiganti e alla vita sociale, in quanto assicura il normale svolgimento dei rapporti giuridici, previene gli atti illegittimi invece di colpirli col peso di gravi responsabilità, e dà alle parti una regola per la loro condotta avvenire ».

§ 17. — *C)* Garanzia giurisdizionale a scopo costitutivo.

Anche la garanzia giurisdizionale *a scopo costitutivo,* di cui si parla qui, ha come suo presupposto la inosservanza del diritto; ma in un senso un po' diverso da quelli veduti finora.

Questo aspetto della giurisdizione (che, come si vedrà, è a confine della cosiddetta *giurisdizione volontaria*: oltre, § 23), la cui importanza va crescendo di pari passo coll'estendersi del controllo dello Stato su campi sempre più vasti della vita sociale, risponde a questa finalità: che il mutamento di certi rapporti o stati giuridici non possa avvenire se non previo accertamento giurisdizionale dei requisiti che la legge richiede affinchè esso mutamento possa prodursi (art. 2908 C. c.: « effetti costitutivi delle sentenze »).

Quando i privati, in quel campo in cui la legge riconosce ad essi il potere *negoziale* di emettere dichiarazioni di volontà con effetto giuridico, hanno dato vita a un rapporto o a uno stato giuridico (al quale scopo può essere necessario in certi casi il concorso iniziale di un organo dello Stato che integri il loro consenso; si pensi per esempio alla celebrazione del matrimonio, che non è valida senza l'intervento

(1) Questo argomento delle sentenze di mero accertamento è uno di quelli sui quali l'insegnamento di Chiovenda ha lasciato un'orma incancellabile: si rileggano le pagine magistrali contenute nelle *Istituzioni,* vol. I, § 9.

dell'ufficiale dello stato civile: art. 106 C. c.) può accadere che la legge ponga certi limiti ai successivi mutamenti di questo rapporto, nel senso che una delle parti interessate non possa senza il consenso dell'altra ottenere la modificazione o la estinzione di esso (e quindi la *costituzione* di un nuovo rapporto o stato) se non quando si verifichino certe tassative circostanze previste dalla legge, ovvero nel senso anche più rigoroso che, ove pur si verifichino tali circostanze, non basti a produrre il mutamento il solo consenso degli interessati, ma occorra sempre (trattandosi di rapporti *indisponibili*) il controllo dell'accertamento giurisdizionale, volto a verificare se veramente si presenta uno di quei casi in cui il mutamento è permesso dalla legge. Potrà quindi accadere che in casi siffatti il giudice sia chiamato, nel dissenso delle parti, a decidere se si verifica uno di quei casi in cui uno dei contraenti ha diritto di ottenere, anche senza la volontà dell'altro, lo scioglimento o la modificazione di un rapporto contrattualmente costituito (per es., art. 1453 C. c.); ovvero a decidere se possa esser modificato o annullato uno di quei rapporti che, anche se gli interessati sono d'accordo nel volerlo modificare o annullare, non può esser mutato se non attraverso la pronuncia del giudice (così avviene in maniera tipica per il matrimonio: il cui annullamento, anche se i coniugi sono d'accordo nel ritener sussistente una delle cause di nullità previste dalla legge, non può avvenire se non mediante sentenza: cfr. art. 117 e segg. C. c.).

Costituzione giurisdizionale di nuovi rapporti o stati giuridici.

Anche qui, come si vede, l'intervento dello Stato attraverso l'organo giurisdizionale mira a garantire l'osservanza del diritto; ma la garantisce *in un modo diverso* da quelli che abbiamo visti finora, e in particolare da quelli predisposti contro la trasgressione del diritto (retro, § 15). Infatti, mentre nel caso di trasgressione, lo Stato interviene a sodisfare l'interesse individuale protetto dal diritto solo perchè l'obbligato non ha tenuto volontariamente quella condotta conforme alla legge che *sarebbe stata sufficiente a sodisfarlo senza bisogno di far intervenire la giurisdizione,* qui lo Stato interviene a sodisfare l'interesse individuale di chi chiede la modificazione, perchè l'*unica via per ottenere la sodisfazione di questo interesse è, per legge, la pronuncia del giudice.* Lo Stato prima di prestarsi a sodisfare l'interesse individuale ordinando il mutamento giuridico richiesto dall'interessato, vuol controllare *a priori,* mediante l'accertamento giurisdizionale, se esistono i requisiti voluti dalla legge per poterlo ordinare: per coloro che considerano la giurisdizione come una applicazione di sanzioni, è un po' difficile trovare qui, in questo accertamento giurisdizionale che è l'unica via lasciata dalla legge per ottenere la sodisfazione dell'interesse individuale, la sanzione di un precetto primario rimasto ineseguito; tuttavia la dottrina cerca di inquadrare anche questo caso sotto il concetto di sanzione, osservando che il mutamento disposto

In che senso si parla qui di garanzia giurisdizionale.

dal giudice ha carattere sanzionatorio di una situazione irregolare o viziata, o per così dire giuridicamente patologica, del rapporto da modificare, che quasi sempre ha la sua origine in una inosservanza del diritto.

§ 18. — *D*) Garanzia giurisdizionale a scopo cautelare.

Per esaurire il quadro delle garanzie giurisdizionali bisogna far cenno qui anche dell'attività *cautelare*: la quale non si può considerare, a rigor di termini, come un *quartum genus* da porsi sullo stesso piano degli altri tre tipi di garanzia esaminati finora, in base a un criterio omogeneo di classificazione. In verità essa, per i modi in cui si esplica, si potrebbe far rientrare secondo i casi in uno o in un altro dei tre tipi di garanzia finora passati in rassegna; ma ciò che distingue l'attività cautelare e permette di farne un tipo a sè, è che essa preannuncia e prepara la messa in opera di altre garanzie giurisdizionali (ed in ispecie di quelle del tipo *a*), delle quali essa attività cautelare vuol assicurare in anticipo il più efficace rendimento pratico.

Scopo delle misure cautelari: anticipare gli effetti della giurisdizione.

Affinchè la reintegrazione del diritto ottenuta per via giurisdizionale potesse giungere praticamente altrettanto efficace e tempestiva quanto la esecuzione volontaria, sarebbe necessario che l'accertamento e la messa in opera dei mezzi di coazione intervenissero *istantaneamente,* in modo da cogliere la situazione di fatto quale era al momento in cui è scaturito dalla norma astratta il precetto individuato e di poter così provvedere *re adhuc integra.* Ma questa istantaneità dell'atto giurisdizionale non è praticamente possibile, perchè lo svolgimento delle attività indispensabili per arrivare all'accertamento e poi alla coazione richiede quasi sempre un tempo non breve: sicchè c'è il pericolo che mentre gli organi giurisdizionali si mettono all'opera per provvedere, la situazione di fatto si alteri in modo tale da far apparire inefficaci e illusorî i loro provvedimenti, destinati così a giungere troppo tardi, quando il danno sarà ormai irrimediabile. Ad evitare che il danno prodotto dall'inosservanza del diritto sia aggravato da questo inevitabile ritardo del rimedio giurisdizionale (*periculum in mora*), è preordinata appunto l'attività *cautelare;* la quale, mentre si attendono i provvedimenti definitivi destinati a far osservare il diritto, provvede ad *anticiparne provvisoriamente i prevedibili effetti.*

Si pensi, per fare il caso praticamente più frequente, al mancato pagamento di un debito in danaro: affinchè il creditore possa far valere praticamente il suo diritto di sodisfarsi sui beni mobili e immobili del debitore (art. 2910 C. c.), occorre che prima si procuri attraverso la fase di accertamento il titolo esecutivo, per poter poi es-

sere ammesso a chieder la espropriazione di quei beni, e la loro conversione in danaro. Ma intanto, nel lungo tempo che può occorrergli per questo, il debitore potrebbe liberamente alienare i suoi beni e far sparire le garanzie patrimoniali su cui il debitore fidava: in modo che quando finalmente ci sarà il titolo esecutivo per procedere alla espropriazione, non ci saranno più i beni da espropriare. Per evitare questo pericolo, che si risolverebbe in una vera e propria beffa alla giustizia e quindi in una menomazione all'autorità dello Stato, il creditore in un caso come questo potrà ottenere immediatamente dal giudice quella misura cautelare che si denomina *sequestro conservativo* (art. 671), in forza del quale, prima ancora che sia accertata l'esistenza del credito e che sia creato il titolo esecutivo, sarà tolta al debitore la disponibilità dei beni costituenti la garanzia del creditore, in attesa che sia creato il titolo esecutivo per poterli espropriare; così il sequestro, quando ancora non esiste il titolo esecutivo e non può ancora procedere alla esecuzione forzata sui beni del debitore, provvede in anticipo a far sì che la coazione, quando sarà messa in opera, trovi ancora gli oggetti sui quali potrà riuscir praticamente fruttuosa. Appare da questo esempio il carattere comune e distintivo di tutte le misure cautelari, che la dottrina denomina *strumentalità ipotetica* (1): il sequestro non esaurisce in sè stesso i fini della giustizia, ma, fondandosi in anticipo sulla ipotesi che il futuro accertamento possa riuscire favorevole al creditore, si adopera immediatamente, come provvisorio strumento degli altri provvedimenti giurisdizionali che dovranno seguire, a conservare le condizioni di fatto idonee a far sì che la condanna del debitore, se sarà pronunciata nel modo previsto, possa esser fruttuosamente eseguita sui beni sequestrati.

Esempio tratto dal sequestro conservativo.

ART. 671

Così la garanzia cautelare appare come posta *al servizio* dell'ulteriore attività giurisdizionale che dovrà ristabilire in modo definitivo l'osservanza del diritto: essa è destinata, più che a far giustizia, *a dar tempo alla giustizia di compiere efficacemente l'opera sua.* Il contenuto della garanzia cautelare è variabile, in quanto, dovendo esso anticipare in modo provvisorio gli effetti di una successiva garanzia giurisdizionale definitiva, bisogna che si conformi volta per volta al vario contenuto di questa; ma questo è appunto il suo carattere distintivo: di essere il preannuncio e l'anticipazione (e, si potrebbe dire, l'ombra che precede il corpo) di un altro provvedimento giurisdizionale, lo strumento per far sì che questo possa giungere in tempo, la *garanzia della garanzia.*

---

(1) Cfr. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (Padova, 1936); CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo,* (Milano, 1942), cap. I.

§ 19. — I due momenti della giurisdizione: *A*) la cognizione.

Cognizione e esecuzione forzata.

La messa in opera delle garanzie giurisdizionali che abbiamo passate in rassegna richiede l'esercizio di una attività continuativa, nella quale si possono distinguere due momenti: la *cognizione* e la *esecuzione forzata.* La cognizione mira all'accertamento di un comando individuato (primario o sanzionatorio) e si esprime in una decisione: la esecuzione forzata mira a far sì che il comando individuato, accertato colla decisione, sia praticamente eseguito.

Quando si dice (retro, § 10) che il coincidere della fattispecie reale con una fattispecie legale fa scaturire *automaticamente* dalla norma astratta un concreto precetto individuale, si adoprano espressioni che prese alla lettera potrebbero far credere che questa individuazione delle norme in precetti concreti si produca nel mondo della realtà sensibile, in modo che il singolo possa osservare, come un evento storicamente accertabile, questo comando concreto che al momento giusto vien fuori al suo indirizzo dalla norma astratta, al par della folgore che vien fuori dalla nube. Ma tutti questi sono modi di dire dei giuristi, i quali, per comodità di tecnica, parlano del mondo giuridico come se in esso vivessero esternamente, al pari di creature vive, i loro schemi mentali. In realtà nel mondo esterno esistono soltanto come dati storici, percepibili coi sensi, la legge positiva (quel dato codice, quel tale articolo scritto in quel codice) e il concreto operare pratico degli uomini tenuti ad osservare quella legge: e per stabilire se il comportamento da essi tenuto corrisponda o non corrisponda in concreto a quello astrattamente voluto dalla legge, occorre fare un ragionamento, basato sul raffronto tra la fattispecie legale e la fattispecie reale, alla fine del quale, se questi due termini si ravviseranno coincidenti, si dovrà arrivare a concludere che nel momento in cui si è verificato nella realtà un fatto simile a quello ipotizzato dalla norma, in quel momento stesso si deve considerare come nato il concreto comando preannunciato nella norma, e quindi a quel momento se ne debbono far risalire gli effetti giuridici.

E' facile intendere come non sia sempre facile stabilire, nelle innumerevoli e svariatissime configurazioni che possano assumere nella realtà i rapporti umani, qual è la norma che si attaglia al caso e qual è il concreto comportamento che per quel caso corrisponde alla volontà della legge. Per quanto le disposizioni legali siano numerose e precise, non è possibile che per ogni caso che si presenta nella realtà si trovi già predisposta, in quella specie di grande casellario di ipotesi tipiche che è il diritto positivo, una apposita norma che si adatti a puntino a quelle circostanze; per arrivare a collocare il caso nella casella appropriata non basta conoscere esattamente il significato delle

Procedimento logico per individuare il comando.

norme scritte negli articoli, ma può essere necessario combinare tra loro più disposizioni e trarre da questa combinazione il principio giuridico, in esse implicito, che fa al caso. Questo lavoro di interpretazione della legge non è sempre facile: si intende quindi come possa verificarsi nella realtà una disparità di opinioni e quindi una situazione di incertezza sulle conseguenze giuridiche scaturenti da un determinato fatto, specialmente quando stanno di fronte due interessati in conflitto, ciascuno dei quali tende non soltanto a dare del fatto la versione che più gli giova, ma anche a interpretare il diritto in modo da trarne conseguenze concrete favorevoli al suo interesse individuale.

Qui comincia, difronte a questa situazione di incertezza o di dissenso intorno alla esistenza e alle conseguenze di un concreto precetto giuridico, la funzione del giudice: la quale si esplica prima di tutto, in quella prima fase che più propriamente si chiama *cognizione* o *giudizio*, nell'*accertare* ufficialmente il diritto incerto o controverso.

Accertamento giurisdizionale del diritto.

Questo *accertamento giurisdizionale del diritto* ha uno scopo essenzialmente pratico: non si tratta di interpretare le leggi in astratto, per mero interesse scientifico (come potrebbe fare il giurista che commenta le leggi in un suo trattato), ma di accertare il precetto *già individuato* col quale la legge regola in concreto un rapporto della vita sociale già in atto.

Anche il giudice, come meglio si vedrà a suo tempo, deve fare a tale scopo un ragionamento; e si suole infatti schematizzare la sentenza del giudice come la conclusione di un sillogismo (il cosiddetto sillogismo giudiziale) di cui la norma giuridica costituirebbe la premessa maggiore, e il fatto la premessa minore (1). In realtà il lavoro logico che il giudice deve compiere per arrivare alla sua conclusione è assai più complicato di quanto faccia supporre questo schema logico: la parte più delicata della operazione mentale del giudice non è quella di trarre la conclusione dalle premesse già stabilite, ma quella di trovare le premesse e di saperle mettere tra loro in tale relazione che tra la ipotesi astrattamente formulata dalla norma e la fattispecie reale si riscontri perfetta coincidenza (2).

Il cosiddetto sillogismo del giudice.

Logicamente il ragionamento che deve fare il giudice è, se pur con maggiore consapevolezza e precisione tecnica, quello stesso attraverso il quale l'obbligato quasi istintivamente si accorge di trovarsi in una situazione di fatto prevista dalla legge e di dover per questo tenere in concreto un certo comportamento (quando io entro dal libraio e in corrispettivo del libro che compro pago spontaneamente il prez-

---

(1) Cfr., per es., BECCARIA, *De' delitti e delle pene*, § 4.

(2) Cfr. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione* (Padova 1937); CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico* (in « Riv. dir. proc. civ. », 1939, I, 105) [e in queste *Opere*, vol. I, pag. 393].

zo, agisco così perchè so di trovarmi in una situazione di fatto, qualificata compravendita, dalla quale la legge fa scaturire a carico del compratore quell'obbligo di comportarsi così). Ma tra il ragionamento dell'obbligato e quello del giudice vi è tuttavia una fondamentale differenza: che mentre il primo si trova difronte a un concreto precetto che si indirizza *a lui stesso* per regolare la *sua* attività, il giudice accerta un concreto precetto che si indirizza non a lui, ma ai soggetti del rapporto controverso, e che mira a regolare non l'attività di lui giudicante, ma l'attività dei giudicabili.

Il giudice, insomma, in questa prima fase della giurisdizione, considera la legge e i fatti coi quali essa deve esser messa in relazione *soltanto come oggetto del suo conoscere, non anche come regola del suo operare*: osservatore imparziale dell'altrui condotta, si trova al di fuori e al disopra del rapporto da decidere, che considera come tema di indagine e di studio, ricostruendo a guisa di storico in qual modo si è svolta in quelle circostanze la attività degli interessati e in qual modo avrebbe dovuto svolgersi per esser conforme alla legge. Si compie così quella tipica operazione del giudicante che si chiama l'*applicazione della legge,* da tenersi ben distinta, per precisione di linguaggio tecnico, dalla *esecuzione* o *osservanza della legge.* La legge, ossia la concreta volontà che da essa si individua quando i fatti della realtà corrispondono alla sua ipotesi, può essere *eseguita* ovvero *osservata* soltanto da colui al quale il precetto si indirizza, cioè, come si dice, dal destinatario del precetto giuridico: *eseguire* ossia *osservare la legge* significa tenere quel comportamento pratico che corrisponde in concreto al comando della legge. *Applicare la legge* significa invece trovare qual è la norma giuridica che meglio si adatta e sta a contatto colle circostanze del caso concreto, ed accertare di conseguenza qual è il comportamento che altri avrebbero dovuto tenere in concreto, in esecuzione di quella norma. Se io, obbedendo alla norma che comanda al compratore di pagare il prezzo, pago il prezzo della cosa che ho comprata, *eseguo la legge,* in quanto mi comporto così come essa mi comanda di comportarmi; se il giudice, avendo accertato che chi ha acquistato una cosa non l'ha pagata, accerta che questi è tenuto a pagare il prezzo, *applica la legge,* in quanto qualifica e regola in conformità della legge il comportamento *altrui.*

Esecuzione della legge e applicazione della legge.

A conclusione di questa operazione di applicazione della legge al fatto, il giudice proclama qual è il comando concreto che regola il caso controverso: questa proclamazione ufficiale in virtù della quale la opinabile conclusione di un ragionamento si trasforma in individuata volonta della legge, è ciò che distingue l'accertamento giurisdizionale dal parere, non ufficiale e sempre discutibile, di un giurista privato. Anche il giudice, fino a che si svolge l'operazione del giudi-

L'accertamento giurisdizionale come atto di volontà.

care, si serve degli stessi strumenti logici di cui si serve l'avvocato che vuol dimostrare la ragione del suo cliente, o il giurisperito che risponde a chi gli chiede un consiglio; ed anche il giudice, come ogni uomo che ragiona, è soggetto a sbagliare. Ma quando è arrivato alla conclusione del suo ragionamento, e quando tutti i mezzi offerti dal processo per controllare ch'essa sia esatta sono esauriti, a un certo punto questa si svincola dalle sue premesse logiche e acquista, indipendentemente da esse, *autorità di cosa giudicata.* Questo passaggio in giudicato significa che a un certo punto l'accertamento del giudice diventa legalmente indiscutibile: non vale per la esattezza e per la forza persuasiva della sua motivazione logica, ma vale perchè esso costituisce, come la legge di cui è individuazione, un atto ufficiale di volontà, cioè un comando di autorità (C. c., art. 2909).

Irrevocabilità del giudicato.

Ormai la legge astratta si è individuata, per opera del giudice, in quell'accertamento: non è più ammessa in proposito nè incertezza nè contesa tra i soggetti del rapporto accertato; come la legge vale finchè è in vigore, non perchè il suo contenuto corrisponda alla giustizia sociale, ma unicamente per l'autorità di cui è rivestita (*dura lex, sed lex*), così l'accertamento giurisdizionale, una volta passato in giudicato, vale non perchè giusto, ma perchè ha per il caso concreto la stessa forza della legge (*lex specialis*). A un certo punto non è più legalmente possibile andare a vedere se la sentenza corrisponda o no alla legge: la sentenza è la legge, e la legge è ciò che il giudice ha proclamato come tale. Ma con questo non si può dire che il passaggio in giudicato dell'accertamento crei il diritto: l'accertamento, nel sistema della legalità, ha sempre carattere *dichiarativo* non *creativo* del diritto, in quanto il giudice colla sua sentenza proclama *come già voluto dalla legge,* fin da quando si è verificata nella realtà la fattispecie concreta, quel comando che egli si limita a riconoscere e a mettere in luce.

§ 20. — I DUE MOMENTI DELLA GIURISDIZIONE: *B*) L'ESECUZIONE FORZATA.

L'individuazione della legge mediante l'accertamento giurisdizionale elimina per sempre ogni possibilità legale di incertezza o di contrasto su quello che è il diritto del caso concreto; ma una volta accertato il comando, è ancora possibile che esso rimanga praticamente ineseguito. Risolto, attraverso quella fase della giurisdizione che si chiama la *cognizione,* il problema della certezza del diritto, rimane aperto il problema della *esecuzione pratica* del diritto accertato. Una volta avvenuto l'accertamento ufficiale, può darsi che la condotta dell'obbligato si conformi senz'altro a tale precetto; ma può anche darsi che l'esecuzione volontaria non sia più possibile, o che l'obbligato de-

liberatamente si rifiuti di obbedire al comando ormai indiscutibile. In qual modo, in questo caso, lo Stato assicura tuttavia l'osservanza del diritto? Risponde a questa domanda quella ulteriore fase della funzione giurisdizionale che si chiama la *esecuzione forzata.*

La denominazione di giurisdizione richiama etimologicamente (*iuris dictio*) la fase di accertamento, attraverso la quale lo Stato *dicit ius,* cioè accerta, con quel procedimento logico che sopra abbiamo analizzato, quale è il comando individuato che regola il caso concreto: anzi un tempo si insegnava che la funzione giurisdizionale si esaurisse nel « giudicare », cioè nella sola fase di cognizione (*iurisdictio in sola notione consistit*), e di questa preferenza data dalla dottrina allo studio della fase di accertamento rimangono traccie anche nella terminologia usuale, la quale anche gli organi dell'esecuzione comprende sotto la denominazione, che a rigor di termini sarebbe appropriata solo per il momento della cognizione, di organi *giudiziari.*

Giurisdizione in senso ampio.

Ormai però, nonostante che qualcuno continui a adoprare la parola giurisdizione nel suo ristretto significato etimologico, cioè come ristretta a indicare soltanto l'attività del *giudicare* che si esaurisce nella fase di cognizione (1), l'uso comune, seguito anche dal nuovo Codice, adopera tale parola in senso più ampio di quello originario, comprendendo in essa non solo l'accertamento ma anche la esecuzione forzata; e in questo senso tale espressione è adoprata qui (2).

La funzione giurisdizionale comprende dunque, nel sistema della legalità, non solo l'attività che lo Stato esplica per applicare la norma generale ed astratta già esistente al caso concreto e per mettere in chiaro il comando individuato che ne scaturisce, ma anche l'attività ulteriore che lo Stato esplica per far sì che questo concreto comando sia praticamente osservato (in sè stesso, o nel precetto sanzionatorio che prende il suo posto), anche occorrendo coll'impiego della forza fisica volta a modificare il mondo esterno e a farlo corrispondere alla volontà della legge.

Può parere che, dal punto di vista filosofico, tra l'attività di cognizione che porta all'accertamento del comando individuato, e la attività di esecuzione forzata, che traduce questo comando in modificazioni pratiche del mondo esterno, passi una certa differenza: il giudice, per arrivare all'accertamento, deve sopratutto esercitare un'attività di storico e di logico, deve *conoscere* piuttosto che *operare,* e il diritto che egli accerta è per lui, come si è detto, oggetto di studio più che

---

(1) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema,* I, n. 38 e segg..

(2) Anche il C. c. comprende l'esecuzione forzata sotto il concetto di tutela *giurisdizionale,* e considera la funzione esecutiva come *attività giurisdizionale*: art. 2907 e segg.

regola del suo agire; mentre l'esecutore deve sopratutto *agire*, ponendo in essere i mezzi destinati a riaffermare anche colla forza il diritto contro i riluttanti. Eppure tanto il conoscere del giudice quanto l'agire dell'esecutore si trovano nella giurisdizione ricollegati dall'unità del fine, in modo che il primo non è pura contemplazione, ma si può considerare come preparazione del secondo e questo viceversa come continuazione del primo. Il fine ultimo della giurisdizione in ogni sua esplicazione, è quello della osservanza *pratica* del diritto: il ragionamento fatto dal giudice nel processo di cognizione non vale come enunciazione di verità teoriche, ma come proclamazione pratica di un comando che dev'essere obbedito; e se tale proclamazione non basta a far sì che il comando sia praticamente osservato, vuol dire che la fase di cognizione non è bastata ad esaurire i fini della giustizia, per il raggiungimento dei quali è necessario che l'attività giurisdizionale prosegua fino ad imporre anche colla forza quella osservanza del diritto che il semplice accertamento non è valso ad ottenere.

Fine comune della cognizione e della esecuzione.

L'accertamento appare dunque, tutte le volte che esso non basta ad ottenere, per sola virtù della proclamazione d'autorità in esso contenuta, l'osservanza del diritto, come premessa e come condizione per poter passare, nella fase di esecuzione, all'impiego pratico della forza. Non a caso la giustizia si rappresenta simbolicamente munita della bilancia e della spada. La difesa del diritto, che lo Stato esplica attraverso la giurisdizione, non si esaurisce nei ragionamenti del giudice: e, affinchè questi possano tradursi in realtà, occorre che dietro alle bilancie del giudicante vigili la spada dell'esecutore. Ma, viceversa, la spada dell'esecutore non può muoversi se prima il giudice non abbia imparzialmente pesato le ragioni della giustizia.

E' quindi interessante chiarire in qual modo si incontrano e si saldano fra loro, a mezza strada sul cammino della giurisdizione, questi due momenti dell'accertamento e dell'esecuzione. Si può intanto osservare che, per raggiungere i fini della giurisdizione, non è necessario che ad ogni accertamento segua l'esecuzione forzata. Nel passare in rassegna i varî tipi di garanzia giurisdizionale, abbiamo visto che l'accertamento conseguibile attraverso una *decisione* del giudice può servire a tre diversi fini: mentre in certi casi (§ 15) l'accertamento ha per oggetto la già avvenuta trasgressione del precetto primario, e la conseguente entrata in vigore del precetto sanzionatorio determinante i mezzi pratici che lo Stato si impegna a mettere in opera per ristabilire l'osservanza del diritto, in altri casi l'accertamento ha per oggetto il precetto primario non ancora trasgredito ma incerto (§ 16), ovvero la sussistenza delle condizioni giuridiche richieste affinchè lo Stato possa ordinare un certo mutamento giuridico (§ 17). In questi ultimi due casi la garanzia giurisdizionale è compiuta e si esaurisce nella deci-

Accertamenti non seguiti da esecuzione forzata.

sione: basta la decisione per garantire l'osservanza del diritto, ossia nel primo caso per vincere la incertezza del precetto primario che costituiva già essa stessa un pericolo di trasgressione, e nel secondo caso per operare quel mutamento giuridico che la legge riconnette al verificarsi delle condizioni accertate. Nel primo caso invece, come già si è detto, la decisione, la cosiddetta « condanna », non basta essa sola (salvochè l'obbligato, per evitar la sanzione ch'essa gli minaccia, non si induca senz'altro a eseguire volontariamente l'obbligo accertato nella condanna) a raggiungere i fini della giurisdizione, ed ha bisogno, affinchè l'osservanza del diritto sia ristabilita, di una ulteriore attività giurisdizionale, di cui essa condanna, che guarda all'avvenire, è per così dire il preannuncio e la legittimazione (1).

La condanna e l'esecuzione forzata.

Questa ulteriore attività giurisdizionale, che deve seguire alla condanna affinchè la sanzione individuata nella decisione possa essere praticamente messa in opera nel mondo sensibile, è *l'esecuzione forzata*: impiego da parte dello Stato della forza fisica, per tradurre in realtà il comando accertato colla decisione.

Tutte le garanzie giurisdizionali di cui si è parlato finora hanno questo carattere comune: che esse producono effetti nella sfera giuridica del singolo *indipendentemente, ed anche contro la sua volontà.* Mentre, fino a che si rimane nel campo del diritto sostanziale, la volontà di ogni singolo è sovrana nella propria sfera giuridica (§ 12), l'attività giurisdizionale nelle sue diverse forme esercita sul singolo una *soggezione,* in quanto opera d'autorità una invasione nella sfera giuridica individuale e una modificazione di questa, ottenuta senza tener conto della volontà del singolo titolare. Ma questa invasione della sfera giuridica individuale e questa corrispondente soggezione del singolo è più o meno grave e penetrante secondo i casi: quando la garanzia consiste nel semplice accertamento (§ 16), l'unico effetto giuridico che da esso si fa sentire sulla sfera giuridica individuale è la *soggezione al giudicato,* cioè quella raggiunta indiscutibilità ufficiale del precetto accertato, che toglie al singolo ogni possibilità di rimettere in discussione l'accertamento (la sentenza di mero accertamento che dichiara sussistente il diritto del mio creditore non modifica la mia sfera giuridica, perchè il mio obbligo sussisteva anche prima dell'accertamento; ma vi introduce, in relazione a quel rapporto giuridico, un elemento di certezza ufficiale che prima vi mancava e che costituisce d'ora in poi un nuovo limite posto alla mia libertà); quando la garanzia consiste nell'accertamento a scopo costitutivo, la soggezione non è limi-

(1) Redenti, *Profili,* pag. 78 « i provvedimenti di condanna ... sono muniti dalla legge di una autorità particolarissima, che potremmo chiamare di *legittimazione all'esecuzione* ».

tata alla certezza giuridica derivante dal giudicato, ma si estende anche al mutamento giuridico ordinato dalla decisione, il quale introduce così nella sfera giuridica del singolo una modificazione a cui la volontà del singolo non può nè resistere nè sottrarsi (la pronuncia che annulla il matrimonio modifica la sfera giuridica del coniuge, in quanto, estinguendo il rapporto matrimoniale, fa venir meno, indipendentemente dalla sua volontà, tutti i diritti e i doveri ad esso inerenti); quando invece la garanzia giurisdizionale consiste nella esecuzione forzata, il condannato si trova assoggettato, per effetto della condanna, non solo alla certezza giuridica derivante dal giudicato, non solo ai mutamenti giuridici che gli organi esecutivi ordineranno in conformità della condanna, ma anche *alla forza fisica* che potrà essere posta in opera, dagli organi esecutivi dello Stato, sulla sua persona e sui suoi beni. Si vedrà a suo tempo come l'attività esecutiva possa consistere nel compimento di autorità, sul patrimonio del debitore, di atti di disposizione, i quali vi producono, indipendentemente dalla volontà del singolo, mutamenti giuridici *non necessariamente accompagnati dal-*
ART. 492 *l'uso della forza fisica* (i mobili pignorati diventano indisponibili in virtù della ingiunzione contenuta nel pignoramento, art. 492; il debitore perde la proprietà in virtù del provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione ordina il trasferimento all'aggiudicatario del bene espropriato,
ART. 586 art. 586; ecc.); ma tuttavia il carattere essenziale della esecuzione forzata è proprio questo, che i mutamenti giuridici ch'essa produce sulla sfera giuridica del debitore non rimangono mai limitati al mondo giuridico, ma sono in ogni caso preceduti, accompagnati o seguiti da variazioni nel mondo sensibile, da spostamenti di cose o di persone per effettuare i quali può rivelarsi indispensabile l'uso della forza fisica. Per eseguire il pignoramento l'ufficiale giudiziario può procedere, anche contro la volontà del debitore, all'apertura di porte o ripostigli; può, per vincere la resistenza opposta dal debitore, richiedere, occor-
ART. 513 rendo, l'assistenza della forza pubblica (art. 513). La vendita giudiziale dei beni porta necessariamente allo spossessamento materiale del debitore espropriato, e all'immissione in possesso dell'aggiudicatario, colla
ART. 608 possibilità di ricorso alla forza (art. 608); la distribuzione tra i creditori delle somme ricavate dalla vendita dà luogo necessariamente a un passaggio materiale di danaro; e così via.

Così, mentre le decisioni pronunciate a scopo di semplice accertamento o a scopo costitutivo esauriscono la funzione giurisdizionale e chiudono il processo, la decisione di condanna chiude la fase di cognizione ma apre quella di esecuzione forzata. La coazione non può essere messa in opera se non in quanto vi sia un accertamento che la autorizzi (*titolo esecutivo*): e la forma normale e tipica di titolo ese-
ART. 474 cutivo è costituita appunto (art. 474) dalle sentenze di condanna. At-

traverso la condanna, colla quale il giudice autorizza gli organi esecutivi alla applicazione della coazione, si opera quella che può denominarsi la *conversione dell'obbligo in soggezione alla forza fisica*: prima della condanna il destinatario del precetto giuridico era un *obbligato,* alla attiva e volontaria collaborazione del quale era affidato l'adempimento dell'obbligo e quindi la osservanza del diritto; dopo la condanna egli diventa un *subiectus,* passivamente esposto alla forza, la volontà del quale non ha più rilevanza alcuna di fronte ai mezzi coercitivi che, voglia o non voglia, lo Stato pone in opera contro di lui senza più tenere in alcun conto la sua autonomia e la intangibilità della sua sfera giuridica.

La condanna come titolo esecutivo.

Si hanno altri casi in cui il nostro ordinamento permette allo Stato di introdursi coattivamente nella sfera giuridica del singolo e di sopprimervi, nell'interesse pubblico, il potere di disposizione normalmente riconosciuto alla sua volontà (si pensi, per es., all'espropriazione per pubblica utilità, o alla requisizione dei beni privati in tempo di guerra: cfr. art. 834, 835, 838, 865 C. c.); ma l'esecuzione forzata giurisdizionale si distingue da tutti gli altri interventi coattivi dello Stato nella sfera individuale, in quanto in essa la messa in opera della coazione è indirizzata allo scopo di reintegrare il diritto trasgredito da chi in un primo tempo era tenuto ad osservarlo. Quando lo Stato espropria un mio campo perchè vuol farvi passare la ferrovia che serve all'interesse pubblico, le misure coercitive che lo Stato esercita sul mio patrimonio non costituiscono in questo caso una reazione contro una inosservanza del diritto da me precedentemente commessa. Questo è invece il carattere tipico della esecuzione forzata giurisdizionale: che gli atti compiuti dall'organo esecutivo sulla sfera giuridica altrui sono indirizzati a raggiungere quegli stessi fini pratici che sarebbero stati raggiunti se la volontà del singolo titolare di quella sfera giuridica fosse stata conforme al diritto. Vi è dunque nell'attività esecutiva, una diretta partecipazione pratica degli organi esecutivi allo svolgimento e alla creazione di nuovi rapporti giuridici, ben diversa da quella distaccata ricostruzione storica dei rapporti giuridici già esistenti, che è propria della fase di cognizione; ma il nesso che ricollega questi due momenti della giurisdizione è dato dall'unità del fine: il giudice indaga sui rapporti giuridici *altrui* per accertarvi le già avvenute trasgressioni del diritto, l'esecutore opera sui rapporti giuridici *altrui* per eliminare praticamente le conseguenze di tali trasgressioni.

Caratteri dell'esecuzione forzata giurisdizionale.

§ 21. — Nozione unitaria di giurisdizione.

Dopo aver passato in rassegna i varî tipi di garanzia giurisdizionale e le due fasi (cognizione ed esecuzione) in cui può scindersi la

messa in opera di queste garanzie, si tratta di individuare in esse qual è l'elemento costante e comune, la cui presenza permetta di considerarle come manifestazioni di un'unica funzione, distinta e riconoscibile dalle altre funzioni della sovranità.

L'elemento logico nella giurisdizione.

Si pensò un tempo che il carattere peculiare della giurisdizione consistesse nella prevalenza dell'elemento logico, in quanto si teneva presente sopratutto la fase di cognizione (*iurisdictio in sola notione consistit*) e il sillogizzare del giudicante; ma questa prevalenza, che non è del tutto esatta neanche per la fase di cognizione, non si riscontra in alcun modo nella fase di esecuzione, in cui prevale il volere e l'operare pratico.

E' vero che, se si segue cronologicamente l'*iter* attraverso il quale si svolge la giurisdizione, si vede ch'essa comincia dal conoscere (conoscere le leggi, conoscere i fatti); ma poi prosegue nel ragionare su queste conoscenze e nel formulare, a conclusione di questo ragionamento, un comando individuato: è dunque un conoscere che sbocca in un atto di volontà. Ma neanche questo comando è, in ogni caso, il punto d'arrivo della giurisdizione: può darsi infatti che in un momento successivo la giurisdizione si eserciti nel mettere in opera tutti i mezzi pratici idonei a modificare anche colla forza il mondo esterno, in modo da farlo corrispondere a quella volontà. Vi è dunque, in questo *iter* giurisdizionale, una successione (e talvolta una combinazione) di tre momenti: conoscere, volere, operare. Qual è il carattere distintivo che ricollega questi tre momenti e permette di considerarli come diversi aspetti di una funzione unica?

Questo carattere distintivo è dato sopratutto dal *fine*. Attività simili, per il modo con cui si compiono, a quelle che sono proprie degli organi giudiziari si possono riscontrare, come ora si dirà, anche nell'esercizio di altre funzioni pubbliche; ma il carattere giurisdizionale è dato dallo scopo che lo Stato persegue attraverso il compimento di esse: che è quello di *garantire l'osservanza pratica del diritto oggettivo.*

Lo scopo della giurisdizione.

Che questo sia lo scopo perseguito dallo Stato attraverso la giurisdizione resulta già da quanto si è detto precedentemente a proposito degli stretti nessi che passano, nel sistema della legalità, tra la funzione giurisdizionale e quella legislativa. Lo Stato, in quanto crea il diritto, pone in astratto regole di condotta che debbono essere osservate *da altri*, cioè dai cittadini nei loro rapporti interindividuali. Ma se poi i precetti concreti che, secondo le circostanze, scaturiscono da queste norme, non sono volontariamente osservati da coloro nei cui confronti si sono individuati (cfr. retro, § 11), allora, affinchè le leggi abbiano un valore pratico, occorre *in un secondo momento* la messa in opera di questa ulteriore attività, la quale serve a *garantire* che, quan-

do il diritto non è osservato volontariamente da coloro ai quali esso, coi suoi precetti individuati, si indirizza, lo Stato provveda a farlo osservare *con altri mezzi;* la messa in opera dei quali costituisce appunto la giurisdizione.

Sembra chiaro, se si pone mente al modo con cui è formulato e attuato il diritto nel sistema della legalità, che la funzione giurisdizionale persegue, anche nel processo civile, uno scopo eminentemente *pubblico*: se attraverso la messa in opera delle garanzie giurisdizionali possono venire a trovarsi concretamente sodisfatti gli interessi individuali che il diritto tutela, l'esercizio della giurisdizione mira in prima linea a rendere praticamente operativa la legge, cioè a far sì che la volontà dello Stato, espressa nella legge, sia rispettata e obbedita. L'appagamento degli interessi individuali tutelati dal diritto può essere, per lo Stato che amministra la giustizia, uno scopo mediato e indiretto; ma lo scopo primo che esso persegue *nel sistema della legalità,* è quello della osservanza del diritto, *solo perchè è diritto e indipendentemente dal suo contenuto.* Così lo Stato, attraverso i giudici, riconferma sè stesso, facendo sì che la sua autorità, dall'empireo delle leggi astratte, scenda al livello delle vicende umane e intervenga con efficacia pratica a regolare secondo le leggi la condotta dei cittadini: *lo Stato difende colla giurisdizione la sua autorità di legislatore.*

Attuazione del diritto oggettivo o difesa dei diritti soggettivi?

Cade qui a proposito ricordare il contrasto che è tornato ad affiorare anche in recenti polemiche (1), tra coloro i quali insegnano che lo scopo del processo (anche del processo civile) è l'*attuazione del diritto oggettivo,* e coloro i quali ritengono invece che lo scopo del processo debba porsi *nella difesa dei diritti soggettivi* (2). Questa discussione, meglio che sul tema dello scopo *del processo* (nel quale, a parlar propriamente, non si può ravvisare uno scopo unico, ma piuttosto una pluralità di scopi, perseguiti, spesso in conflitto tra loro, da ciascuno dei soggetti che vi partecipano) potrebbe meglio farsi a proposito dello scopo della *giurisdizione,* ossia a proposito dello scopo che si propone *lo Stato,* quando in veste di giudice esercita la funzione giurisdizionale: il quale scopo deve, secondo noi, necessariamente ravvisarsi in prima linea nel mantenimento dell'osservanza del diritto oggettivo, se non si vuol rinnegare quella concezione cosiddetta « pubblicistica » del processo civile, in difesa della quale ha lavorato la dottrina italiana di quest'ultimo trentennio e dalla quale è sorto il nuovo

---

(1) Cfr. SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo,* in « Riv. dir. proc. civ. », 1937, I, 32 (e ora in *Teoria e pratica del processo,* cit., pag. 147); CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi della scienza del processo,* in « Riv. dir. proc. civ. », 1937, I, 105.

(2) Sulle varie teorie, CHIOVENDA, *Istituzioni,* I, n. 11; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, pagg. 4-14.

processo civile (1). La insufficienza della teoria secondo la quale lo scopo della giurisdizione civile sarebbe la difesa dei diritti soggettivi (teoria che avrebbe in ogni caso il difetto di valere solo per il processo civile e di non permettere una definizione unitaria della giurisdizione che comprendesse anche la giurisdizione penale e quella amministrativa) è facilmente dimostrabile quando si consideri, come si farà più avanti (§ 36), che se la figura classica e tradizionale dell'azione civile, specialmente nel campo delle azioni di condanna, è quella che sorge dalla lesione del diritto soggettivo, sempre più numerosi e sempre più importanti sono nel processo civile degli Stati moderni i casi, specialmente nel campo delle azioni di mero accertamento e delle azioni costitutive, in cui l'azione sorge e si svolge come un diritto autonomo, e in cui si può quindi parlare esattamente di una giurisdizione civile *di mero diritto oggettivo*. Si deve tuttavia avvertire che il contrasto tra la concezione *oggettiva* e la concezione *soggettiva* della giurisdizione civile verte, più che sulla contrapposizione di due teorie dogmaticamente inconciliabili tra loro, sulla diversa accentuazione, si potrebbe dire sulla diversa « illuminazione », che i seguaci dell'una e dell'altra teoria danno a diversi aspetti del fenomeno giurisdizionale, che sembrano variare solo perchè varia il punto di vista, ma che in realtà tutti coesistono. Probabilmente in ambedue le teorie vi è una parte di verità: e non sarebbe forse impossibile dimostrare che dal punto di vista strettamente dogmatico la loro maggiore divergenza si riduce allo spostamento di un angolo visuale o all'uso delle stesse parole in un significato diverso. La ragione del contrasto è dunque, sopratutto, di carattere *politico* e *storico*: la concezione che vede nella giurisdizione civile principalmente la difesa dei diritti soggettivi parte dalle premesse proprie dello Stato liberale, per il quale la funzione del diritto mira sopratutto al mantenimento dell'ordine tra i consociati e alla conciliazione dei contrapposti interessi individuali, e la giustizia appare quasi come un pubblico servizio posto a disposizione dei medesimi. Viceversa, quando si parta dalla concezione che nel diritto vede prima di tutto la volontà dello Stato e nell'osservanza del diritto il rispetto a questa volontà, anche nella definizione dello scopo della giurisdizione l'interesse individuale alla difesa del diritto soggettivo rimane nell'ombra e balza in primo piano l'interesse pubblico all'osservanza del diritto oggettivo: nè c'è bisogno di spiegare perchè, oggi, questa seconda concezione della giurisdizione civile appaia *storicamente* meglio rispondente al diritto positivo vigente.

Il fine preminente della giurisdizione è dunque, nel sistema della legalità, quello di *far osservare* il diritto oggettivo nei suoi precetti

(1) Cfr. rel. GRANDI, nn. 2 e 12.

individuati; ma in questa formula bisogna metter l'accento specialmente sulle parole « far osservare », le quali vogliono esprimere quel carattere *sussidiario* e si potrebbe dire *eventuale* che ha la giurisdizione, la quale si muove per far rispettare il diritto solo quando coloro ai quali il diritto in concreto si rivolge non hanno saputo o voluto rispettarlo da sè: colla sottintesa premessa che nel sistema della legalità lo Stato commette prima di tutto l'osservanza delle leggi alla civiltà dei cittadini, e li educa alla libertà confidando che essi le intendano e le osservino senza bisogno dell'intervento del giudice.

Carattere sussidiario della giurisdizione.

Frequente è nella letteratura giuridica il paragone fra l'opera del medico e l'opera del giudice: il quale, come il medico, è chiamato soltanto quando c'è da curare una situazione patologica del diritto, e non ha ragione di intervenire quando l'osservanza del diritto si svolge con normalità fisiologica. Questo carattere della giurisdizione è stato bene messo in chiaro dal Chiovenda il quale rilevando che « la giurisdizione giudica dell'attività *altrui* e d'una volontà di legge *concernente altri* », l'ha definita come una attività « secondaria » (nello stesso senso in cui più sopra si è parlato del suo carattere *sussidiario*) consistente « nella sostituzione di una attività pubblica a una attività altrui » (1): cioè, si potrebbe dire, nella sostituzione dell'attività del giudice (che fa osservare la legge *agli altri*) alla attività del singolo (che avrebbe dovuto osservarla da *sè stesso*). Da un punto di vista non molto distante si pone il Redenti, quando considera la giurisdizione come « funzione di coazione e di coercizione affinchè il diritto sia rispettato ed attuato » che si spiega « soltanto a seguito di trasgressioni già verificatesi », e la definisce come « applicazione di sanzioni » (2): con che in sostanza viene a dire, sia pure con formula diversa, che la giurisdizione si muove soltanto quando faccia difetto la volontaria osservanza del precetto primario da parte di chi in un primo tempo avrebbe dovuto conformarvisi.

Senonchè anche queste definizioni hanno bisogno di qualche commento. La concezione della giurisdizione come sostituzione di una attività pubblica a un'attività altrui, è chiara quando la garanzia giurisdizionale si muova in seguito a una trasgressione già avvenuta di un precetto primario, e miri, con mezzi diversi messi in opera dallo Stato, a raggiungere lo stesso effetto pratico che sarebbe derivato dal volontario adempimento dell'obbligato (§ 15). Ma come si fa a parlare di sanzione, quando la garanzia giurisdizionale consiste soltanto nell'accertamento ufficiale di un precetto primario non ancora trasgredito e ancora idoneo ad essere volontariamente eseguito da chi è obbligato

(1) *Istituzioni*, vol. I, n. 11; e vol. II, n. 140.
(2) Redenti, *Profili*, cit., n. 3.

ad osservarlo (§ 16)? E come si fa a parlare di sostituzione, quando la garanzia giurisdizionale consiste nella produzione di un mutamento giuridico che le parti, anche se fossero d'accordo, non potrebbero ottenere da sè, e per conseguire il quale l'attività del giudice è in ogni caso indispensabile, e non si presta quindi ad essere considerata come surrogato di una mancante attività delle parti? La verità è che, volendo far rientrare anche questi casi nella giurisdizione considerata sotto il profilo della sostituzione di attività o sotto quello della sanzione, bisogna dare a questi concetti un significato diverso e più largo di quello che hanno quando si considerano in relazione al caso della già avvenuta trasgressione del precetto primario. Per ricomprendere nella giurisdizione anche la pronuncia colla quale il giudice interviene ad interdire l'infermo di mente (art. 414 e segg. C. c.) si potrà anche dire, per esempio, che la interdizione è la *sanzione* della infermità di mente: ma è evidente che in questo caso si adoprerà la parola sanzione in un senso molto diverso da quello in cui si adopra quando si dice, poniamo, che la pena è la sanzione del reato; e se viceversa si vorrà conservare alla parola sanzione il suo significato proprio, bisognerà allora tagliar fuori dalla giurisdizione, insieme col caso della interdizione, tutti i casi, sempre più numerosi nello Stato moderno, in cui il mutamento di rapporti indisponibili non può essere ottenuto se non attraverso l'accertamento giurisdizionale, che ha carattere non supplementare e sostitutivo, ma necessario. Meglio giova dunque, per evitare questi frazionamenti d'ordine sistematico di un fenomeno empiricamente unitario, adottare come criterio distintivo della giurisdizione un carattere più elastico e più comprensivo, qual è quello che si può desumere dal concetto di garanzia dell'osservanza del diritto, del quale ci siamo serviti in queste lezioni: tutte le volte in cui lo Stato, che di regola, nel sistema della legalità affida alla libera volontà dei singoli la individuazione e la osservanza dei precetti scaturenti al loro indirizzo dalle leggi, sente il bisogno di intervenire nei rapporti giuridici dei cittadini, ad accertare ufficialmente uno di questi precetti indirizzati ai singoli per garantirne la pratica osservanza, ivi è giurisdizione: il che può avvenire non soltanto quando il precetto sia già trasgredito (garanzia *a posteriori*), ma anche, e in misura sempre più vasta quanto più si accentua la tendenza dello Stato a restringere e a controllare l'autonomia privata, quando il precetto sia incerto e quando per la natura indisponibile degli interessi ai quali esso si riferisce, lo Stato ne imponga, prima ch'esso possa essere messo ad esecuzione, l'accertamento ufficiale (garanzia *a priori*). L'estendersi del cosiddetto « intervenzionismo » dello Stato si fa dunque sentire anche sul concetto di giurisdizione: il quale non si può intendere nella sua esatta portata storica se non si tien conto della crescente importanza

La giurisdizione come esercizio della garanzia dell'osservanza del diritto.

che, nel momento attuale, vanno assumendo i casi di garanzia *a priori*.

Il non tener conto di questa tendenza della giurisdizione è a parer mio la lacuna più grave della teoria, sotto tanti aspetti suggestiva e feconda, che FRANCESCO CARNELUTTI ha posto a base del suo sistema: secondo il quale il fine del processo starebbe nella composizione delle liti, intendendosi per lite « il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell'altro » (1).

La giurisdizione come composizione delle liti.

La funzione giurisdizionale sorge indubbiamente, agli albori storici della civiltà, con intenti di pacificazione sociale: sicchè l'azione del giudice, nelle consociazioni primitive, appare come quella di un paciere, che si interpone per dirimere i conflitti insorti tra interessi individuali, in quei soli casi in cui i singoli non siano riusciti a mettersi d'accordo per conto loro col contratto. Ma in uno stadio ulteriore della civiltà il contenuto della funzione giurisdizionale si allarga e si specifica. Lo Stato non si limita più a intervenire nei conflitti per comporli a qualunque costo e in qualunque modo, al solo scopo di impedire l'impiego della forza individuale e di mantenere la pace sociale; ma vuole che la composizione del conflitto sia ottenuta attraverso l'applicazione della legge, ossia che essa composizione avvenga nell'unico modo che corrisponde a quelle norme generali ed astratte che lo Stato in un momento anteriore ha dettato per regolare la condotta dei singoli: così, nel sistema della legalità, l'attività del giudice mira contemporaneamente a mantenere la pace sociale, in quanto dirime il conflitto di interessi individuali, e a garantire la osservanza della legge, in quanto lo dirime in conformità di essa.

Evoluzione storica del concetto di giurisdizione.

Ma l'evoluzione storica non si arresta qui: nello Stato moderno e in modo sempre più evidente quanto più si fa esteso e penetrante il controllo dell'autorità pubblica sulla vita dei singoli e si restringe di altrettanto il campo lasciato alla autonomia privata, l'osservanza del diritto diventa nella giurisdizione lo scopo soverchiante: tantochè può esservi esercizio di funzione giurisdizionale al solo scopo di assicurare la osservanza del diritto, anche in casi in cui non c'è alcun conflitto di interessi tra le parti che sono perfettamente concordi nel voler conseguire un certo effetto giuridico.

Questa evoluzione si è manifestata, prima che nel processo civile, in quello penale: mentre in altri tempi anche la giurisdizione penale ha potuto avere come suo immancabile presupposto la sussistenza di una *contentio inter partes*, in quanto l'intervento del giudice penale

---

(1) CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 14 e nn. 38 e segg.; ID., *Istituzioni*, n. 5. Cfr., a confutazione di questo modo di concepire lo scopo del processo, CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pag. 41; CALAMANDREI, *Il concetto di « lite »*, in *Studi*, II, pag. 359 [e in queste *Opere*, vol. I, pag. 200]; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, Intr. n. 9.

era limitato ai soli casi in cui non fosse intervenuto tra accusatore e accusato un accordo stragiudiziale sulla pena (1), nello Stato moderno l'esistenza di un cosiffatto accordo tra parte lesa e reo, o tra accusatore e accusato, rimane assolutamente irrilevante agli effetti della applicazione della pena, la quale non può essere inflitta se non in seguito a accertamento giudiziale (*nulla poena sine iudicio*): l'accordo eventualmente raggiunto fra le parti (o perchè l'accusatore, convinto dell'innocenza dell'imputato, ne chieda l'assoluzione; o perchè l'imputato si riconosca colpevole e si dichiari pronto a scontare la pena) non esonera il giudice dall'esaurire fino in fondo le indagini, e dall'applicare la legge in conformità del suo convincimento, che può voler dire anche in contrasto colla richiesta delle due parti concordi: qui dunque lo scopo della giurisdizione non è certo quello di comporre un conflitto di interessi, ma è soltanto quello, vi sia o non vi sia il conflitto tra le parti, di applicare la legge penale.

La giurisdizione come controllo giuridico a priori.

Un fenomeno simile si verifica, in misura assai più limitata ma con tendenza ad allargarsi, nel campo della giurisdizione civile: sono sempre più numerosi, nel diritto civile vigente, i casi in cui l'accordo dei singoli interessati non è, o non è più sufficiente di per sè solo a produrre gli effetti giuridici ai quali concordemente aspirano, e in cui tale scopo non si può raggiungere se non attraverso un accertamento giurisdizionale che riconosca la concreta sussistenza delle condizioni di fatto dalle quali la legge fa dipendere la produzione di quegli effetti: così, ad esempio, anche se i coniugi sono concordi nel desiderare e nel chiedere l'annullamento del matrimonio, o se l'interdicendo è concorde nell'accettare l'interdizione proposta nel suo interesse da un congiunto, l'annullamento del vincolo matrimoniale o la interdizione non potrà ottenersi se non attraverso un accertamento del giudice che riconosca sussistente in concreto uno dei motivi di annullamento o di interdizione previsti dalla legge. In casi come questi l'esistenza di un conflitto di interessi è giuridicamente irrilevante: vi sia o non vi sia « lite », il giudice deciderà secondo il diritto e non secondo la volontà delle parti; e lo scopo del processo non potrà essere ravvisato nella composizione della « lite », semplicemente perchè, anche se questa manchi, non verrà meno, in casi come questi, la necessità della giurisdizione.

Questa graduale tendenza della funzione giurisdizionale a evolversi da *attività mediatrice,* che interviene soltanto quando vi sia da dirimere, a difesa della pace sociale, un conflitto di interessi individuali, in *attività di controllo giuridico,* che anche quando gli interessi

(1) Cfr. Paoli U. E., *Legge e giurisdizione in diritto attico,* in *Studi sul processo attico* (Padova 1933), pag. 66 e segg.

individuali coincidono, interviene, a difesa della legge, come tramite necessario affinchè la sodisfazione e la stessa collaborazione degli interessi individuali possa compiersi soltanto in modo conforme al diritto, è uno dei fenomeni più caratteristici e più significativi degli ordinamenti giuridici contemporanei. Per chi ponga come requisito essenziale della giurisdizione la esistenza di una « lite », tutti questi casi (quelli che il CARNELUTTI chiama i « processi senza lite ») dovrebbero esser tagliati via dalla vera e propria giurisdizione, e relegati nel campo della cosiddetta giurisdizione volontaria (§ 23); noi riteniamo invece preferibile allargare il concetto di giurisdizione fino a comprendervi anche quei casi che non rientrerebbero nei confini di essa tradizionalmente intesa.

§ 22. — LA FUNZIONE GIURISDIZIONALE E LE ALTRE FUNZIONI DELLO STATO.

Quello che si è detto finora sui modi e sugli scopi della giurisdizione ci permette di distinguerla dalle altre funzioni dello Stato: le quali, secondo una tricotomia tradizionale che non ha perduto la sua ragion d'essere, sono, accanto alla funzione giurisdizionale, la funzione *legislativa* (o *normativa*) e la funzione *amministrativa* (o *governativa* o *esecutiva*).

In tutt'e tre queste funzioni si manifesta la sovranità dello Stato; ma le manifestazioni di volontà, i comandi, che corrispondono a ciascuna di esse, si distinguono per propri caratteri tipici.

La distinzione potrebbe teoricamente esser basata su uno di questi tre criteri: *organico, formale, sostanziale.*

Criteri di distinzione: criterio organico.

Nello Stato di diritto, alla tripartizione delle funzioni corrisponde approssimativamente la tripartizione degli organi: nel senso che per ognuna delle tre funzioni è istituito nell'ordinamento dello Stato un apposito ramo di organi, che prendono il nome appunto dalla funzione di cui ad essi è affidato l'esercizio (organi *legislativi, giurisdizionali, amministrativi*). Adottare il criterio organico vorrebbe dire distinguere la funzione secondo l'organo che la esercita: chiamare, ad esempio, attività legislativa tutta quella che proviene dagli organi chiamati legislativi, attività giurisdizionale tutta quella proveniente dagli organi chiamati giudici, e così via. Ma è evidente che questo modo di distinzione sarebbe nient'altro che un giro di parole: e il problema si ripresenterebbe insolubile quando si volesse stabilire qual è la differenza di uffici che corrisponde, nella repartizione degli organi, alla differenza di nomi. Si aggiunga che la distribuzione delle tre funzioni a tre diversi rami di organi è in realtà, negli ordinamenti positivi, puramente approssimativa: sicchè non è escluso che a un organo apparte-

nente per la sua denominazione a uno dei rami suddetti siano in casi eccezionali affidate mansioni che funzionalmente competerebbero agli organi di un ramo diverso (così, ad esempio, il senato che è un organo legislativo esercita funzioni giurisdizionali quando è costituito in alta corte di giustizia).

Nè a risultati più sicuri porterebbe l'adozione di un criterio di distinzione che si volesse basare sulla diversa *forma* che esteriormente rivestono gli atti delle tre funzioni. E' vero, in linea generale, che a ciascuna delle tre funzioni corrisponde, nella maggioranza dei casi, un proprio modo di espressione, che appare esternamente come la nota distintiva, come il suggello per dir così, di quella funzione: ad esempio l'attività legislativa o normativa si presenta di solito coi caratteri estrinseci della « legge formale » e l'attività giurisdizionale, nella fase di cognizione, coi caratteri estrinseci della « sentenza ». Ma anche questo criterio *formale* non è esauriente: sia perchè si ferma alle apparenze senza toccare il fondo della distinzione, sia perchè è anch'esso puramente approssimativo, in quanto può darsi che in casi eccezionali la forma che normalmente distingue gli atti di una certa funzione sia stata adottata per rivestire un atto appartenente per la sua sostanza a una funzione diversa (per es. la legge del bilancio, che ha forma di legge, ma sostanza amministrativa; certe sentenze con contenuto legislativo o amministrativo, ecc.).

Criterio formale.

Come criterio sicuro di distinzione rimane dunque soltanto quello *sostanziale,* intendendo per sostanza o contenuto dell'atto gli effetti giuridici che esso tipicamente produce, indipendentemente dall'organo che lo compie e dalla forma nella quale è compiuto.

Criterio sostanziale.

Ciò premesso, assai facile è, nel sistema della legalità, la distinzione sostanziale tra la funzione giurisdizionale e la funzione *legislativa* (o *normativa*). Il potere legislativo si esplica nel *porre nuove norme giuridiche;* il potere giurisdizionale si esplica nel *far osservare in concreto le norme già poste.* La legge (in senso sostanziale, equivalente a norma giuridica) si distingue dall'atto giurisdizionale per i caratteri di generalità, astrattezza e novità: è una volizione *generale,* in quanto non mira a regolare un caso solo, ma tutta una serie di casi simili in numero indefinito; è una volizione *astratta* in quanto non regola casi già concretamente verificatisi nella realtà, ma considerati in ipotesi come possibili nell'avvenire; è *innovativa,* in quanto crea diritto nuovo, cioè costituisce nuovi rapporti giuridici in serie, dando rilevanza giuridica a classi di fatti che prima non l'avevano. Difronte a questi caratteri della legge si può dire che l'atto giurisdizionale possa essere definito per i caratteri contrapposti: esso ha effetto *speciale, concreto, dichiarativo.* Su quest'ultimo carattere, che si contrappone all'effetto innovativo della legge, occorre insistere: l'atto giurisdizionale non ser-

Distinzione tra f. giurisdizionale e f. legislativa.

ve a creare il diritto per l'avvenire, ma a far osservare il diritto che già si è concretato e individuato nel passato. Questo carattere non innovativo dell'atto giurisdizionale, se è tipicamente visibile nel mero accertamento (col quale il giudice si limita a dichiarare qual è il precetto giuridico, già individuato ed applicabile *ex tunc* ai fatti già avvenuti), si trova sempre alla base di ogni attività giurisdizionale: anche quando il giudice, nelle sentenze di condanna e in quelle cosiddette costitutive (cfr. oltre, § 27) formula *ex nunc* un precetto giuridico diverso da quello primario, bisogna che prima riconosca come già avverate nel passato le circostanze alle quali la legge riconnette il potere di formulare quel diverso precetto, che anch'esso non è che individuazione e specificazione di una norma preesistente. E perfino l'atto di esecuzione forzata, se come fasi intermedie per raggiungere il suo scopo ultimo crea nuovi rapporti giuridici ed estingue quelli preesistenti (si pensi alla espropriazione, che mira ad estinguere il debito attraverso la vendita giudiziale dei beni del debitore) non ha, se ben si guarda, finalità innovativa, perchè mira in conclusione a far osservare per equipollenti il precetto primario preesistente alla esecuzione.

Non altrettanto agevole si presenta la distinzione tra l'atto giurisdizionale e l'atto amministrativo; perchè i caratteri di *specialità* e di *concretezza* che anche questo possiede, se lo rendono più facilmente distinguibile dall'atto legislativo, ne accentuano al contrario le somiglianze coll'attività del giudice.

Distinzione tra f. giurisdizionale e f. amministrativa.

Per arrivare a cogliere i caratteri che differenziano l'atto giurisdizionale dall'atto amministrativo, giova considerare l'attività amministrativa come contrapposta non soltanto all'attività giurisdizionale, ma a quella più vasta attività dello Stato, comprensiva della legislazione e della giurisdizione, che si suol denominare *giuridica*. Mentre colla funzione legislativa integrata dalla giurisdizione lo Stato pone e fa osservare il diritto che regola la condotta *degli altri*, e rimane quindi, come fonte e come garante del diritto, al disopra e al difuori dei rapporti che il diritto regola *per gli altri*, colla funzione amministrativa lo Stato discende e si immerge esso stesso dentro il diritto; e per raggiungere i più svariati scopi di civiltà e di benessere collettivo, partecipa esso stesso in veste di « pubblica amministrazione » alla vita pratica del diritto, diventando soggetto di rapporti giuridici al medesimo livello di tutti coloro per i quali il diritto vale come regola del loro concreto operare.

Per chi parta da questa antitesi fra l'attività giuridica e l'attività sociale, è facile intendere ora la differenza essenziale che passa tra l'atto del giudice e quello dell'amministratore; la differenza concerne principalmente la posizione del giudice e dell'amministratore *difronte al diritto*: mentre il fine del giudice è quello di fare osservare il di-

ritto *agli altri,* e quindi l'osservanza del diritto è lo scopo dell'atto giurisdizionale, l'amministratore considera il diritto come un limite posto *alla sua propria condotta* e l'osservanza del diritto è per lui soltanto un mezzo per conseguire i suoi scopi di carattere sociale. Possono essere richiamati qui, per far meglio intendere la differenza, i caratteri che prima si sono indicati come propri ed essenziali della giurisdizione (§ 21): mentre la attività giurisdizionale ha il carattere di una *extrema ratio* tenuta in riserva dallo Stato per metterla in opera solo quando il diritto è trasgredito o minacciato (sicchè la giurisdizione ha potuto esser definita dal CHIOVENDA come un'attività in questo senso « secondaria »: cfr. § 21), l'amministrazione è in ogni caso un'attività « primaria », nello stesso senso in cui è primaria l'attività del privato che negozia, nei limiti stabiliti dalla legge, per la sodisfazione dei propri interessi.

Questo carattere differenziale può rivelarsi esauriente anche in quei casi in cui può parere più difficile la distinzione, come avviene, ad esempio, per la esecuzione forzata, che un tempo si considerava attività non giurisdizionale ma amministrativa (esecutiva). In realtà, tra gli atti di esecuzione compiuti dalla pubblica amministrazione per fini sociali, e la esecuzione forzata giurisdizionale vi è sempre questa differenza: che l'esecuzione amministrativa significa osservanza di un precetto primario che si indirizza all'organo amministrativo, ed esige da esso (o consente ad esso) un certo comportamento pratico, mentre l'esecuzione giurisdizionale presuppone in ogni caso la mancata osservanza di un precetto primario *indirizzato ad un obbligato,* in seguito alla quale l'autorità giudiziaria interviene per eliminare con mezzi equipollenti le conseguenze dell'inosservanza altrui.

Non si deve tuttavia tacere che se può essere agevole distinguere la giurisdizione dalle altre due funzioni della sovranità, quando il teorico la consideri, per così dire, *allo stato puro,* cioè isolata da ogni contatto e da ogni contaminazione colle attività limitrofe, in realtà nella pratica dell'ordinamento positivo le delimitazioni non sono mai così nette da escludere qualsiasi incertezza e qualsiasi confusione sulle zone di confine: nonostante le classificazioni della dogmatica, che devono esser necessariamente disegnate con nettezza di contorni, il passaggio da una funzione all'altra avviene per gradi, in modo che al limite tra esse si trovano spesso certe mal definibili attività intermedie, che mostrano combinati e fusi caratteri appartenenti a due funzioni diverse.

Così avviene ai margini della funzione giurisdizionale: la quale, tanto sulla frontiera che guarda la funzione legislativa quanto su quella che prospetta la funzione amministrativa, lascia in più punti aperti i varchi e incerti i territori.

Questo avviene, al confine colla funzione amministrativa, per l'attività di *polizia,* e per la cosiddetta *giurisdizione volontaria.* In quanto alla prima, già si è detto (§ 14) ch'essa per ragioni organiche e per ragioni funzionali, rientra nella funzione amministrativa; ma non si può negare che notevoli punti di somiglianza si possono trovare talvolta tra la polizia che cura in via preventiva « l'osservanza delle leggi e dei regolamenti » e la giurisdizione di mero accertamento, che coll'individuare in via preventiva il comando incerto, mira ad evitarne la possibile trasgressione: cosicchè la distinzione tra queste due attività si riduce spesso a una diversità di organi e sopratutto a una diversità di forme (nella polizia manca il giudizio e l'*accertamento,* che è proprio della giurisdizione) (1). Anche la *giurisdizione volontaria,* quantunque organicamente affidata all'autorità giudiziaria, è considerata come appartenente funzionalmente alla amministrazione; ma tuttavia la differenza che passa tra i provvedimenti di volontaria giurisdizione e le pronuncie giurisdizionali a scopo costitutivo di cui già si è parlato, è spesso così sottile, che non sempre è facile, come ora si dirà, la distinzione (cfr. §§ 23-24). *Casi intermedi.*

Analoghe commistioni avvengono sulla linea di contatto tra la funzione giurisdizionale e la funzione legislativa: dove la zona intermedia è costituita dalle pronuncie dispositive ed in ispecie da quelle della Magistratura del lavoro (cfr. §§ 25-26).

§ 23. — La giurisdizione volontaria.

Sulla zona di confine tra la funzione giurisdizionale e quella amministrativa sta la cosiddetta *giurisdizione volontaria;* la quale, pur essendo, come ora si dirà, funzione sostanzialmente amministrativa, è soggettivamente esercitata da organi giudiziari, e perciò è tradizionalmente designata col nome equivoco di *giurisdizione,* sia pure accompagnato coll'attributo di *volontaria,* che ha lo scopo di distinguerla dalla vera e propria giurisdizione di cui finora si è parlato, a sua volta designata, in tale contrapposizione, come giurisdizione *contenziosa.*

Questa cosiddetta giurisdizione volontaria (la quale forse desume questo suo nome tradizionale, dalla funzione, un tempo attribuita ai giudici, di documentare, come fanno oggi i notari, gli accordi tra contraenti, *inter volentes*) costituisce uno dei casi più tipici di quel fenomeno, già sopra ricordato, per il quale organi costituiti per esercitare

(1) Questa strettissima affinità che passa in certi casi tra la giurisdizione e la polizia, si vede sopratutto in materia penale: dove le misure di polizia, applicate non dall'autorità giudiziaria ma dall'autorità di pubblica sicurezza, si risolvono in una *poena sine iudicio* (cfr. art. 164-189 del t. u. sulle leggi di P. S. 18 giugno 1931, n. 773).

una delle tre funzioni della sovranità, esercitano per eccezione mansioni che sostanzialmente apparterrebbero a una delle altre due funzioni rimanenti: qui, nel caso della giurisdizione volontaria, gli atti compiuti dagli organi giudiziari, che per ragioni soggettive dovrebbero qualificarsi giurisdizionali, sono amministrativi per il loro fine e per i loro effetti. In sostanza dunque la contrapposizione tra giurisdizione *volontaria* e giurisdizione *contenziosa* ha questo significato: che la sola giurisdizione cosiddetta contenziosa è giurisdizione, mentre la giurisdizione cosiddetta volontaria non è giurisdizione, ma è *amministrazione esercitata da organi giudiziari.*

La g. v. come amministrazione pubblica del dir. privato.

Per il suo contenuto la giurisdizione volontaria rientra in quel più vasto ramo della funzione amministrativa che si suol chiamare *amministrazione pubblica del diritto privato* (1), e che comprende tutte quelle attività con cui, in forme molteplici e attraverso organi svariati, lo Stato interviene a integrare la attività dei privati diretta alla sodisfazione dei loro interessi mediante lo svolgimento dei rapporti giuridici. E' noto che per il sodisfacimento dei loro interessi lo Stato riconosce ai privati un certo campo di autonomia, entro il quale può svolgersi il loro potere negoziale, cioè il potere di creare, modificare o estinguere rapporti giuridici mediante dichiarazioni di volontà; ma mentre in alcuni casi basta la volontà degli interessati, manifestata in certe forme, a produrre gli effetti desiderati, in altri l'effetto non può prodursi se la volontà delle parti non venga integrata dall'intervento di un organo dello Stato, il quale, o limitandosi a una semplice verificazione di legalità o anche, talvolta, spingendosi a esaminare la opportunità dell'atto con criteri discrezionali, agisca come collaboratore dei privati per la produzione dell'effetto giuridico da loro desiderato e quindi per il sodisfacimento di quegli scopi che i privati, attraverso il negozio, si propongono. Questa amministrazione pubblica del diritto privato può essere esercitata da autorità appartenenti, anche organicamente, all'ordinamento amministrativo (si pensi all'intervento dell'ufficiale di stato civile, necessario per la conclusione del matrimonio, art. 106 C. c.; o a quello del conservatore dei registri immobiliari, necessario per la pubblicità difronte ai terzi: art. 2827 e segg. C. c.); ma in certi casi essa, senza per questo cambiar natura, è affidata, per ragioni di convenienza pratica o di tradizione storica, ad organi giudiziari: e allora prende il nome di giurisdizione volontaria. Questa si può quindi definire la *amministrazione pubblica del diritto privato esercitata da organi giudiziari.*

---

(1) Cfr. ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato* (Milano 1918); ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, Intr., nn. 42-47. Il CARNELUTTI, *Istituzioni*, nn. 18-24, innovando nella terminologia, parla qui di « processo volontario »

Quanto questa attività, sebbene esercitata da organi giudiziari, differisca dalla vera e propria giurisdizione, basterà a dimostrarlo, in luogo di una completa enumerazione di tutti i casi che in essa si possono far rientrare (1), una breve esemplificazione di alcuni casi didatticamente tipici. Il padre, che rappresenta il minore non può validamente compiere in nome del figlio gli atti eccedenti la semplice amministrazione, per es. l'alienazione di un immobile appartenente al figlio, se non « dopo autorizzazione del giudice tutelare » (art. 320, secondo comma C. c.): qui, dunque, affinchè possa compiersi nell'interesse del minore un negozio di diritto privato, occorre che la volontà del padre sia integrata dalla volontà di un organo giudiziario. Altro esempio: a costituire regolarmente una società per azioni, in modo che essa acquisti la personalità giuridica, non basta la sola volontà dei soci, ma occorre l'iscrizione nel « registro delle imprese », tenuto da un apposito ufficio sotto la vigilanza di un giudice (art. 2188, 2189, 2200, 2330, 2331).

Esempi di giurisdizione volontaria.

E' evidente che in questi casi ed in altri moltissimi che si potrebbero citare, lo scopo al quale mira questa collaborazione data dallo Stato all'attività negoziale di un solo interessato o di più interessati concordi (in forme svariate, che corrispondono a tipi di atti amministrativi conosciuti dalla dottrina: autorizzazioni, approvazioni, atti celebrativi ecc.) non è quello di garantire l'osservanza del diritto in quel senso che sopra si è veduto, ma è il miglior sodisfacimento, nei limiti del diritto, di quei privati interessi ai quali si riferisce il rapporto o situazione giuridica, che l'intervento dell'autorià giudiziaria serve a costituire o a modificare. *La giurisdizione volontaria rientra quindi nell'attività sociale, non nell'attività giuridica dello Stato*: anche per essa, come per l'attività amministrativa, il diritto non è scopo, ma mezzo, che serve al sodisfacimento di altri scopi, cioè alla costituzione di nuovi rapporti corrispondenti a interessi sociali degni di speciale assistenza.

La giurisdizione volontaria, quantunque organicamente esercitata da giudici, si distingue praticamente dalla vera giurisdizione anche per la diversità dei procedimenti con cui essa si esercita (il C.p.c. parla di « procedimenti in camera di consiglio », art. 737 e segg.; ma la stessa espressione di « giurisdizione volontaria » non gli è ignota: cfr. art. 801); di ciò parleremo a suo tempo.

ART. 737

ART. 801

E' opportuno però avvertire che il confine tra la giurisdizione volontaria e la giurisdizione vera e propria, se è nettamente distinguibile quando si prende come termine di confronto un caso di garanzia

(1) CHIOVENDA, *Ist.*, II, n. 142; REDENTI, *Profili*, p. I^a, §§ 24-27; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 43 e segg. Cfr. anche PAVANINI, *Natura dei giudizi divisori* (Padova, 1942), pag. 110 e segg.

giurisdizionale *a posteriori* che presuppone la trasgressione già avvenuta del diritto, diventa, anche da un punto di vista sostanziale, estremamente sottile in quei casi in cui l'atto giurisdizionale ha scopo costitutivo di nuove situazioni giuridiche: e specialmente in quei casi, già visti, in cui l'effetto costitutivo prodotto dall'atto giurisdizionale non potrebbe essere ottenuto, anche se le parti fossero d'accordo nel volerlo, senza la pronuncia del giudice (si pensi, per esempio, all'annullamento del matrimonio: art. 117 e segg. C. c.). Qui la distanza tra l'atto di volontaria giurisdizione e l'atto propriamente giurisdizionale è minima: da una parte infatti l'atto di volontaria giurisdizione si può profilare come un caso di controllo preventivo di legalità (1), molto simile alle figure già viste di garanzia giurisdizionale *a priori;* dall'altra, anche nell'atto giurisdizionale costitutivo si può riscontrare quella *necessaria* collaborazione dello Stato alla costituzione di effetti giuridici voluti dalle parti concordi che, come si è visto, è caratteristica della giurisdizione volontaria: e l'unica differenza che distingue questo tipo di atti giurisdizionali costitutivi dagli atti di giurisdizione volontaria è che gli effetti costitutivi dell'atto giurisdizionale sono la conseguenza e il compimento di un *previo accertamento,* col quale il giudice ha riconosciuto la mancanza delle circostanze di fatto che sono necessarie affinchè rimanga in vigore una certa norma primaria (per es., nel caso di annullamento di matrimonio, di quella norma che stabilisce quali requisiti deve avere il matrimonio per esser valido; o, nel caso di interdizione, delle norme relative alla capacità d'agire), cosicchè l'effetto costitutivo prodotto dall'atto giurisdizionale si presenta anche qui, a differenza di quello che avviene per la giurisdizione volontaria, come garanzia dell'osservanza del diritto.

Differenza tra atti di g. v. e sentenze costitutive.

Ma è sicuro in ogni modo che su questo punto esiste nella realtà (la quale è sempre più elastica e meno assoluta degli schemi costruiti per comodità didattica) un ponte di passaggio per il quale la giurisdizione vera e propria comunica colla giurisdizione volontaria: tanto che negli ultimi tempi si è manifestata una tendenza (energicamente limitata dal legislatore italiano) a servirsi di questa falla per trasferir nel campo della giurisdizione volontaria numerosi casi prima riservati alla vera giurisdizione, ed alcuno è giunto perfino ad auspicare che, negata ormai ogni rilevanza giuridica agli interessi individuali, la giustizia civile sia integralmente assorbita nella giurisdizione volontaria, da affidarsi al potere discrezionale di organi che solo di nome dovrebbero continuare a chiamarsi giudici, ma che sarebbero in realtà autorità di polizia (2).

---

(1) Di un « controllo preventivo, quasi di polizia giuridica », parla, a proposito della giurisdizione volontaria, il REDENTI, *Profili,* pag. 145.

(2) Cfr. il mio scritto *Abolizione del processo civile?* in « Riv. dir. proc. civ. », I, 1939, pag. 336 [e in queste *Opere,* vol. I, pag. 386].

§ 24. — La conciliazione.

Un caso di giurisdizione volontaria, particolarmente interessante perchè più strettamente coordinata coll'esercizio della vera giurisdizione, si ha nella funzione di *conciliazione* (attribuita a certi organi giudiziari, ed in special modo a quello di essi che, proprio da questa funzione, prende il nome di *giudice conciliatore,* art. 20 e segg. Ord. giud.); la quale consiste nell'interporsi in veste di paciere tra le parti e nell'adoperarsi per comporre le controversie tra esse, già insorte o che siano per insorgere. Questa funzione, a differenza della giurisdizione, presuppone sempre la esistenza, almeno potenziale, di un conflitto di interessi individuali (« lite » in senso carneluttiano); e richiede altresì che tale controversia verta su un oggetto intorno al quale le parti abbiano potere di disporre negozialmente (« se la natura della causa lo consente »: art. 185 C. p. c.). In casi siffatti i singoli interessati potrebbero sempre, senza bisogno dell'opera mediatrice del conciliatore, comporre da sè la loro controversia in via negoziale, o mediante *rinunzia* di una parte alla sua pretesa, o mediante quel contratto, chiamato *transazione* « col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro » (art. 1965 C. c.): la interposizione del conciliatore non altera la natura consensuale della composizione che le parti volontariamente concludono, ma la facilita e la stimola. Lo Stato, ritenendo che prevenire e diminuire le liti possa essere un vantaggio pubblico, ha creduto opportuno favorire la conclusione di siffatte composizioni, affidando ad organi pubblici l'ufficio di interporsi tra i litiganti per indurli a mettersi d'accordo, e assumere così una posizione molto simile a quella del mediatore, che fa da tramite tra le parti per tentare di riavvicinare le loro volontà fino a farle coincidere nel contratto.

ART. 20 ORD. GIUD.

ART. 185

La conciliazione come un caso di g. volontaria.

Questa funzione di conciliazione pubblica delle controversie tra privati, che è tipicamente un caso di amministrazione pubblica del diritto privato, potrebbe essere affidata a organi non giudiziari, e avrebbe allora natura amministrativa non solo sostanzialmente ma anche organicamente (come avviene per le controversie del lavoro, per le quali il tentativo di conciliazione, prima che dal giudice, deve esser fatto dalle competenti associazioni sindacali di categoria: art. 430 C. p. c.; cfr. Carta del lavoro, X). Quando invece è affidata a organi giudiziari, allora la conciliazione rientra nella giurisdizione volontaria.

ART. 430

Vedremo più avanti in qual modo la funzione conciliativa sia distribuita tra gli organi giudiziari: qui ci limitiamo ad osservare che il nuovo Codice, mentre ha conservato la figura del conciliatore, come organo appositamente predisposto (indipendentemente dalle funzioni giurisdizionali e dalla pendenza di un processo già iniziato) a comporre

le controversie civili senza limiti di valore (l. 25 giugno 1940, n. 763, art. 3) ha reso obbligatorio in tutti i giudizi civili (anche in quelli che si svolgono dinanzi ai pretori e dinanzi ai tribunali) il tentativo di conciliazione (art. 185), col quale il giudice, nel corso di un processo in cui svolge funzione giurisdizionale, assume incidentalmente la funzione non giurisdizionale di paciere, per continuare poi, se la conciliazione non riesce, il suo ufficio di giudice.

La conciliazione e la lotta per il diritto.

Il favore con cui le più recenti leggi sulle controversie del lavoro, ed oggi il nuovo Codice di procedura civile, guardano alla funzione conciliativa, e ne moltiplicano, fuori e dentro il processo, gli interventi, non dev'essere interpretato come indizio di scarsa fiducia verso la giustizia, nè come svalutazione della lotta per il diritto, la cui utilità sociale dev'esser particolarmente sentita in un ordinamento basato sul principio della legalità (1). Se la conciliazione dovesse servire ad attutire il senso giuridico dei cittadini abituandoli a preferire alle sentenze giuste le soluzioni meno faticose di accomodante rinuncia, essa sarebbe in antitesi coi fini della giustizia, e non potrebbe trovar posto nel nuovo processo civile, che mira a rafforzare l'autorità del giudice nello Stato. In altri paesi la simpatia colla quale si guarda alla conciliazione (altra manifestazione della tendenza, già notata, che vorrebbe trasformare tutto il processo civile in giurisdizione volontaria) è fondata su un senso di crescente scetticismo contro la legalità e contro la giustizia giuridica, tanto che si è creata perfino una parola ironica per indicare la illusione di coloro che credono di poter risolvere tutte le controversie con una decisione secondo il diritto (*Decisionismus*); così può avvenire che il favore con cui si guarda alla funzione conciliativa vada di pari passo col discredito della legalità, e sia indice di un ritorno alla concezione della giustizia come mera pacificazione sociale (2).

---

(1) Cfr. la fondamentale e sempre attuale opera di R. Ihering, *La lotta per il diritto*, trad. it. di R. Mariano (ed. Laterza).

(2) La tendenza ad esaltare le transazioni come mezzo per definire le liti più comodo e più economico delle sentenze, è antica: e se ne ha traccia anche nel proverbio popolare (illustrato da una famosa stampa del Settecento) secondo il quale « val più una magra transazione che una grassa sentenza »; ma questa tendenza, se è da una parte ispirata da un sentimento di cristiana umanità, è assai spesso indice di sfiducia nel diritto e nella giustizia. Piacevole espressione di questa tradizionale sfiducia è la novelletta raccontata da Lorenzo Magalotti: « È famoso in Italia un racconto, che forse è un mero trovato per formare una spezie di satira contro gli aggiramenti e le concussioni del foro civile. Dice che fu una volta un gran giureconsulto, il quale udito dire gran cose di un altro del suo mestiere che viveva in un'altra città, si messe in viaggio per andarlo a vedere, e riconoscere se la presenza gli crescesse o gli diminuisse la fama. Subito smontato da cavallo, con gli stivali in piedi, se ne va in casa sua: " Io, signore, son venuto

Ma nell'ordinamento italiano la conciliazione vuol essere invece un utile complemento della legalità, in quanto l'opera dell'autorevole intermediario deve servire a eliminare tra le parti quei malintesi e quei ripicchi che sono assai spesso l'unica causa del litigio, e a stimolar tra le parti il senso della solidarietà umana, per indurle a trovare da sè la giusta soluzione del conflitto prima di ricorrere all'opera del giudice, che deve essere riservata ai soli casi in cui vi sia veramente tra le parti un dissidio non risolvibile colla reciproca comprensione e buona volontà. Affiora anche qui il concetto fondamentale del sistema della legalità, secondo il quale lo Stato considera come normale e desiderabile che gli stessi cittadini sappiano intendere da sè il diritto che regola le loro relazioni: la funzione conciliativa dunque deve aiutare i privati non a fare a meno del diritto, ma a trovare da sè il proprio diritto.

§ 25. — Potere creativo del giudice.

Abbiamo esaminato finora, nella giurisdizione volontaria e nella conciliazione, esempi caratteristici di attività pubbliche che stanno a mezza strada tra la giurisdizione e la amministrazione; esaminiamo ora esempi altrettanto tipici di un fenomeno analogo che si presenta sulla zona di confine tra la giurisdizione e l'attività legislativa.

La dottrina, nel classificare secondo i loro effetti le varie categorie di sentenze, considera come una « categoria speciale di sentenze costitutive » (1) le cosiddette sentenze *dispositive;* raggruppamento formato in connessione con quella distinzione tra giurisdizione di equità e giurisdizione di diritto da cui siamo partiti per la definizione dell'atto giurisdizionale.

Si chiamano dispositive le decisioni che il giudice prende non in applicazione di una norma giuridica già formulata in precedenza dal legislatore, ma nell'esercizio di un potere di equità, che significa poi, in sostanza, potere di creare il diritto per il caso singolo: i provvedi-

---

qua per cimentare una pretenzione che ho contro di lei, e la pretenzione è questa: che tutti questi mobili che V. S. ha in casa sono miei ". A cui quell'altro subito (tuttochè ei si ricordasse benissimo d'avergli fatti coi propri danari): " Oh di grazia signore, veda se anzi che litigare non potesse tornar meglio il venire a qualche composizione; io per la mia parte vi darò mano di buonissimo cuore ". — " Non più, rispose il forestiere, adesso finisco di credere V. S. per quel grandissimo uomo che il mondo l'acclama " ».

(1) Chiovenda, *Istituzioni,* I, pag. 189.

menti dispositivi si potrebbero dunque chiamare anche provvedimenti *di equità,* in contrapposto ai provvedimenti *di diritto* (*secundum ius*), che sarebbero tutti gli altri in cui il giudice non fa altro che applicare al caso concreto una norma giuridica preesistente. E' facile intendere come questi provvedimenti di equità, se in un senso generico si possono considerare come costitutivi (in quanto essi appaiono come produttivi di una situazione giuridica che prima non c'era, *perchè mancava il diritto per regolarla*), in realtà differiscono profondamente per i loro effetti dai provvedimenti costitutivi in senso proprio che sopra abbiamo considerato: infatti mentre in questi il mutamento giuridico operato dal giudice non è che l'applicazione di una norma preesistente (la quale stabilisce in quali casi e in quali modi il giudice è tenuto a costituire quel mutamento), nei provvedimenti dispositivi il giudice, in mancanza di una norma preesistente, è chiamato a creare discrezionalmente, secondo il suo senso di equità, il diritto oggettivo che meglio sembra adeguato a regolare il caso concreto: sicchè, meglio che di pronuncie costitutive, si potrebbe in questi casi parlare di pronuncie *creative* del diritto. Se si vuol schematizzare la attività decisoria del giudice nel tradizionale sillogismo, si potrà dire che nelle decisioni costitutive il mutamento giuridico deriva dalla conclusione, alla quale la norma preesistente serve da premessa maggiore; mentre nelle decisioni dispositive il mutamento deriva dalla creazione della stessa premessa.

Pronuncie di diritto e pronuncie di equità.

I casi nei quali al giudice è attribuito un siffatto potere sono tassativamente determinati dal legislatore, perchè costituiscono una eccezione al principio di legalità; ma l'estensione entro la quale è ammessa tale eccezionale sostituzione dell'equità alla legge varia secondo i casi.

Carattere eccezionale delle pronuncie di equità.

Intanto non si deve confondere il fenomeno eccezionale del giudizio di equità con quel potere, che ha normalmente il giudice di diritto, di interpretare la legge per applicarla al caso concreto. L'individuazione del comando, che il giudice compie mettendo a raffronto coi fatti reali la fattispecie ipotizzata dalla norma, richiede sempre, come si sa, un certo svolgimento e una certa prosecuzione delle direttive contenute nella legge, fino a risalire in certi casi a quelle direttive supreme che sono « i principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato » (art. 12 Disp. gen.); ma con questo il giudice, lungi dal creare il diritto, non fa che mettere in evidenza quel diritto che esisteva già potenziale nella norma formulata dal legislatore. Viceversa vi sono altri casi in cui è lo stesso legislatore che, in misura più o meno ampia, deliberatamente omette di regolare in anticipo certe categorie di rapporti o certi aspetti di essi, e consapevolmente lascia

certi vuoti nel suo sistema affidando al giudice di riempirli caso per caso.

In questi ultimi casi la stessa legge deferisce al giudice l'ufficio di compiere caso per caso quelle valutazioni politiche che normalmente sono compiute per classi dal legislatore. La forma più tenue di questo fenomeno è quella che si presenta quando il potere di equità deferito al giudice non esclude ch'egli debba ugualmente decidere secondo la norma giuridica preesistente, ma soltanto gli consente, nell'applicarla, di integrarla o temperarla secondo le circostanze del caso: come quando la norma giuridica è formulata in termini volutamente vaghi e generici, che il giudice dovrà volta per volta precisare in conformità delle concezioni meglio corrispondenti in quel momento alla coscienza sociale (si pensi, per es., alle norme in cui la misura della diligenza è stabilita con riferimento al concetto, variabile coll'evolversi della civiltà, del « buon padre di famiglia »: art. 1176 C. c.; o al concetto, alquanto elastico, di « correttezza », art. 1175 C. c.), o come quando la stessa norma giuridica che sarebbe applicabile al caso lascia al giudice la facoltà di sospenderne o mitigarne gli effetti in vista delle speciali esigenze del caso singolo (es. art. 1455 C. c. che lascia al giudice la facoltà di valutare, caso per caso, se l'inadempimento abbia « scarsa importanza ») (1). In altri casi invece la portata dell'equità è molto più ampia: in quanto il regolamento giuridico, anzichè dettato in anticipo dalla legge, è interamente affidato al giudice, al quale spetta compiere caso per caso quella specie di decantazione del diritto dalla politica, che normalmente è compiuta per classi dal legislatore. Qui il giudice è chiamato a decidere direttamente su rapporti sociali, non ancora giuridicamente qualificati: e spetta a lui, ove le parti non si accordino col contratto, trovare in base al suo sentimento di equità la qualificazione ad essi meglio appropriata, e trasformarli così in rapporti giuridici (cfr. per es., art. 912, 1349 C.c.) (2). Qui si può dire veramente che al sistema della formulazione legislativa del diritto è sostituito, nei limiti voluti dal legislatore, il sistema della formulazione giudiziaria: e il provvedimento del giudice sta a mezza strada tra la giurisdizione e la legislazione, perchè, pur non avendo quei caratteri di generalità e di astrattezza che son propri della legge, ha però, sia pur nei ristretti limiti del caso singolo, quella efficacia *innovativa* o

Vari gradi dei poteri equitativi del giudice.

---

(1) Per fenomeni simili nel processo penale, cfr. ANTOLISEI, *Il giudice penale e la legge*, in « Riv. it. dir. penale », 1940, pag. 465 e segg.

(2) Cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 35 e segg.

creativa del diritto, che è tipica della legge e non dell'atto giurisdizionale (1).

Questa elevazione dell'equità (e, in questi casi, si potrebbe dire della politica) a fonte immediata di diritto è caratteristica, come già si accennò, dei periodi di crisi della legalità, quando le leggi codificate non appaiono più adeguate alle mutate esigenze sociali, e il diritto nuovo non è ancora maturo per una nuova codificazione. Tale fu appunto la ragione per la quale anche in Italia, in quel periodo di crisi sociale che immediatamente seguì la grande guerra, furono istituiti numerosi organi giudiziari speciali, incaricati di decidere secondo equità quelle categorie di rapporti economici nei quali la inadeguatezza del vecchio diritto più si faceva sentire (2).

Le cosiddette « giurisdizioni di equità ».

Ma oggi, appena compiuta la nuova codificazione che vuol essere la affermazione di una nuova legalità adeguata alle esigenze storiche dei nuovi tempi (3), di queste « giurisdizioni di equità », intese come transitorie falle aperte nell'ordinamento giuridico per permettere alle nuove correnti politiche di affiorare e di trasformarsi in diritto, non vi dovrebbe essere più bisogno: e v'è infatti una generale tendenza a diminuire il numero delle giurisdizioni speciali e a rafforzare in ogni campo il sistema della legalità.

Con questa tendenza non sono in contrasto le disposizioni del nuovo C. p. c., il quale, dopo aver affermato la regola che « nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto » fa salva l'eccezione « che la legge gli attribuisca il potere di decidere *secondo equità* » (art. 113); e stabilisce poi che (indipendentemente dagli speciali casi previsti da altre leggi) « il conciliatore decide *secondo equità* le cause il cui valore non eccede le lire seicento » (art. 113 cpv.) e che « il giudice di merito decide *secondo equità* le cause relative a diritti disponibili, se le parti concordi gliene fanno richiesta » (art. 114).

ART. 113-114.

Qui l'attribuzione di poteri equitativi al giudice non significa rinuncia del legislatore al suo ufficio di regolare in anticipo certe categorie di rapporti e quindi abolizione della legalità per sostituirvi la giustizia del caso singolo. Il potere di equità, conferito ai giudici ordinari dagli art. 113 e 114, si riferisce a rapporti che trovano già nella codificazione la loro piena e perfetta disciplina giuridica; sicchè, quando il giudice è chiamato a decidere su uno di questi rapporti, non ha

---

(1) Diverso è il funzionamento dell'equità nel caso dell'art. 1226 C. c., che dà al giudice, quando il danno non può esser provato nel suo preciso ammontare, il potere di liquidarlo « con valutazione equitativa »: di questa funzione dell'equità come supplemento della certezza, si parlerà a proposito delle prove.

(2) Su questo fenomeno delle cosiddette « giurisdizioni di equità », cfr. CALAMANDREI, in *Studi*, II, pag. 1 e segg. [e in queste *Opere*, vol. III, pag. 3].

(3) Cfr. discorso del guardasigilli GRANDI, 31 gennaio 1940.

bisogno di creare per esso la norma giuridica, che esiste già nella legge. Qui dunque l'equità è considerata, piuttosto che come potere di creare il diritto, come potere di adattare il diritto *già esistente* alle speciali esigenze del caso singolo, nello spirito della codificazione vigente. La opportunità di tale adattamento equitativo è stata ravvisata, per le cause a cui si riferisce il capoverso dell'art. 113, nella loro esiguità economica, la quale può in certi casi consigliare una attenuazione delle conseguenze, troppo gravose in proporzione dell'importo della contesa, che potrebbero derivare dalla rigida applicazione dello *strictum ius* (1); e per le cause a cui si riferisce l'art. 114, nel potere di disposizione delle parti, le quali, come avrebbero potuto mettersi d'accordo per regolare contrattualmente il loro rapporto in modo diverso da quello stabilito dalla legge, così possono d'accordo richiedere al giudice, che deve decidere la loro causa, di tenere in speciale considerazione quelle circostanze del caso che possono far apparire opportuno di temperare le troppo severe conseguenze della legge, formulata in astratto senza tener conto delle speciali esigenze di ogni concreto rapporto (2).

Potere del giudice di temperare il diritto vigente.

Così il nuovo Codice permette alle parti di affidare al giudice ordinario quei poteri di decisione equitativa che secondo il vecchio Codice (art. 20: cfr. art. 822 del nuovo C. p. c.) potevano esser deferiti soltanto agli arbitri detti *amichevoli compositori.* La decisione che

ART. 822

---

(1) Opportunamente, nella rel. GRANDI, n. 8, i poteri equitativi che sono attribuiti al giudice dagli art. 113 e 114 sono ravvicinati alla conciliazione: « la facoltà delle parti di disporre dei loro diritti, quando questi non involgano interessi di ordine pubblico, costituisce il fondamento anche dell'art. 114 sopra ricordato. Nella pratica sono frequentissimi i casi in cui i rapporti da decidere appaiono talmente complicati e minuti (si pensi specialmente ai litigi su contabilità non regolarmente tenute, o ai calcoli spesso difficilissimi ai quali danno luogo certe liquidazioni di danni) che il ricercare in base a dati di fatto così frammentari e così discutibili una soluzione *secundum ius* richiederebbe una lunga e non sempre fruttuosa attività istruttoria, più costosa forse dello stesso valore della contesa. In questi casi le stesse parti reclamano una soluzione *de bono et aequo*: ed era soprattutto per la decisione di questi casi che, sotto l'impero del vecchio Codice i litiganti ricorrevano così di frequente (scarso essendo il campo di azione dell'arbitro conciliatore di cui all'art. 402 del vecchio Codice) agli arbitrati di equità per amichevoli compositori. Ho considerato dunque che se si deve mantenere alle parti, quando controvertono su diritti disponibili, la facoltà di richiedere una soluzione equitativa da arbitri privati di loro scelta, *a fortiori* si deve riconoscere ad esse il potere di rivolgersi con altrettanta fiducia al giudice dello Stato, e di rimettersi al suo saggio sentimento di equità, educato dall'esercizio del suo ministero. Tutto questo non significa davvero abdicazione dello Stato al suo fondamentale ufficio di *dicere ius* a chi gliene fa richiesta: significa solo eliminazione della sterile litigiosità, e adeguazione del processo alle reali esigenze di ogni concreta controversia ».

(2) Cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 37-39; LUGO, *La funzione del giudice e l'equità,* in « Stato e diritto », 1941, 226.

il giudice pronuncia nell'esercizio di questi poteri è senza dubbio un provvedimento giurisdizionale, tipicamente dispositivo; ma la funzione del giudice ha qui molti punti di contatto anche colla funzione del conciliatore, sia perchè presuppone l'accordo delle parti nel richiedere la decisione di equità, sia perchè deve inspirarsi a quei sentimenti di comprensione umana e di solidarietà sociale su cui si affida la conciliazione.

§ 26. — Il potere normativo della Magistratura del lavoro.

Tra i provvedimenti *di equità* meritano di essere menzionate a parte, come quelle che sulla zona di confine rappresentano un più deciso passo verso la funzione legislativa, le decisioni della Magistratura del lavoro sulle controversie collettive concernenti la richiesta di nuove condizioni di lavoro: in questi casi, secondo l'art. 16 della legge fondamentale 3 aprile 1926, n. 563, la Magistratura del lavoro giudica « nella formulazione delle nuove condizioni di lavoro, *secondo equità,* contemperando gli interessi dei datori di lavoro con quelli dei lavoratori, e tutelando, in ogni caso, gli interessi superiori della produzione » (cfr. anche Carta del lavoro, V).

Non rientra nei limiti di questo corso approfondire qual è la posizione della Magistratura del lavoro nell'ordinamento corporativo, di cui essa costituisce uno degli organi più importanti ed originali. Qui ci limitiamo ad avvertire che queste decisioni di equità, quantunque pronunciate in forma di sentenza, cioè nella forma tipica dei provvedimenti giurisdizionali di cognizione, sono nel loro contenuto la espressione di poteri normativi in tutto simili a quelli che ordinariamente esercitano gli organi legislativi.

Risoluzione di controversie collettive.

Secondo la legge sopra citata i contratti collettivi di lavoro, stipulati fra associazioni sindacali, hanno efficacia *normativa* per tutti i singoli datori di lavoro e lavoratori della categoria a cui il contratto collettivo si riferisce (art. 10 della Legge citata): si tratta così di atti complessi, che guardati dal punto di vista delle associazioni stipulanti hanno natura di contratti, mentre, guardati dal punto di vista dei singoli appartenenti alle categorie rappresentate dalle associazioni, appaiono come fonte di norme giuridiche, formulate con quella portata generale ed astratta, che è propria delle leggi. Ma quando le associazioni rappresentanti delle categorie in conflitto non riescono a trovarsi d'accordo per addivenire, in questa forma contrattuale, alla posizione delle norme destinate a stabilire le nuove condizioni di lavoro che i singoli associati dovranno osservare nell'avvenire, allora la Magistratura del lavoro, per risolvere questa controversia tra associazioni che si denomina « collettiva », provvede essa a formulare secondo

equità quelle norme che avrebbero dovuto esser fissate col contratto collettivo, e questa sentenza « che pronunzia in materia di rapporti collettivi del lavoro, stabilendo nuove condizioni del lavoro, produce tutti gli effetti del contratto collettivo », ossia, come il contratto collettivo, crea norme giuridiche in forma generale ed astratta, che dovranno essere osservate nell'avvenire dai singoli che vorranno stipulare un contratto individuale di lavoro.

Si scorgono subito le somiglianze colle pronuncie di equità esaminate precedentemente: anche qui infatti, la Magistratura del lavoro si trova difronte a un conflitto di interessi meramente economico, che avrebbe potuto esser regolato dalle parti mediante il contratto, e che, in mancanza di regolamento contrattuale, dev'essere regolato dal giudice in base a criteri di equità. Ma qui il carattere sostanzialmente legislativo di queste decisioni della Magistratura del lavoro è assai più evidente e assorbente: infatti, mentre nelle pronuncie dispositive di cui si è parlato precedentemente, il giudice di equità si limita a creare il diritto per il caso singolo, in forma individuata e concreta, qui la Magistratura del lavoro formula il diritto per classi in quella forma generale ed astratta che è tipica dei comandi legislativi. Un elemento giurisdizionale c'è anche qui: la Magistratura del lavoro non può procedere a questa formulazione di nuove norme giuridiche se prima non abbia accertato la sussistenza di una « controversia collettiva » nel senso voluto dalla legge, in modo che anche qui l'intervento del giudice rappresenta il succedaneo della mancata conclusione del contratto; ma, superata questa fase dell'accertamento, la funzione della Magistratura del lavoro, quale si manifesta non soltanto nelle premesse, ma nella conclusione della sua decisione, ha in questo caso natura schiettamente legislativa (1).

§ 27. — Classificazione riepilogativa dei provvedimenti giurisdizionali secondo il loro contenuto.

E' possibile ora, dopo aver visto i vari aspetti della giurisdizione e i caratteri per i quali essa si distingue dalle altre funzioni della so-

---

(1) Cfr. rel. Grandi, n. 10: « Nella decisione delle controversie collettive il giudice non compie la sua normale funzione dichiarativa del diritto rispetto a rapporti giuridici già esistenti, ma svolge una funzione costitutiva, che ha per effetto, attraverso la sentenza collettiva, l'emanazione di nuove norme giuridiche, obbligatorie per le categorie ». La natura schiettamente normativa dei contratti collettivi è stata riconosciuta come si vedrà, dagli art. 454 e 471 C. p. c. che sottopongono al controllo unificatore della Corte di cassazione, al pari delle leggi formali, le disposizioni dei contratti collettivi e delle norme equiparate. Cfr. Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 39.

vranità, esporre qui, in un quadro riepilogativo, la classificazione degli *atti giurisdizionali*, cioè degli atti giuridici che sono compiuti dagli organi giudiziari nell'esercizio della funzione giurisdizionale. La dottrina ha ormai adottato per gli atti giuridici consistenti nell'esercizio di un potere, la denominazione di *provvedimenti* (1): questa è la denominazione che è adottata anche dal nuovo Codice per gli atti del giudice (art. 131 e segg.).

Criteri di classificazione.

I criteri di classificazione dei provvedimenti giurisdizionali possono essere varî. Vedremo a suo tempo che il provvedimento giurisdizionale può essere considerato come facente parte di quella successione di atti giuridici coordinati (*atti processuali*), che costituisce il « processo »; e come quindi la classificazione dei provvedimenti giurisdizionali si possa fare in base alla posizione che essi occupano nel corso del processo. Vedremo altresì che i provvedimenti giurisdizionali si possono distinguere secondo la diversità della loro forma (cfr. la

ART. 131

distinzione, fatta dagli art. 131 e segg., tra *sentenza, ordinanza, decreto*). Ma il criterio di classificazione che si adopera qui è tutt'altro: si vogliono distinguere i provvedimenti giurisdizionali, indipendentemente dalla loro collocazione nel processo, secondo il loro *contenuto*, cioè secondo gli *effetti* che essi producono *sul diritto sostanziale*.

Già si è visto che la messa in opera delle garanzie giurisdizionali presuppone che tra gli uomini, ai quali in un primo momento la legge si indirizza per regolare la loro condotta, si sia verificata in concreto una situazione giuridica che si può *lato sensu* chiamare di « inosservanza del diritto »: a rimuover la quale è appunto indirizzata la giurisdizione, la quale, penetrando nella sfera giuridica individuale, vi produce quegli effetti che normalmente, se il diritto fosse stato osservato, avrebbero dovuto esservi prodotti dalla volontà individuale. Ma questi effetti giuridici prodotti sulla sfera individuale dal provvedimento giurisdizionale non sono sempre della stessa natura: ed è appunto in base alla diversa natura di questi effetti che i provvedimenti

Effetti dei provvedimenti sul diritto sostanziale.

giurisdizionali si classificano qui secondo il loro contenuto. Se consideriamo la situazione giuridica, che si è verificata in un concreto rapporto tra uomini in seguito alla inosservanza del diritto, e la raffrontiamo colla situazione giuridica che, in quello stesso rapporto, si produce in seguito alla messa in opera della garanzia giurisdizionale, ci accorgiamo che tra i due momenti si è verificata una *variazione giuridica*, che è appunto l'effetto prodotto su quel rapporto dal provvedimento giurisdizionale: prima del provvedimento giurisdizionale c'era un credito contestato ed incerto, — dopo la decisione che lo accerta,

---

(1) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 24.

lo stesso credito appare ufficialmente incontestabile; prima del provvedimento sussisteva, se pur viziato, un vincolo matrimoniale, — dopo la sentenza che lo annulla il vincolo non sussiste più; prima dell'espropriazione forzata c'era un credito insodisfatto e un debitore proprietario di un immobile, — dopo l'espropriazione la proprietà è passata ad altri; ma l'espropriato ha cessato di esser debitore perchè il credito è stato pagato colla somma ricavata dall'espropriazione... Queste variazioni che si riscontrano nel mondo giuridico, se si pone a confronto ciò che c'era prima del provvedimento giurisdizionale e ciò che c'è dopo, sono appunto quelle che devono esser tenute presenti quando si vogliono classificare i provvedimenti giurisdizionali secondo il loro *contenuto.*

Provvedimenti complessi.

Dobbiamo anche avvertire che non sempre a un provvedimento giurisdizionale formalmente unico corrispondono effetti semplici ed omogenei (come accade, ad esempio, nelle pronuncie di mero accertamento, il cui effetto unico è quello di portare la certezza ufficiale su una situazione finora giuridicamente incerta). Avviene assai volte che in uno stesso provvedimento si riscontrino sommati effetti eterogenei corrispondenti a due diversi momenti della giurisdizione, che si potrebbero astrattamente pensar separati, o anche a due diverse funzioni: in questi casi la dottrina parla di provvedimenti *oggettivamente* o *funzionalmente complessi,* adoperando l'avverbio per distinguere questo fenomeno da quello della *complessità soggettiva* od *organica* che si verifica quando a dar vita a un unico provvedimento concorrono, nei modi che si vedranno, più organi giudiziari.

In base al criterio del loro contenuto i provvedimenti giurisdizionali si possono classificare nei modi seguenti.

Pr. dichiarativi ed esecutivi.

I) Una prima grande partizione si può fare distinguendo *A*) i provvedimenti di *cognizione* (o *dichiarativi in senso lato*) dai *B*) provvedimenti di *esecuzione forzata* (o *esecutivi*): i primi hanno l'effetto di individuare il comando, e di renderlo indiscutibile; i secondi hanno l'effetto di modificare lo stato di fatto in modo da farlo corrispondere al comando individuato.

A) Provvedimenti di cognizione.

Elemento primo ed immancabile dei provvedimenti è l'*accertamento,* cioè la dichiarazione (desunta da quel raffronto tra una norma giuridica *già esistente* e certi fatti *già avvenuti,* nel quale, come si è visto al § 19, si concentra la cosiddetta *applicazione del diritto*) che una concreta fattispecie è regolata da un certo precetto giuridico individuato: dichiarazione che il giudice proietta *nel passato,* ponendosi nella posizione dello storico che, indagando *a posteriori,* considera e pone in luce eventi già accaduti e come tali non più modificabili.

Ma l'accertamento non sempre basta a esaurire il contenuto del provvedimento di cognizione: nel quale in certi casi agli effetti dell'accertamento si accompagnano altri effetti ulteriori, riferibili non più *al passato,* ma *all'avvenire.* In vista di questo *plus* che può accompagnarsi all'accertamento, i provvedimenti di cognizione sono classificabili in tre tipi: *a*) di *mero accertamento; b*) *costitutivi; c*) di *condanna.* Comunemente la dottrina parla a questo proposito di tre tipi di « sentenze », poichè la sentenza è la forma che nella massima parte dei casi rivestono i provvedimenti di cognizione; ma noi preferiamo adoprare una denominazione più generica, perchè possono esservi provvedimenti di cognizione dati non in forma di sentenza (per es., la condanna in forma di *decreto di ingiunzione,* art. 633).

ART. 633

a) I provvedimenti di *semplice* o di *mero accertamento* (o anche *dichiarativi in senso stretto*) hanno unicamente l'effetto di dichiarare e proclamare come irrevocabile la sussistenza (o in altri casi la insussistenza) di un precetto primario finora incerto. La situazione giuridica rimane immutata, nel senso che il giudice colla sua pronuncia non fa altro che mettere in evidenza ciò che nel mondo del diritto esisteva già; l'unica novità apportata dal provvedimento è quella consistente nell'eliminare ufficialmente quella incertezza che finora lasciava nell'ombra la vera volontà della legge, e così l'osservanza del diritto è ristabilita, se finora la sua inosservanza derivava o poteva derivare soltanto dalla sua incertezza (cfr. per es. art. 2126 C.c. 1865). Secondochè la questione relativa alla esistenza del diritto incerto sia risolta dal giudice per il sì o per il no, i provvedimenti di mero accertamento si distinguono in *positivi* e *negativi.* Quando più avanti, parlando dell'azione, metteremo il provvedimento giurisdizionale in relazione colla domanda delle parti, vedremo che i provvedimenti si possono distinguere, secondochè accolgano o respingano la domanda, in pr. *di accoglimento* e *di rigetto*: si può avvertire fin d'ora che i provvedimenti *di rigetto* hanno sempre, qualunque fosse la natura del provvedimento domandato, il carattere di provvedimenti di accertamento *negativo,* in quanto accertano la inesistenza delle condizioni giuridiche occorrenti per accogliere la domanda (la sentenza di assoluzione è sempre una sentenza di mero accertamento negativo, anche se la domanda mirava alla condanna, o alla costituzione di una nuova situazione giuridica).

Pr. di mero accertamento.

b) Nei provvedimenti *costitutivi,* all'accertamento che si riferisce al passato, si accompagna un mutamento giuridico che riguarda l'avvenire: il giudice non si limita ad accertare come già esistente nel passato un precetto individuato che comanda l'attuazione di un certo mutamento giuridico relativo alla concreta fattispecie, ma nello stesso momento, in esecuzione del precetto accertato, attua per l'avvenire il mutamento richiesto (per es. nel caso di annullamento di matrimo-

Pr. costitutivi.

nio, il giudice non si limita ad accertare l'esistenza nel rapporto matrimoniale di uno di quei vizi che per legge lo rendono annullabile; ma, in seguito a tale accertamento, lo *annulla,* e con ciò varia per l'avvenire la situazione giuridica qual è stata accertata per il passato). E' evidente, mettendo a confronto i provvedimenti di mero accertamento con questi provvedimenti costitutivi, che in questi ultimi è contenuto, oltre l'accertamento, *qualcosa di più,* che è appunto la costituzione del mutamento giuridico al quale l'accertamento serve di premessa: ed è appunto da questa costituzione di nuovi effetti giuridici, dei quali il provvedimento giurisdizionale appare come fonte, che questo tipo di provvedimento prende il suo nome.

Si può dire che in questi provvedimenti costitutivi si trovino fusi, in un atto formalmente unico, due momenti funzionalmente diversi, cioè l'accertamento del precetto che comanda il mutamento e l'esecuzione di esso mutamento. Quel concetto di complessità oggettiva e funzionale, al quale sopra si è accennato, sembra che possa adattarsi specialmente a questo tipo di provvedimenti: nei quali, in certi casi, si dovrebbe vedere la somma di elementi appartenenti a due diversi momenti della giurisdizione, cioè di un atto di cognizione con un atto di esecuzione forzata (per es. art. 2932 C.c.) (1), mentre in altri casi, al momento schiettamente giurisdizionale (accertamento del precetto che ordina il mutamento) si accompagnerebbe qui un momento amministrativo (esecuzione del mutamento giuridico), ossia il compimento di un atto di volontaria giurisdizione preceduto dall'accertamento giurisdizionale delle condizioni giuridiche necessarie per poterlo compiere (2).

Pr. di condanna.

c) Anche nei provvedimenti di *condanna,* all'accertamento del precetto si accompagna un *plus* che si rivolge verso l'avvenire; ma mentre nei provvedimenti costitutivi il mutamento corrispondente al precetto accertato entra senz'altro in vigore insieme coll'accertamento, la condanna contiene in sè, oltre l'accertamento del precetto primario, la formulazione di un nuovo comando, che autorizza gli organi esecutivi al compimento di un provvedimento ulteriore. L'effetto della condanna non è dunque soltanto quello di accertare il precetto primario, ma anche quello di aprire l'adito all'esecuzione forzata, assoggettando il condannato alla forza fisica che può essere necessaria per ristabilire l'osservanza del diritto (cfr. retro, § 15).

La differenza che passa tra questi tre tipi di provvedimenti di-

---

(1) Cfr. CALAMANDREI, in *Studi,* vol. III, pag. 19.

(2) Nello stesso modo la dottrina del processo penale qualifica come provvedimenti funzionalmente complessi le sentenze del giudice penale che applicano misure di sicurezza (C. p. art. 199 e segg.).

chiarativi consiste sopratutto nella posizione che in ciascuno di essi ha l'accertamento. Questo è effetto comune a tutti questi provvedimenti; ma mentre nei provvedimenti di tipo *a*) l'accertamento è fine a sè stesso, e l'osservanza del diritto è sufficientemente garantita colla individuazione ufficiale e irrevocabile del precetto primario fatta dal giudice a conclusione del suo ragionamento, nei provvedimenti di tipo *b*) e di tipo *c*) l'accertamento costituisce soltanto una premessa per arrivare alla formulazione di un nuovo comando, che nei provvedimenti di tipo *b*) serve a ristabilire, col mutamento giuridico che in virtù di esso *senz'altro* si opera, l'osservanza del diritto, mentre nei provvedimenti di tipo *c*) serve a sua volta ad aprir l'adito verso quella ulteriore fase di esecuzione forzata che è qui indispensabile per ristabilire a pieno la osservanza del diritto. I provvedimenti di tipo *a*) e di tipo *b*) bastano da sè a portare a compimento pratico la garanzia dell'osservanza del diritto (col mero accertamento i primi, col mutamento basato sull'accertamento i secondi); i provvedimenti di tipo *c*), invece, sono di per sè insufficienti a tale scopo, ed hanno quindi più che altro una efficacia preparatoria dell'esecuzione forzata.

Provvedimenti dispositivi.

Si deve infine avvertire che accanto ai tre tipi di provvedimenti di cognizione presi in esame fin qui, non possono porsi come se si trattasse di un *quartum genus*, collocabile sullo stesso piano di classificazione, i provvedimenti *dispositivi*, di cui già si è parlato (retro, § 25). Quantunque la dottrina li consideri come una sottospecie dei provvedimenti costitutivi, in realtà si tratta di un fenomeno del tutto diverso, che richiede una collocazione sistematica ben distinta. Si dà il nome di provvedimenti *dispositivi* (o *determinativi* o *creativi*) a quelle decisioni che il giudice pronuncia prendendo come premessa maggiore del suo sillogismo non la legge già formulata, ma il criterio che la sua coscienza gli suggerisce come politicamente meglio adeguato alle circostanze del caso concreto: questi provvedimenti cosiddetti dispositivi si contrappongono dunque, come decisioni *di equità*, alle decisioni *di diritto* (*secundum ius*), e corrispondono, come già si è visto, alla contrapposizione tra due diversi sistemi di produzione giuridica che si dicon rispettivamente formulazione *giudiziaria* e formulazione *legislativa* del diritto oggettivo. Questa distinzione tra pronuncie di *diritto* e pronuncie di *equità* (*dispositive*) non può dunque considerarsi sullo stesso piano in cui è posta la tripartizione dei provvedimenti di cognizione precedentemente esaminati: i provvedimenti di mero accertamento, o costitutivi, o di condanna, dei quali poco fa si è discorso, possono esser basati su premesse di diritto ovvero su premesse di equità; come viceversa i provvedimenti dispositivi possono rientrare, secondo le diverse conseguenze pratiche che il giudice trae dalle sue premesse di equità, in uno qualunque dei tre tipi sopra considerati. Si tratta dunque

di classificazioni non omogenee, che non possono coordinarsi in un paradigma unico ma che si intersecano su diversi piani concettuali.

B) Provvedimenti di esecuzione forzata.

In quanto ai provvedimenti di *esecuzione forzata* (o *esecutivi*) non è possibile darne una classificazione tipica basata soltanto sui loro effetti, come si è fatto ora per i provvedimenti dichiarativi.

Provvedimenti esecutivi.

Non si deve credere, intanto, che la differenza tra provvedimenti dichiarativi e provvedimenti esecutivi consista sempre e soltanto in ciò, che solo nei primi si abbia la espressione di una volontà, cioè la formulazione di un comando, mentre nei provvedimenti esecutivi si avrebbe sempre e soltanto l'uso della forza fisica per modificare materialmente, secondo questa volontà, il mondo esterno.

In molti casi (specialmente nella esecuzione penale) l'esecuzione si riduce all'esercizio della coazione fisica, colla quale si attua materialmente il mutamento giuridico già prodotto dal provvedimento dichiarativo, cioè la pena già formulata nella condanna. Ma nella esecuzione civile, prima di giungere a quel finale mutamento giuridico che consiste nel far cessare la preesistente situazione di inosservanza del diritto e in vista del quale si dice che la esecuzione ha efficacia *satisfattiva* (in quanto la esecuzione produce con mezzi equipollenti quella stessa sodisfazione pratica dell'interesse protetto che sarebbe stata ottenuta col volontario adempimento del debitore), può accadere che sia necessaria la pronuncia di uno o più provvedimenti intermedi, ciascuno dei quali, preso in sè, ha natura costitutiva, in quanto crea una situazione giuridica diversa da quella precedente e destinata a servire come tappa verso l'effetto satisfattivo. Ad esempio, nella esecuzione patrimoniale, prima di arrivare alla sodisfazione del creditore col versargli la somma di danaro occorrente a estinguere il suo credito, l'organo esecutivo deve passare attraverso una serie di provvedimenti preordinati a questo fine (il pignoramento con cui si toglie al debitore il potere di disporre dei propri beni; la vendita giudiziale di questi beni per trasformarli in danaro; la distribuzione tra i creditori della somma ricavata), ciascuno dei quali considerato in sè stesso attua, in quanto estingue rapporti preesistenti e altri nuovi ne crea, un mutamento giuridico che può essere accompagnato dall'uso della forza fisica, ma può anche limitarsi ad operare nel solo campo del diritto, al pari dei provvedimenti costitutivi di cui si è parlato precedentemente. La differenza che passa tra questi provvedimenti esecutivi intermedi preordinati all'esecuzione satisfattiva, e i provvedimenti costitutivi di cui si è parlato precedentemente, è non tanto una differenza di effetti quanto una differenza di fini; mentre i provvedimenti costitutivi operano un

mutamento che basta esso solo a ristabilire l'osservanza del diritto (la sentenza con cui si annulla un matrimonio viziato), questi provvedimenti esecutivi intermedi operano mutamenti, accompagnati occorrendo dalla forza fisica, che valgono soltanto a facilitare, come mezzi a scopo, il provvedimento satisfattivo finale (1). Si intende dunque come non sia possibile fare una classificazione esauriente dei provvedimenti esecutivi se non studiando contemporaneamente i varî procedimenti nel corso dei quali si inseriscono, in relazione alle varie finalità pratiche che questi procedimenti si propongono.

Pr. principali e pr. cautelari.

II) Una seconda partizione dei provvedimenti giurisdizionali è quella che si può fare tra provvedimenti *cautelari* e provvedimenti *definitivi* o *principali* (bisogna necessariamente, per indicare, in contrapposto ai provvedimenti cautelari, quelli non *cautelari*, adoprare le espressioni di *definitivi* o *principali* che hanno il difetto di essere usate anche in altri sensi, e quindi di essere anfibologiche: nella terminologia del Codice il provvedimento *cautelare* è talvolta contrapposto al provvedimento *di merito*: cfr. art. 672 e segg.).

Il carattere distintivo dell'attività cautelare ci è già noto (retro, § 18): quanto di essa a suo tempo si è detto ci permette di comprendere come i provvedimenti cautelari non si possono per i loro effetti considerare come un *tertium genus* distinguibile dai provvedimenti di cognizione e di esecuzione forzata, perchè dai provvedimenti cautelari possono derivare secondo i casi effetti che, a norma dei criteri precedentemente svolti, porterebbero a considerarli come provvedimenti di cognizione ovvero come provvedimenti esecutivi (il provvedimento del giudice che concede il sequestro, è individuazione del comando, ossia atto di cognizione; il provvedimento dell'ufficiale giudiziario che lo esegue, è esecuzione forzata). Il carattere distintivo dei provvedimenti cautelari è un altro: che i loro effetti, dichiarativi o esecutivi che siano secondo i criteri esposti *sub* I, hanno in ogni caso un carattere di subordinata provvisorietà (cosiddetta *strumentalità ipotetica*), che nettamente li distingue dagli effetti dei provvedimenti principali o definitivi, in attesa ed in previsione dei quali sono emanati.

ART. 683 e 686.

Il provvedimento che ordina il sequestro non accerta irrevocabilmente il diritto, ma vale fino a che il diritto non sia stato riconosciuto (o negato) dal provvedimento *principale* (« di merito »); il provvedimento che esegue il sequestro non toglie per sempre al debitore la disponibilità delle cose sequestrate, ma gliela toglie fino a che non sia giuridicamente possibile (o non sia esclusa) la esecuzione forzata *satisfattiva* (cfr. art. 683; art. 686).

---

(1) Cfr. REDENTI, *Profili*, pag. 76; CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 109.

CAPITOLO SECONDO

L'AZIONE

SOMMARIO. — § 28. - Divieto dell'autodifesa. — § 29. - La giustizia pubblica come succedaneo dell'autodifesa vietata. — § 30. - L'azione come invocazione della garanzia dello Stato. — § 31. - L'azione come condizione per l'esercizio della giurisdizione. — § 32. - Importanza pratica dell'azione nel sistema del processo. — § 33. - Bilateralità dell'azione. L'eccezione. — § 34. - Teorie sull'azione: l'azione in senso concreto. — § 35. - Teorie sull'azione: l'azione in senso astratto. — § 36. - Relatività delle teorie sull'azione. — § 37. - Requisiti costitutivi dell'azione. — § 38. - Azione privata e azione pubblica. — § 39. - Elementi di identificazione delle azioni (o cause). — § 40. - Classificazione delle azioni. — § 41. - Relazioni tra azioni (o cause). — § 42. - Distinzioni della giurisdizione per materia.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE. — CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1939, I, 22; CARNELUTTI, *Sistema*, vol. I, parte 2ª, nn. 117 e segg., n. 356; ID., *Istituzioni*, nn. 206-217; CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* (1903), in *Saggi*, I, pag. 3 e segg.; e *Istituzioni*, I, §§ 1-10; PEKELIS, *Azione* (in « Nuovo Digesto Italiano », vol. II); PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo* (Milano, 1939); REDENTI, *Profili*, p. Iª, §§ 10-11; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, Intr., nn. 51-60, pag. 48 e segg.

§ 28. — DIVIETO DELL'AUTODIFESA.

Abbiamo nel capitolo precedente esaminato la nozione di giurisdizione dal punto di vista dello Stato, che *rende giustizia*: ora bisogna osservare il fenomeno giurisdizionale dal punto di vista del cittadino che *chiede giustizia*.

Già si è veduto che lo Stato colle norme giuridiche da esso poste regola rapporti intersoggettivi, e crea in questo modo nei singoli, stabilendo in anticipo la prevalenza di un interesse sull'altro, diritti (in senso soggettivo) ed obblighi individuali. Abbiamo anche veduto che quando lo Stato prescrive all'obbligato un determinato comportamento destinato a sodisfare l'interesse dell'avente diritto, la inosservanza del diritto oggettivo costituisce nello stesso punto insodisfazione del diritto soggettivo: sicchè si può domandare qual è, di fronte allo

Stato che garantisce l'osservanza del diritto da esso posto, la posizione del singolo che nella inosservanza del diritto oggettivo vede la lesione del suo interesse individuale, e che considera quindi la violazione della legge come violazione del suo diritto soggettivo, il quale altro non è che la posizione soggettiva assunta dalla norma giuridica nei suoi confronti.

Intanto si può subito affermare questo principio elementare: che, se il diritto soggettivo significa preferenza data dalla legge all'interesse individuale, questo non vuol dire che chi ne è investito possa mettere in opera la propria forza privata per far valere a carico dell'obbligato tale preferenza. Alla base dei concetti di giurisdizione e di azione sta nello Stato moderno la premessa fondamentale del *divieto dell'autodifesa*: diritto soggettivo significa interesse individuale difeso dalla *forza dello Stato,* non diritto di adoprare la *forza privata* a difesa dell'interesse individuale.

Il divieto dell'autodifesa, quale esiste negli ordinamenti giuridici moderni, è il resultato di una lunga e faticosa evoluzione.

In una consociazione primitiva, in cui non esista, al disopra dei singoli, una autorità superiore capace di decidere e di imporre la sua decisione, non sono pensabili, per risolvere i conflitti di interessi tra consociati, altro che due mezzi: o l'accordo volontario tra i due interessati (*contratto*) diretto a stabilire amichevolmente quale dei due interessi contrastanti debba prevalere, o, dove al volontario accordo non si addivenga, l'urto violento tra i due interessati, ciascuno dei quali adopri contro l'altro la propria forza individuale per costringerlo ad abbandonare ogni pretesa sul bene conteso. Come oggi, mancando finora un potere superstatuale capace di imporre colla forza le proprie decisioni agli Stati, l'*extrema ratio* per risolvere i conflitti tra gli Stati è la guerra, cioè il ricorso alla violenza armata, così nella consociazione primitiva l'unico mezzo di difesa del singolo (o del gruppo) è l'impiego della forza materiale contro il competitore per debellarlo, cioè la cosiddetta *autodifesa* o *difesa privata,* che trasforma ogni conflitto in una aperta rissa. E' facile intendere come l'impiego della forza privata quale mezzo di difesa del diritto costituisca in realtà la negazione di ogni diritto e di ogni pacifica convivenza sociale: lasciare agli stessi interessati l'ufficio di risolvere da sè i propri conflitti, vuol dire escludere la possibilità di una decisione imparziale, dato che nessuno può essere giudice *in re propria,* e vuol dire altresì in ogni caso vittoria della prepotenza sulla giustizia, in quanto, dove la decisione del conflitto è rimessa alla forza dei competitori, il più forte ha sempre ragione.

La forza privata come difesa del diritto.

Si capisce perciò come, fino dai primi albori della civiltà, fino da quando al disopra dei singoli si è venuto affermando un principio di

autorità, questa sia intervenuta prima a disciplinare o a limitare, poi addirittura a vietare in maniera sempre più energica ed assoluta l'uso dell'autodifesa, fino a giungere all'estremo termine dell'evoluzione odierna, in cui l'esercizio della autodifesa è considerato un reato. Non è possibile riassumere qui, neanche in forma schematica, gli stadi di tale evoluzione: si può dire che la storia della lotta contro l'autodifesa sia la storia dello Stato e della stessa civiltà umana. L'intervento dell'autorità a limitare l'uso dell'autodifesa si esplica in modi diversi nelle varie civiltà e nei diversi periodi storici. Talora, come nell'antico processo germanico, la consociazione non vieta l'uso delle armi come modo di risolvere i conflitti individuali, ma solo interviene a disciplinarlo per garantire la lealtà del combattimento: una pallida ombra di questa concezione resta oggi nell'uso del duello, in cui i « gentiluomini » credono che la rissa diventi lecita e quindi si nobiliti, solo perchè l'uso delle armi si svolge secondo le regole del codice cavalleresco. Altre volte lo Stato non condanna l'uso della forza privata, ma impone prima ai contendenti di sottoporsi al giudizio di un terzo imparziale per stabilire chi dei due abbia ragione, in modo che l'uso della forza resti lecito solo a colui che è stato ritenuto aver ragione. In altre civiltà il divieto di farsi giustizia da sè si pone prima per certe categorie di rapporti, e diventa gradualmente un divieto generale a cui si può derogare soltanto in casi eccezionali. Il divieto in forma generale si trova per la prima volta (soggetto a qualche eccezione, tra cui principale quella della legittima difesa: « *vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt* » Paul. Dig. IX, 2, 45, § 4) nel diritto romano dell'età imperiale, ed è specialmente consacrato in un celebre decreto di Marco Aurelio, il cosiddetto *decretum Divi Marci*, che considera come reato (*vis privata*), punito colla perdita del diritto, il fatto del creditore che senza ricorrere al giudice tenti colla violenza di farsi pagare dal debitore (Dig. XLVIII, 7, 7), e in un successivo rescritto degli imperatori Valentiniano Teodosio ed Arcadio, che estende il suddetto principio anche ai diritti reali.

Limitazione graduale dell'autodifesa.

Il divieto dell'autodifesa, posto in forma generale dal diritto romano, scomparve nel periodo medievale e anche nell'età moderna, in cui barbare concezioni di origine germanica riportarono in onore per molti secoli, come forma di risoluzione dei conflitti, il duello e la vendetta: solo nelle legislazioni contemporanee, attraverso l'influsso del diritto canonico, il divieto ritorna in forma generale ed assoluta, come una delle premesse fondamentali su cui si basa non solo l'ordinamento della giustizia, ma addirittura l'edificio costituzionale dello Stato di diritto.

Nel vigente diritto italiano è punita, come delitto contro l'amministrazione della giustizia, la « tutela arbitraria delle private ragioni »,

Il divieto della autodifesa nel diritto vigente.

la quale comprende i reati di « esercizio delle proprie ragioni » (art. 392-393 C. p.) e di « sfida al duello » e « uso delle armi in duello » (art. 394-396). Particolarmente significative, in relazione a quanto si è detto finora, sono le disposizioni concernenti il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, il quale si ha quando alcuno « al fine di esercitare un preteso diritto, *potendo ricorrere al giudice* » si fa arbitrariamente ragione da sè medesimo con violenza sulle cose o sulle persone (1).

§ 29. — La giustizia pubblica come succedaneo dell'autodifesa vietata.

Ma il divieto dell'autodifesa non può essere praticamente operativo se non in quanto, quasi come correspettivo di tale divieto, lo Stato appresti per reagire contro il torto mezzi più forti ed efficaci della forza privata. La frase adoprata in proposito dal Codice penale, il quale punisce l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni solo a condizione che chi lo ha commesso *fosse in grado di ricorrere al giudice,* dimostra che il divieto fatto ai singoli di ricorrere alla forza privata per far valere i loro diritti significa necessariamente *facoltà data ai singoli di ricorrere per la difesa dei loro diritti alla forza pubblica dello Stato.* La storia delle istituzioni giudiziarie dimostra in modo chiarissimo lo svolgimento parallelo dei due fenomeni: alla graduale limitazione della autodifesa corrisponde in senso inverso una graduale estensione e un progressivo rafforzamento dell'ingerenza giurisdizionale dello Stato nella difesa dei diritti privati.

Divieto della difesa privata e predisposizione della difesa pubblica.

Per arrivare allo Stato costituzionale moderno, nel quale l'amministrazione della giustizia è considerata come monopolio dello Stato ed è affidata in maniera esclusiva ai suoi organi, il cammino della civiltà è stato assai lungo.

Prima che a cercare i mezzi per avocare a sè stesso l'esercizio della forza, lo Stato si limita da principio a imporre ai contendenti l'esperimento preliminare di un giudizio, allo scopo di determinare a quale di essi sia lecito il ricorso alla forza privata. Se nella giurisdizione si distinguono, come si è fatto, i due momenti della cognizione e della esecuzione, è certo che storicamente l'intervento dello Stato si manifesta prima nel momento della cognizione che in quello della esecuzione. L'idea fondamentale, che si trova ai più remoti albori della civiltà e che costituisce il germe di tutti gli istituti giudiziari poste-

---

(1) Si hanno tuttavia alcuni casi in cui anche il nostro diritto riconosce la liceità dell'autodifesa: cfr. specialmente Redenti, *Profili,* p. I[a], §§ 19-23; Betti, *Diritto processuale,* § 4; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.,* I, pag. 48.

riori, è questa: che per raggiungere una pacifica soluzione del conflitto bisogna sottrarlo alle parti (le quali, attaccate ciascuna al proprio interesse, sarebbero incapaci di valutare serenamente le ragioni della parte avversaria: *nemo iudex in re sua*), e affidarne la decisione a un terzo *estraneo* al conflitto che, essendo disinteressato, possa essere *imparziale*. In questa idea della interposizione tra le parti di un terzo estraneo al conflitto, che possa decidere *imparzialmente*, è il germe di tutti gli istituti giudiziari.

Ma non si deve credere che questo terzo imparziale che si interpone tra i soggetti del conflitto sia, fino dall'origine, lo stesso Stato, cioè un suo organo in veste di *giudice pubblico*. In origine lo Stato si limita a favorire e a disciplinare l'uso dell'*arbitrato*, cioè l'uso di sottoporre la decisione della controversia a un privato di comune fiducia dei contendenti (arbitro), alla cui decisione le parti si obbligano per contratto di attenersi. Forse, alle origini di tutte le civiltà, la prima forma di giustizia è quella arbitrale (1): dall'arbitrato *facoltativo*, al quale i contendenti ricorrono soltanto se sono concordi nel preferire all'uso della forza privata la soluzione arbitrale, e in cui la decisione dell'arbitro è obbligatoria solo in quanto è accettata dalle parti, si passa all'arbitrato *obbligatorio*, nel senso che i contendenti sono obbligati dall'autorità a ricorrervi, e che la obbligatorietà della decisione è imposta anche colla forza dallo Stato. Di qui alla istituzione dei *giudici pubblici* il passo è breve: quando lo Stato, in luogo di limitarsi ad imporre ai contendenti il ricorso ad arbitri, assume direttamente la funzione piena di garante del diritto, mediante propri organi investiti di pubblica autorità, ai quali i privati sono tenuti a ricorrere per la composizione delle loro controversie, la giurisdizione, come funzione dello Stato, è ormai sorta (2).

Graduale affermarsi della difesa pubblica.

Di questa evoluzione, corrispondente al rafforzarsi dello Stato, che parallelamente da una parte restringe sempre più, fino a vietarla del tutto, la difesa privata e dall'altra perfeziona sempre più la organizzazione dei mezzi destinati a garantire ai cittadini la difesa pubblica dei loro interessi, si possono anche oggi cogliere nel mondo contemporaneo esempi istruttivi, che mettono sotto i nostri occhi il trasformarsi della lotta privata in dibattito giudiziario. Mentre da secoli tale evoluzione è un fatto compiuto per i conflitti individuali, da

Divieto dell'autodifesa nei conflitti collettivi del lavoro.

---

(1) Per il diritto romano, cfr. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. it. di ORESTANO, Milano, 1938), § 3.

(2) Questo è il significato politico dell'*Orestea* di Eschilo: per spezzare la serie fatale delle vendette, ciascuna delle quali chiama quella successiva, Atena, nell'ultimo dramma della trilogia, fonda l'Areopago: l'assunzione della funzione giudiziaria da parte dello Stato sarà d'ora innanzi garanzia di pace privata.

poco essa è avvenuta nell'ordinamento italiano per i conflitti del lavoro: che, interamente abbandonati un tempo all'autodifesa dei gruppi in conflitto, sono stati via via assoggettati nei varî Stati prima all'arbitrato facoltativo o alla conciliazione, e poi, in alcune legislazioni, all'arbitrato obbligatorio, per arrivare infine da noi, colla legge fondamentale del 3 aprile 1926, all'istituzione di un apposito organo giurisdizionale dello Stato (Magistratura del lavoro), che è entrato in funzione nello stesso momento in cui entrava in vigore il divieto dello sciopero e della serrata, considerati come forme illecite di autodifesa (C.p. art. 502 e segg.) (1). Anche qui dunque lo Stato, mentre vieta ai cittadini di farsi giustizia da sè, mette a loro disposizione, a garanzia dei loro diritti, la propria giustizia appoggiata a una forza superiore a quella dei singoli contendenti.

La evoluzione è invece sempre alla prima tappa nel campo dei conflitti internazionali, dove gli Stati sono sempre allo stadio dell'arbitrato facoltativo: i tentativi fatti per limitare il ricorso alla guerra e per considerarla come un delitto internazionale paragonabile all'esercizio arbitrario delle proprie ragioni nei rapporti interindividuali, sono finora falliti proprio per la mancanza di una forza superiore a quella dei singoli Stati, capaci di rendere efficace anche nel campo internazionale il divieto dell'autodifesa.

§ 30. — L'azione come invocazione della garanzia dello Stato.

Quanto si è detto finora a proposito di questa necessaria correlazione tra il divieto della difesa privata e l'assunzione da parte dello Stato della funzione giurisdizionale, ci permette di cogliere un primo aspetto di questa fondamentale nozione che è, nella moderna dogmatica processuale, l'*azione*.

L'azione come attività volta a provocare l'intervento del giudice.

Se in un ordinamento primitivo in cui la difesa dei diritti individuali sia interamente affidata alla forza privata dell'interessato, colui che vuol far valere il suo diritto contrastato deve necessariamente esercitare la sua forza fisica, cioè compiere una *azione materiale* a tutela del proprio interesse (questo pare che sia il significato primitivo delle espressioni *agere* ed *actio* nel più antico diritto romano) (2), successivamente, quando la difesa dei diritti individuali è assunta dallo Stato mediante la istituzione dei giudici pubblici, la parola *azione*, originariamente adoprata nel significato proprio di esercizio della forza pri-

---

(1) Relaz. del guardasigilli Alfredo Rocco alla Camera dei Deputati sulla legge 3 aprile 1926, n. 111.

(2) Biondi B., *Diritto e processo nella legislazione giustinianea* (Milano, 1931), p. 9.

vata, passa a significare in senso traslato il ricorso con cui il cittadino invoca a proprio favore la forza pubblica dello Stato: non più la attività volta ad assoggettare direttamente l'obbligato, ma l'attività che si compie per mettere in moto, a difesa del proprio diritto, l'esercizio del potere giurisdizionale dello Stato.

Il divieto dell'autodifesa, col quale si esclude che l'avente diritto possa direttamente esercitare la forza privata sull'obbligato per costringerlo all'adempimento, distingue nettamente su due piani diversi il momento dell'*obbligo* da quello della *soggezione.* La osservanza del diritto è in primo luogo affidata alla ragione e alla libera volontà degli uomini ai quali i precetti giuridici si indirizzano: la messa in opera della forza è una *extrema ratio* tenuta in riserva dallo Stato, prima di arrivare alla quale il comando giuridico vuol essere anzitutto uno stimolo indirizzato all'attività del singolo, che può liberamente determinarsi entro i confini della propria autonomia. Il diritto è, prima che impiego della forza, riconoscimento di libertà: anche quando la legge stabilisce tra due interessi individuali in conflitto un rapporto di prevalenza di uno di essi sull'altro, in modo che da una parte sorga un diritto soggettivo e dall'altra in corrispondenza una obbligazione, si tratta in un primo tempo di una prevalenza *destinata a farsi sentire sulla volontà dell'obbligato,* in quanto l'avente diritto non può servirsi della forza per costringerlo direttamente alla prestazione, ma deve, fino a che non si decida a rivolgersi allo Stato per invocar da esso la messa in opera della coazione, contare unicamente sull'adempimento volontario, che può anche mancare se l'obbligato non vuole. Il rapporto giuridico tra privati non è mai un potere di assoggettamento dell'uomo su un altro uomo: è soltanto, in un primo momento, una aspettativa dell'avente diritto che per la sodisfazione del proprio interesse conta sulla volontaria collaborazione dell'obbligato. Per passare dal momento dell'obbligazione a quello della soggezione, occorre che l'avente diritto si rivolga allo Stato, affinchè sia messo in opera nei confronti dell'obbligato quel rapporto di diritto pubblico nel quale lo Stato è sovrano e il cittadino è un *subiectus;* affinchè, in altre parole, l'obbligo sia convertito in soggezione.

Comincia così a profilarsi uno degli aspetti che ha, nel diritto moderno, il concetto di azione. Sembra quasi che, come correspettivo del divieto posto al singolo di farsi giustizia da sè, gli sia riconosciuta la facoltà (non parliamo per ora di diritto o di potere per non pregiudicare quanto si dirà tra poco sulle varie configurazioni che all'azione dà la dottrina) di rivolgersi allo Stato per ottenere giustizia contro l'obbligato: mancato il volontario adempimento dell'obbligato, l'avente diritto si rivolge allo Stato affinchè, come garante dell'osservanza del diritto, converta l'obbligo in soggezione. Questa facoltà di

invocare a proprio vantaggio dallo Stato la promessa garanzia dell'osservanza del diritto è, in un certo senso, l'azione.

§ 31. — L'azione come condizione per l'esercizio della giurisdizione.

Ma per intendere qual è nel processo moderno la funzione pratica dell'azione, non si può trascurare un altro suo aspetto fondamentale, che serve ad integrarne il concetto.

Da quanto si è detto nel capitolo precedente sulla natura pubblica dell'interesse che muove la giurisdizione, si potrebbe pensare che lo Stato per mettere in esercizio la giustizia non avesse bisogno di esser sollecitato dal singolo che la invoca a proprio favore: se il fine della giurisdizione non è la difesa dei diritti soggettivi, ma prima di tutto l'esatta osservanza del diritto oggettivo, parrebbe naturale che lo Stato, pur dando al singolo la facoltà di invocare giustizia a proprio favore quando il suo diritto soggettivo apparisse insodisfatto, non considerasse però tale invocazione come condizione indispensabile per mettere in moto la giurisdizione; e attribuisse agli organi giudiziari un potere di iniziativa che permettesse loro di muoversi *d'ufficio,* senza richiesta di parte, tutte le volte che riscontrassero una violazione del diritto oggettivo e ritenessero di potersi utilmente adoprare per ristabilirne l'osservanza.

Casi eccezionali di giurisdizione senza azione.

Di una cosiffatta *giurisdizione senza azione,* che l'organo giudicante potrebbe esercitare di propria iniziativa senza attendere la sollecitazione proveniente da un diverso soggetto, non mancano esempi nella storia; tipico è in proposito il *processo penale inquisitorio* dell'età intermedia, in cui il giudice penale cumulava in sè l'ufficio di accusatore e doveva quindi giudicare su un'accusa da lui stesso promossa e sostenuta. Nè si può escludere dal regno delle ipotesi la possibilità di un sistema giudiziario in cui l'istituto dell'azione fosse interamente abolito, e in cui, caduta ogni distinzione fra giustizia e polizia, fosse concentrato in un solo organo il potere di proporre le liti e quello di risolverle.

Ma in realtà, nel nostro ordinamento giuridico come in quelli di tutti gli Stati civili contemporanei, (se pur si citano come curiosità alcuni casi sporadici in cui può parere che si abbia una giurisdizione esercitata d'ufficio, cioè senza azione) (1), la regola fondamentale è che *non si ha giurisdizione senza azione,* cioè che la *giustizia non si muove se non c'è chi la richiede.*

Per questo suo carattere che si potrebbe dire di *necessaria indif-*

---

(1) Così, ad es., l'art. 6 del r. decr. 16 marzo 1942, n. 267, per il quale il fallimento può esser dichiarato d'ufficio dal tribunale.

ferenza iniziale (*ne procedat iudex ex officio*), e in forza del quale la giurisdizione appare sempre come funzione *provocata da un soggetto agente,* essa si distingue dalle altre funzioni dello Stato, la legislazione e l'amministrazione, che si esercitano normalmente d'ufficio. Lo Stato fa leggi anche senza che i cittadini le richiedano, e prende nel campo amministrativo tutte le iniziative che crede utili alla società; ma non giudica, se non c'è qualcuno che gli chiede di giudicare. Sicchè l'azione appare come una condizione indispensabile per l'esercizio della giurisdizione (*nemo iudex sine actore*).

L'azione come condizione della giurisdizione: ragione di questo principio.

Questa caratteristica dev'esser messa in relazione sopratutto con quella esigenza essenziale della giustizia che è la *imparzialità* dell'organo giudicante. Una giurisdizione esercitata d'ufficio repugnerebbe, per una ragione psicologica prima che giuridica, al concetto che modernamente ci siamo fatti della funzione del giudice, il quale, per conservarsi imparziale, deve attendere d'esser richiesto e limitarsi a render giustizia a chi la domanda: sicchè se ci raccontassero che un magistrato, senza esser richiesto da alcuno, si è messo in viaggio alla scoperta dei torti da raddrizzare, saremmo portati a considerarlo, piuttosto che un eroe della giustizia, un maniaco pericoloso sullo stampo di Don Chisciotte o del leggendario calzolaio di Messina. Fino a quando la giustizia sarà resa da uomini, l'onnipotenza dello Stato non potrà distruggere la necessità logica e psicologica (specialmente imperiosa nella fase di cognizione) di affidare a due diversi organi quelle due attività complementari ma ben distinte, e tali da non poter essere confuse senza ridurre la giustizia a un puerile soliloquio, che sono rispettivamente la funzione di chiedere e quella di rispondere, di proporre un problema e di risolverlo, di denunciare un torto e di ripararlo.

Tanto è avvertita questa incompatibilità psicologica tra la posizione di chi chiede giustizia e quella di chi giudica, che perfino in quei casi in cui lo Stato sente così imperioso l'interesse alla reintegrazione dell'osservanza del diritto da non poterlo subordinare alla richiesta del privato, non attribuisce la facoltà di procedere d'ufficio *al giudice,* ma crea *difronte al giudice* un organo pubblico che ha la specifica funzione di esercitare l'azione nell'interesse pubblico, e di stimolare così la funzione del giudicante. Ciò si vede tipicamente nel processo penale, in cui la funzione dell'accusare è affidata al pubblico ministero, appositamente creato per esercitare l'azione penale che è sempre pubblica (art. 1 C.p.p.); così l'interesse dello Stato alla repressione dei reati si scinde nel processo penale in due momenti psicologici, ai quali corrispondono due organi separati: l'accusatore che chiede la punizione del colpevole, e il giudice che decide imparzialmente sulla richiesta dell'accusatore.

L'azione costituisce dunque *in iure condito,* in civile e in penale,

(e questo è il secondo aspetto di questa nozione) un limite e una condizione della giurisdizione.

Se ora mettiamo in relazione questo secondo significato coll'altro da cui siamo partiti (§ 30), ci accorgiamo che mentre sotto un certo profilo l'azione appare come la richiesta che il cittadino fa allo Stato di un servigio che giova al suo interesse individuale (in quanto il privato aspira a ottenere, attraverso la giurisdizione, la sodisfazione del suo diritto soggettivo), sotto un altro profilo l'azione appare a sua volta come un servigio che il cittadino rende allo Stato (in quanto, chiedendogli giustizia, gli fornisce l'occasione di intervenire a difesa del diritto oggettivo). Vedremo tra poco che proprio sul tema della prevalenza da darsi al primo o al secondo aspetto si aggirano in sostanza tutte le polemiche che si sono svolte in dottrina sulla definizione del concetto di azione.

§ 32. — Importanza pratica dell'azione nel sistema del processo.

Ma prima di riassumere, nel modo più rapido che ci sarà possibile, le più importanti teorie sull'azione, crediamo indispensabile avvertire che, qualunque sia la teoria che si preferisce, l'azione, prima di essere una costruzione dogmatica dei teorici, è una realtà pratica accolta dal diritto di tutti gli Stati civili, il cui ordinamento processuale non può esser capito per quello che è nella sua struttura positiva ed empirica, se nel descriverlo non si considera come uno dei suoi caposaldi proprio questa azione, intorno alla quale si sbizzarriscono le teorie; la quale è una realtà, che può comportare le più svariate interpretazioni dogmatiche ma colla quale tuttavia deve fare i conti chiunque voglia capire *com'è fatto,* nella civiltà contemporanea, il processo.

Il processo civile si inizia su domanda.

Il processo dei popoli moderni, civile o penale, è essenzialmente un *processo su domanda* (*Klageverfahren*), cioè un processo in cui l'organo giudiziario non prende in considerazione la realtà sociale per conoscerla o per modificarla nei suoi aspetti giuridici, se non nei limiti della proposta presentatagli dal soggetto che esercita l'azione. La portata pratica di essa azione non è soltanto visibile nel momento iniziale del processo, in quanto l'organo giudiziario, nella fase di cognizione o in quella di esecuzione, non si mette in moto se non dietro richiesta dell'organo agente; ma si rivela anche nel seguito del processo e specialmente nel momento conclusivo di esso, poichè il giudice, messo in moto dall'organo agente, non può prendere in considerazione, come materia della sua indagine, se non quel profilo della realtà su cui l'attore (o in contradditorio con lui il convenuto: cfr. § 33) richiama la sua attenzione, e non ha altra scelta che quella tra il far propria o il respingere quella proposta che l'attore gli presenta, già pronta per

esser trasformata in provvedimento giurisdizionale. L'azione è dunque, empiricamente, non soltanto la facoltà di dar la prima spinta all'attività del giudice che altrimenti rimarrebbe inerte; ma è altresì il potere di preparare per il giudice la materia e il programma del suo provvedimento. Non si tratta soltanto di una messa in moto, in virtù della quale la giustizia, superata la fase di inerzia, sia poi libera di seguire le sue vie; ma di una *perdurante collaborazione*, mediante la quale per tutto il corso del processo l'attore continua a segnare la rotta, alla quale il giudicante si deve attenere.

L'azione come collaborazione della parte alla preparazione del provvedimento.

In virtù di questa collaborazione la cognizione del giudice, invece di investire direttamente la realtà sociale in cui vive il rapporto controverso, la colpisce solo di rimbalzo, in quei termini ed in quegli aspetti in cui la controversia si trova isolata e rappresentata dalla parte nel suo programma di provvedimento: tra il giudice e la realtà sociale si frappone così l'opera intermediatrice del soggetto agente, simile, si potrebbe dire, a quella dell'assistente che allo scienziato curvo sul microscopio porge i vetrini contenenti i preparati da esaminare.

Anche per questo riteniamo che per dare del processo odierno una ricostruzione didatticamente fedele, sia necessario, sull'esempio di Giuseppe Chiovenda (1), considerare l'azione come uno dei concetti fondamentali del sistema processuale; sembra infatti che la ricostruzione del processo, fatta dal Carnelutti, sul concetto di « lite » anzichè su quello di azione, urti in un certo senso contro la realtà del processo odierno, in cui il giudice è messo a contatto non colla « lite », ma coll'azione, in quanto è chiamato non a stabilire quale sia il regolamento giuridico che meglio corrisponde al rapporto sociale direttamente osservato, ma semplicemente a decidere se meriti di essere accolta, in relazione ad una fattispecie già inquadrata dall'agente in uno schema giuridico, la proposta di provvedimento che gli è presentata dal suo necessario collaboratore.

ART. 99 E 112.

Tanto è riconosciuta nel processo odierno la importanza pratica di questa collaborazione della parte, costituente una condizione ed un limite all'attività giurisdizionale, che il nuovo C.p.c. non solo si è inspirato ai principî tradizionali tramandati in proposito dalla dottrina (*ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore; ne eat iudex ultra petita partium*); ma ha ritenuto opportuno ripeterli in apposite disposizioni, che sono l'art. 99, corrispondente all'art. 35 del Codice precedente, in cui si enuncia il *principio della domanda* (« chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente ») e l'art. 112, in cui si enuncia il principio della *corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato* (« il giudice deve pronunciare

(1) Cfr. specialmente *L'azione nel sistema dei diritti*, cit.

su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa »); cfr. anche l'art. 2909 C. c.

§ 33. — Bilateralità dell'azione - l'eccezione.

L'azione, intesa come attività volta a stimolare la giurisdizione e ad invocare dal giudice un provvedimento giurisdizionale conforme alla proposta del richiedente, presenta anche (indipendentemente dalla teoria che si accetti sulla sua natura giuridica: oltre, § 34) un altro carattere empirico, che è quello della sua bilateralità.

La giurisdizione, si è detto, mira sempre a ristabilire l'osservanza del diritto nei confronti di chi avrebbe dovuto volontariamente osservarlo: e a raggiungere colla soggezione ciò che non si è ottenuto dalla volontà. In armonia con questa finalità della giurisdizione, chi agisce per ottenere dal giudice un provvedimento giurisdizionale considera questo provvedimento non soltanto come destinato a sodisfare l'interesse proprio di lui proponente, ma altresì come destinato a valere *nei confronti di un'altra persona,* cioè della persona sulla quale dovrà operare la soggezione imposta dallo Stato (il creditore chiede la condanna del debitore; il proprietario di un fondo chiede che la sua proprietà sia accertata nei confronti del proprietario confinante; il coniuge chiede che il matrimonio sia annullato nei confronti dell'altro coniuge; e così via). L'azione si presenta dunque in ogni caso come la richiesta che una persona fa all'organo giudiziario di un provvedimento destinato ad operare nella sfera giuridica *di un'altra persona.*

L'azione come tendente a un provvedimento nei confronti di un'altra persona.

Vedremo a suo tempo, parlando dei soggetti del processo, che nel processo moderno vi è sempre, difronte a una parte che chiede il provvedimento, almeno un'altra parte nei confronti della quale il provvedimento è chiesto; ma questa caratteristica *bilateralità del processo,* non è in sostanza che una conseguenza della *bilateralità dell'azione*: la quale mira sempre a ottenere dallo Stato un provvedimento che metta in opera una *soggezione,* e presuppone quindi, in ogni caso, che difronte a chi chiede l'assoggettamento altrui (*attore* nel processo civile, *accusatore* nel processo penale) si trovi qualcuno che debba essere assoggettato (*convenuto* nel processo civile, *imputato* nel processo penale).

Si badi però che, siccome non basta la semplice richiesta di provvedimento a far sì che il provvedimento richiesto sia concesso, ma occorre invece caso per caso che gli organi giudiziari verifichino la sussistenza in concreto delle condizioni di diritto e di fatto alle quali la legge ne subordina la concessione, la parte contro la quale dovrebbe operare la soggezione è sempre ammessa (per il *principio del contraddittorio*: art. 101 C.p.c.; cfr. art. 38 C.p.c. 1865) a far valere di-

ART. 101

nanzi al giudice tutte le ragioni di diritto e di fatto che possono servire a dimostrare la infondatezza della domanda e a farla respingere. L'organo giudiziario può in tal modo trovarsi (ciò è normale nella fase di cognizione; ma può verificarsi anche nella fase esecutiva, in caso di opposizione da parte della persona che dovrebbe subire l'esecuzione: cfr. art. 615 e segg. C.p.c.) non soltanto difronte alla domanda dell'attore, ma, al tempo stesso, difronte alla contrapposta richiesta del convenuto, che lo stimola a respingere la domanda avversaria. In questo modo l'impulso e la collaborazione alla giurisdizione viene all'organo giudiziario *da due parti;* il giudice non deve decidere su una sola proposta di provvedimento, ma deve *scegliere tra due proposte,* di solito antitetiche (l'attore chiederà, per esempio, la condanna del convenuto al pagamento del debito, cioè una sentenza di condanna; il convenuto chiederà al contrario di essere assolto perchè il debito è stato pagato, cioè una sentenza di rigetto, ossia di mero accertamento negativo).

ART. 615

In questo modo l'azione, come attività intesa a presentare al giudice una proposta di provvedimento, non è soltanto propria dell'attore: perchè anche il convenuto, se pur si limiti a chiedere il rigetto della domanda avversaria, viene in sostanza a chiedere al giudice di pronunciare una sentenza di mero accertamento negativo, cioè un provvedimento diverso da quello richiesto dall'attore, e favorevole, invece che all'attore, a lui convenuto.

Anche l'attività del convenuto si può far rientrare così, sotto questo profilo, nel concetto di azione: giova peraltro avvertire che, nella terminologia processuale, a tutte le attività che svolge il convenuto per difendersi dalla domanda avversaria e per chiederne il rigetto, si dà la denominazione generica, risalente alla *exceptio* del processo formulare romano, di *eccezioni* (cfr. per es. art. 183, secondo comma; art. 184; art. 345 C.p.c., ecc.) con significato amplissimo equivalente a quello di *difese* (cfr. art. 167); e difronte all'*agire* dell'attore si parla dell'*eccepire* del convenuto, nel senso di *contraddire* (1). Ma alla parola eccezione si dà anche un significato tecnicamente più ristretto, riservato a quei soli casi in cui la richiesta di rigetto è basata su ragioni di cui il giudice non potrebbe tener conto se il convenuto non le avesse fatte valere. L'esempio più noto di questo fenomeno si verifica in tema di prescrizione; il giudice non può respingere la domanda con cui l'attore fa valere un credito prescritto, se il debitore convenuto non « eccepisce » la prescrizione: « il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta » (art. 2938 C. c.).

Eccezione in senso lato e in senso stretto.

ART. 183, 184, 345, 167.

In questi casi la istanza del convenuto costituisce, come già si è

(1) REDENTI, *Profili,* pag. 107-108.

detto dell'azione, un limite e una condizione all'attività del giudice: e se l'azione si concepisce, come tra poco si vedrà, quale un diritto dell'attore, l'eccezione appare in questi casi come un controdiritto del convenuto, dall'esercizio del quale dipende il rigetto della domanda dell'attore. Per questi casi la dottrina parla di *eccezione in senso proprio* o in *senso stretto* (1); e a questi casi appunto allude l'art. 112 del nuovo Codice, quando stabilisce che il giudice « non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono esser proposte soltanto dalle parti ».

ART. 112

§ 34. — TEORIE SULL'AZIONE: L'AZIONE IN SENSO CONCRETO.

Mentre, attraverso il provvedimento giurisdizionale, lo Stato mira in primo luogo a sodisfare l'interesse eminentemente pubblico dell'osservanza del diritto oggettivo, le parti che collaborano nel modo ora visto alla preparazione di quel provvedimento, lo considerano ciascuna dal punto di vista del proprio *interesse individuale*. E poichè, ponendosi l'attività delle parti come condizione e limite dell'attività del giudice, può parere che il provvedimento giurisdizionale dipenda in certa misura dalla *volontà* di chi lo richiede, si possono rintracciare nell'azione, che finora si è considerata empiricamente come mera attività, i caratteri di un potere di disposizione rilasciato alla volontà del singolo a tutela del proprio interesse: si delineano così nell'azione i due momenti dell'*interesse* e della *volontà*, che possono far pensare alla figura di un vero e proprio diritto soggettivo individuale.

L'azione come diritto.

Questo è il punto di partenza delle numerosissime teorie sulla natura giuridica dell'azione, sulle quali da quasi un secolo ferve, non mai sopita, la polemica dei giuristi: l'azione si può considerare come un diritto di per sè stante, distinto dal diritto soggettivo sostanziale? qual è il contenuto di questo diritto? a chi e contro chi spetta?

La natura istituzionale di questo Corso non permette naturalmente di seguire nei particolari le vicende della lunga polemica: qui dobbiamo limitarci a riassumere, nel modo più schematico e più comprensibile, le tappe più salienti di essa.

a) I civilisti del secolo scorso presero le mosse dallo schema tipico del rapporto privato di obbligazione. Il diritto soggettivo del creditore si indirizza prima di tutto alla prestazione del debitore; ma, se il debitore non adempie, allora il creditore può, ricorrendo a quella garanzia giurisdizionale che è implicita nel diritto soggettivo, rivolgersi allo Stato per ottenere attraverso la condanna dell'inadempiente quello stesso sodisfacimento del proprio interesse individuale

L'azione come un aspetto del diritto soggettivo sostanziale.

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, § 13; ESCOBEDO F., *L'eccezione in senso sostanziale* (Milano, 1927); BOLAFFI, *Le eccezioni nel dir. sostanziale* (Milano, 1936).

che avrebbe ottenuto dall'adempimento volontario. L'azione, intesa come diritto di ottenere dal debitore, mediante la soggezione impostagli dallo Stato, l'equivalente della prestazione dovuta, non è dunque qualche cosa che stia al difuori del diritto soggettivo, ma è soltanto un aspetto o un momento dello stesso diritto soggettivo, un potere in esso immanente di reazione contro il torto, o come si usava dire con immagini che non son definizioni, il diritto soggettivo « alla seconda potenza » o anche « sul piede di guerra ». Al diritto soggettivo, insomma, non corrisponde soltanto dal lato passivo del rapporto, l'obbligazione, ma altresì la soggezione del debitore, il quale, anche se non vuole adempiere, risponde coi propri beni dell'obbligo assunto: l'azione quindi, come potere di provocare la soggezione del debitore, non esiste come diritto separato, ma costituisce uno dei modi in cui si può esercitare il diritto soggettivo privato. Di questa concezione dell'azione la dottrina civilistica credè di trovare una conferma nella celebre definizione « *nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi* » (Dig. XLIV, 7, 51): secondo la quale l'azione è, sì, concepita come un diritto (*ius persequendi iudicio*), ma come indirizzata a perseguire lo stesso oggetto che è già dovuto in forza di un diritto soggettivo sostanziale (*quod sibi debeatur*).

b) Da queste teorie civilistiche, le quali negavano l'autonomia dell'azione riassorbendola nello stesso diritto soggettivo sostanziale (alle quali, all'estremo opposto, fanno riscontro oggi altre recentissime teorie, che riducono tutto il contenuto del diritto soggettivo al potere di richieder la garanzia dello Stato e quindi riassorbono il diritto soggettivo nell'azione) si allontanò nella seconda metà del secolo scorso la dottrina processualistica specialmente tedesca, la quale considerò che, se nella massima parte dei casi l'azione presuppone l'insodisfacimento del diritto soggettivo sostanziale e può quindi apparire come un aspetto secondario dell'originario diritto alla prestazione, si hanno però numerosi casi in cui il diritto del cittadino di invocare nel proprio interesse la assistenza giurisdizionale dello Stato non ha come sua condizione l'inadempimento di un obbligato, ma costituisce un mezzo di tutela giuridica di per sè stante, il quale potrà sempre avere come suo presupposto diretto o indiretto la inosservanza del diritto oggettivo, ma non necessariamente la insodisfazione del diritto soggettivo alla prestazione (esempio tipico, quello dell'azione con cui si mira ad ottenere un provvedimento di mero accertamento negativo: cfr. retro, § 27). Sorge così la teoria, formulata, sulle orme del Muther, dal Wach, che concepì l'azione come diritto del cittadino ad ottenere *dallo Stato* la tutela giuridica (*Rechtsschutzanspruch*): non più come un duplicato, intercorrente tra gli stessi soggetti, del rapporto giuridico privato, ma come un diritto soggettivo di per sè stante, indirizzato

verso un diverso soggetto passivo, che non è più il debitore originario, ma lo Stato, e mirante ad una diversa prestazione, che non è più l'adempimento, ma la garanzia giurisdizionale.

L'azione come diritto alla tutela giuridica verso lo Stato.

Così, con questa teoria, l'azione è posta francamente nel campo del diritto pubblico, come espressione di un rapporto intercorrente non più tra privato e privato, ma tra il cittadino e lo Stato. Anche in questa concezione però l'interesse individuale non cessava di essere predominante: non solo infatti, per essa, l'azione continuava ad esser considerata come strumento e tutela dell'interesse individuale, ma questo diritto pubblico del cittadino verso lo Stato era costruito secondo lo schema civilistico del rapporto giuridico intercorrente tra un avente diritto e un obbligato, dandosi al cittadino la posizione del soggetto attivo aspirante ad una prestazione (tutela giuridica), mentre la posizione di soggetto passivo obbligato alla prestazione era riservata allo Stato. In questa costruzione dunque, che rappresentava lo Stato come *obbligato* ad eseguire una prestazione *a servizio del cittadino,* era esplicitamente consacrata la preminenza dell'interesse individuale e la subordinazione ad esso dell'interesse pubblico: se l'azione considerata come diritto soggettivo di per sè stante (e classificata tra i cosiddetti diritti *civici*) non poteva più confondersi col diritto soggettivo privato, essa non aveva in realtà, secondo questa concezione, altra funzione che quella di costituire la salvaguardia dell'interesse individuale.

L'azione come diritto potestativo.

c) Alla teoria dell'azione concepita come diritto alla tutela giuridica furono fatte diverse obiezioni; le quali in sostanza si riassumevano nell'osservare che lo schema privatistico del rapporto tra l'avente diritto e l'obbligato non si presta ad inquadrare la situazione in cui realmente si trova il cittadino che chiede giustizia difronte allo Stato che l'amministra. Nel rapporto di diritto privato c'è sempre, come necessaria contropartita all'interesse prevalente dell'avente diritto, un interesse sacrificato, che è quello dell'obbligato: e l'adempimento è sempre un sacrificio di interesse destinato a sodisfare l'interesse prevalente dell'avente diritto. Ma questa posizione di subordinazione e di sacrificio del proprio interesse all'interesse altrui non si attaglia alla figura dello Stato che esercita la giurisdizione: in realtà, quando lo Stato fa giustizia, si muove non per rendere con proprio sacrificio un servigio a chi glielo chiede, ma per adempiere con ciò ad uno dei suoi propri fini essenziali, cioè per servire un interesse essenzialmente pubblico qual è quello di mantenere l'osservanza del diritto. L'interesse individuale e quello pubblico non si possono dunque considerare nel processo come due forze in contrasto, ma piuttosto come due aspirazioni alleate e convergenti, ciascuna delle quali, lungi dal cercare guadagno a scapito dell'altra, considera il sodisfacimento dell'altra

come condizione del proprio. In realtà, quando lo Stato rende giustizia a chi gliela chiede, l'azione, con cui il privato si rivolge allo Stato per chiedere la tutela del suo interesse leso o minacciato, offre allo Stato l'occasione per riconfermare la sua autorità, minacciata dalla inosservanza della legge: in questo modo il privato, cercando la sodisfazione del suo interesse individuale, collabora all'attuazione del diritto oggettivo, mentre lo Stato, adoperandosi a restaurare la legge, difende nello stesso tempo il diritto soggettivo del privato.

Questo rapporto di *collaborazione,* (che secondo la teoria del *Rechtsschutzanspruch* portava alla assurda costruzione di un avente diritto che coll'esigere una prestazione rende un servizio all'obbligato, e di un obbligato, che coll'adempier l'obbligazione sodisfa prima di tutto l'interesse proprio) ha trovato la sua coerente sistemazione nella teoria di Giuseppe Chiovenda che ha concepito l'azione come un diritto *potestativo.* Per arrivare a formulare questa sua teoria che costituisce uno dei capisaldi del suo sistema, il Chiovenda è partito dal considerare che non tutti i diritti soggettivi (prendendo questa espressione in senso lato) si possono ricondurre alla figura tradizionale del diritto ad una prestazione, al quale corrisponda *a parte debitoris* l'obbligo di eseguire la prestazione dovuta: tra i diritti soggettivi si possono infatti ricomprendere anche quelle situazioni giuridiche in cui la preminenza dell'interesse individuale dell'avente diritto non attende il suo sodisfacimento dalla volontà di un obbligato, ma si esaurisce « nel potere di influire colla sua manifestazione di volontà sulla condizione giuridica di un altro senza il concorso della volontà di costui » (1). In questa categoria di diritti soggettivi, che il Chiovenda denomina *potestativi,* rientrerebbe, secondo la sua concezione, l'azione, che egli definisce come « il potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge » (2). Così l'azione rientra, sì, nel *genus* dei diritti soggettivi, in quanto, *a parte actoris,* si presenta come una *facultas* a servizio di un interesse individuale, ma non è più considerata come un diritto *ad una prestazione,* perchè l'attività giurisdizionale, dalla quale l'attore attende la sodisfazione del proprio interesse individuale, è concepita non come adempimento di una prestazione *dovuta* dallo Stato al singolo, ma come l'esercizio di una pubblica funzione, che lo Stato compie, appena il soggetto agente ha creato la condizione necessaria e sufficiente all'esplicazione di essa funzione, nell'interesse proprio.

In questo modo il privato, dopo avere inutilmente atteso la sodisfazione del suo interesse dalla volontaria prestazione dell'obbligato,

---

(1) Chiovenda, *Istituzioni,* I, pag. 12.

(2) *Istituzioni,* I, pag. 21.

si rivolge allo Stato affinchè faccia valere contro di lui quella soggezione di diritto pubblico, che solo lo Stato può esercitare per mantenere l'osservanza del diritto: il diritto potestativo di azione qual è concepito dal CHIOVENDA non si può raffigurare come diretto *contro lo Stato* (perchè il giudice, nel render giustizia « non adempie ad una sua prestazione specifica verso la parte, ma entra in funzione in modo automatico, per l'attuazione del suo proprio compito istituzionale di organo dello Stato ») (1), ma come diretto *contro l'avversario,* in quanto al diritto di una parte di provocare il provvedimento giurisdizionale, corrisponderebbe, dal lato del soggetto passivo, non un dovere di prestazione, ma la soggezione agli effetti giuridici di tale attuazione; non potendo assoggettare direttamente colla forza propria l'avversario, l'avente diritto ha il potere di rivolgersi allo Stato per farlo assoggettare colla forza dell'autorità: questo potere è l'azione.

§ 35. — TEORIE SULL'AZIONE: L'AZIONE IN SENSO ASTRATTO.

Le teorie esposte finora hanno questo carattere comune: che per esse l'azione si concepisce come un diritto a ottenere un provvedimento giurisdizionale *concretamente favorevole* al richiedente: come un diritto spettante *a chi ha ragione* contro chi ha torto (azione *in senso concreto*). Questa concezione concreta dell'azione appare la sola accoglibile quando per saggiare la bontà delle teorie si prenda come pietra di paragone l'azione diretta a ottenere un provvedimento giurisdizionale esecutivo (azione *esecutiva*: oltre, § 40 A). L'azione esecutiva non può essere concepita che in senso concreto; se « l'esecuzione forzata non può aver luogo che in virtù di un titolo esecutivo » (art. 474 C.p.c.), la posizione di chi chiede allo Stato l'esecuzione forzata deve corrispondere necessariamente a una di queste due ipotesi: o il richiedente è munito di un titolo esecutivo, e allora si dirà che egli ha azione esecutiva (in senso concreto, come diritto al provvedimento esecutivo); o il richiedente non è munito di un titolo esecutivo, e allora si dirà che egli non ha azione esecutiva, in quanto non ha diritto a ottenere la esecuzione forzata da lui richiesta. *Tertium non datur.*

ART. 474

Tuttavia, alle varie teorie che concepiscono l'azione come diritto al provvedimento favorevole *in senso concreto,* si trova contrapposta, specialmente nella dottrina tedesca, la teoria dell'azione *in senso astratto* (2) secondo la quale il diritto di azione spetterebbe non soltanto

L'azione in senso astratto.

(1) REDENTI, *Profili,* pag. 94.

(2) ROCCO, *La sentenza civile* (Torino, 1906), nn. 31 e segg.; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, pag. 56.

a colui che ha ragione, ma a chiunque si rivolga al giudice per ottenere da esso una decisione sulla sua pretesa, anche se infondata: sicchè l'azione non sarebbe il diritto ad ottenere un provvedimento che dia ragione al richiedente, ma il diritto ad ottenere un provvedimento che accerti se il richiedente ha ragione o ha torto; il quale diritto di azione spetterebbe dunque *anche a chi ha torto*, come diretto ad ottenere un provvedimento del giudice *che gli dichiari che ha torto.*

Giova avvertire, poichè questa avvertenza serve a smascherare l'equivoco logico su cui si basa questa teoria, che gli argomenti di cui si servono i suoi sostenitori sono strettamente attinenti al campo della cognizione: essi parlano di un *diritto astratto d'agire*, solo in quanto il provvedimento al quale l'azione mira sia una *decisione*, destinata a giudicare se la domanda del richiedente sia fondata o no. In relazione appunto alla sola fase di cognizione, i seguaci di questa dottrina osservano che quando l'attore presenta al giudice (nella fase di cognizione) la sua domanda di provvedimento, non si sa ancora se questa domanda sia fondata o no: ed è proprio per sapere se la domanda sia fondata o no che occorre la decisione del giudice.

Anche se la domanda è infondata, il giudice non può esimersi dal prenderla in esame e deve ugualmente pronunciare un provvedimento giurisdizionale per dichiararla infondata e respingerla: ove si rifiutasse di provveder su di essa perchè infondata, verrebbe meno al suo dovere d'ufficio (cfr. art. 55 n. 2 C.p.c.; art. 328 cpv. C. p.). ART. 55

A questo dovere del giudice di decidere sul merito della domanda, qualuque ne sia la fondatezza, corrisponde nella parte che ha proposto la domanda, il diritto di ottenere una decisione sulla medesima anche se infondata. Questo diritto è (dicono i seguaci di questa teoria) l'azione: la quale dunque può spettare anche a chi ha torto nel merito, facendo *astrazione* (e per questo si parla di azione *in senso astratto*) dalla fondatezza della domanda.

Argomenti dei sostenitori di questa teoria, e loro confutazione.

Questa azione in senso astratto, essi dicono, è veramente un diritto, perchè è garantita dalla responsabilità civile e penale in cui il giudice incorrerebbe se rifiutasse ingiustamente un atto di ufficio; mentre l'azione in senso concreto non è un diritto, perchè non si può prevedere *a priori* se il giudice darà ragione a chi l'ha, e perchè, se la sentenza ingiusta passerà in giudicato, il cosiddetto diritto d'azione in senso concreto rimarrà perpetuamente insodisfatto senza possibilità di rimedio, il che dimostra che non è un diritto.

Questo ragionamento si basa su una serie di equivoci. Prima di tutto la sentenza passata in giudicato non può mai essere giuridicamente ingiusta, perchè essa, per definizione, « *facit ius* »: per vedere se un diritto esiste o no, non c'è altro termine di paragone che la sentenza del giudice, e quando questa nega l'esistenza dell'azione, vuol

dire che l'azione (in senso concreto) non è mai esistita, nè è più possibile, in mancanza di ogni altro termine di riferimento, sostenere il contrario; il carattere di incertezza che ha l'azione fino a quando il giudice non si è pronunciato in merito, è lo stesso fenomeno che si verifica per tutti i diritti, dei quali nessuno può con certezza affermare che esistano fino a che non sia intervenuta ad accertarli ufficialmente la sentenza del giudice. D'altra parte questo cosiddetto diritto astratto d'agire, inteso come diritto a che il giudice provveda sulla domanda, esiste indubbiamente; ma non ha niente a che vedere con quello che i fautori delle opposte teorie chiamano azione in senso concreto. I due diritti coesistono, non si escludono: il primo, come si vedrà (§ 46), è attinente al rapporto processuale ed è preordinato all'accertamento del secondo: per poter dar ragione a chi l'ha, bisogna necessariamente permettere che anche chi non ha ragione sia ammesso a far accertare dal giudice se ha ragione o torto. Non bisogna dunque confondere il diritto di azione colla mera possibilità di agire: l'azione come attività, coll'azione come diritto (1). Il principio fondamentale che vieta ai singoli di farsi giustizia da sè e che, in caso di incertezza sull'osservanza del diritto, riserva ai giudici dello Stato l'individuazione del precetto concreto, fa sì che l'unico mezzo per accertare ufficialmente il diritto del caso concreto sia la decisione del giudice: sicchè il diritto del richiedente di veder accolta la domanda fondata presuppone il dovere del giudice di prendere in esame indistintamente tutte le domande che gli vengono proposte, per poter decidere quali siano fondate e quali no. Proprio per mettere in grado il giudice di accogliere soltanto le domande fondate, bisogna dare ad ogni richiedente la possibilità di sottoporre la sua domanda, anche se infondata, alla decisione del giudice; ma questa possibilità di chiedere spettante ad ogni cittadino che si rivolga al giudice affinchè decida sul suo caso, e questo diritto di ottenere dal giudice un provvedimento sulla sua domanda se non altro per dichiarargli ch'essa è infondata, non bastano davvero a procurare quel sodisfacimento del concreto interesse individuale al quale il richiedente aspira quando si rivolge alla giustizia per aver ragione *e non per aver torto*. Nell'azione concepita in senso astratto, cioè non più come garanzia e strumento di una concreta situazione di diritto sostanziale, ma come potere spettante a chiunque *uti civis* si rivolga al giudice per provocare (magari a vuoto) la giurisdizione, non si avrebbe più, come nella teoria del diritto potestativo, la coordinazione di due ben distinti interessi, quello

(1) Anche nel processo romano l'*actio* postula la fondatezza della ragione: altro è il diritto di *agere*, altro la possibilità di *agere* « *non recte* » che può esser data di fatto anche a chi ha torto (cfr. PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 150 e segg.).

individuale e quello pubblico, convergenti verso lo stesso fine, ma si avrebbe un totale dissolvimento dell'interesse individuale nell'interesse pubblico. L'interesse che muove l'azione concepita in senso astratto non deriva, in modo specifico e concreto, dalla posizione individuale in cui l'attore si trova in un certo rapporto di diritto sostanziale intorno al quale egli possa sperare un provvedimento a sè favorevole, ma si confonde con quell'interesse generico e si potrebbe dire « disinteressato » che ogni cittadino ha, come tale, al funzionamento della giustizia, e che rimane ugualmente appagato qualunque sia il contenuto del provvedimento che il giudice emana. Ma questo non sarebbe altro che lo stesso interesse dello Stato al mantenimento dell'osservanza del diritto oggettivo: non sarebbe un interesse individuale convergente con quello pubblico, ma sarebbe proprio lo stesso interesse pubblico, di cui il cittadino che esercita l'azione si fa, *uti civis,* momentaneo portatore.

In questo modo tutti i ponti tra l'azione e il diritto soggettivo sarebbero rotti. Il diritto soggettivo, di cui un tempo l'azione era apparsa come scorta vigile e armata (retro, § 34 *a*), rimarrebbe, secondo questa teoria, appartato ed inerme, poichè l'azione non sarebbe più concepita come uno strumento per far vincere chi ha ragione, ma come uno strumento posto ugualmente al servizio di chi ha ragione e di chi ha torto: sicchè essa ormai anzichè garanzia dell'interesse individuale, si ridurrebbe ad essere, come argutamente fu detto, « il diritto di aver torto » (1) col quale il cittadino potrebbe togliersi il gusto, invero molto platonico, di far accertare il diritto oggettivo *contro di sè,*

« per ricavarne una vittoria poi
« che giovi al vinto e al vincitore annoi ».

Questo diritto meramente astratto di provocare un provvedimento contrario al proprio interesse o non ha senso giuridico, o, se deve averlo, ciò non può avvenire (come si dirà oltre, § 36) che sotto il profilo dell'esercizio privato di una pubblica funzione, del tutto distaccata dall'interesse individuale.

§ 36. — Relatività delle teorie sull'azione.

Qual è la rilevanza pratica di queste teorie sull'azione? Qual è di queste teorie, quella preferibile?

Il problema non può essere formulato in questi termini assoluti:

---

(1) Chiovenda, *L'azione* cit., in *Saggi,* I, pag. 13.

esso può avere un senso solamente in quanto sia posto storicamente per un dato ordinamento positivo in una certa fase del suo svolgimento. Non si tratta dunque di ricercare la *vera* teoria, quasi che ve ne fosse una sola da considerarsi assolutamente esatta di fronte a tutte le altre da considerarsi errate; mentre in realtà ogni teoria dev'esser considerata in funzione di quel rapporto tra interesse individuale ed interesse pubblico che sotto diverse forme si ripresenta in tutti i campi della scienza giuridica, e può apparire quindi più o meno esatta secondo che nel rapporto si accentui per considerazioni politiche la prevalenza di uno dei termini e si sposti quindi, in un senso o in un altro, il punto di equilibrio tra i due.

Variabilità del concetto di azione secondo il momento storico.

Qual è dunque, tra le varie teorie sull'azione, quella che meglio corrisponde alla concezione politica su cui si fonda, in questo momento storico, lo Stato italiano?

Per rispondere a questa domanda, giova intanto osservare che questa inscindibile connessione che passa tra gli istituti giudiziari ed i principî fondamentali dell'ordinamento costituzionale, è avvertita e presente in ogni articolo del nuovo Codice di procedura civile: la relazione Grandi mette in luce che la caratteristica essenziale del Codice è quella della « piena adeguazione alla attuale realtà storica » (n. 1); e afferma che « il diritto processuale, se vuol ugualmente evitare di essere sopravanzato dai tempi e di precorrerli, deve attuare nei rapporti tra il giudice e le parti lo stesso equilibrio che in quel momento storico si trova raggiunto nel diritto sostanziale tra l'intervento dello Stato e l'iniziativa privata » (n. 13).

Chi muova da queste premesse si accorge facilmente che tra le varie teorie sopra riassunte sulla natura del diritto di azione alcune partono da una concezione dei rapporti tra cittadino e Stato, tra libertà e autorità, che non è quella oggi vigente nello Stato italiano. Quando si considera l'azione (retro, § 34 *a*) nient'altro che come un momento inscindibile del diritto soggettivo privato, preordinato a realizzare la prevalenza dell'interesse individuale protetto su quello sacrificato, la parte riservata allo Stato in questo rapporto tra privati è quella di un personaggio di terzo piano che, a richiesta del creditore, interviene come suo ausiliario e sostituto a prestargli man forte per aiutarlo ad aver ragione del suo avversario, ed a raggiungere i suoi fini individuali. L'idea che lo Stato miri, anche attraverso la giurisdizione civile, a sodisfare un interesse di carattere pubblico, rimane nell'ombra: il momento della libertà prevale su quello dell'autorità. Ed anche la teoria del *diritto alla tutela giuridica* (retro, § 34 *b*), che concepisce lo Stato come *obbligato* verso il cittadino alla prestazione giurisdizionale, è essa stessa una espressione, forse la più consapevole e perfetta, di quella concezione essenzialmente liberale secondo la quale

Concezione individualista dell'azione.

l'interesse pubblico è considerato in funzione dell'interesse privato, e la giustizia appare come un servigio che lo Stato mette a disposizione del cittadino per aiutarlo a sodisfare il proprio diritto soggettivo.

Alll'estremo opposto, come espressione di una concezione rigidamente autoritaria e collettivistica dello Stato, diametralmente antitetica a quella liberale, sta la teoria del *diritto astratto d'agire* (retro, § 35), secondo la quale l'azione, interamente svincolata dal diritto soggettivo, servirebbe unicamente all'interesse pubblico dell'osservanza della legge; qui il concetto di azione come diritto scompare e subentra quello di azione come pubblica funzione: il soggetto agente, il quale col promuovere il processo rende allo Stato il servizio di fornigli l'occasione per riconfermare la propria autorità, appare qui come investito di una pubblica funzione, che esso esercita non nell'interesse proprio ma nell'interesse dello Stato. L'azione in senso astratto, come « diritto di aver torto » non può giustificarsi che così: poichè anche chi presenta al giudice una domanda infondata, offre allo Stato l'occasione di pronunciare una sentenza, con cui, dichiarando che secondo la legge il richiedente ha torto, raggiunge il suo fine pubblico di far rispettare la legge. La assoluta prevalenza nell'ordine costituzionale dell'interesse collettivo porta a mettere sempre più in evidenza nel diritto oggettivo la volontà dello Stato, il comando, lasciando nell'ombra la funzione, già preminente, di garanzia ed equilibrio degli interessi individuali: così, mentre il diritto soggettivo si rassegna ad essere a poco a poco l'ombra di sè stesso, retrocesso al grado di interesse occasionalmente protetto, anche la giurisdizione civile insensibilmente si avvia a diventare giurisdizione di mero diritto oggettivo.

Concezione socialista della azione.

Tra queste due teorie estreme dell'azione, l'una corrispondente alla concezione cosiddetta liberale ed individualista dello Stato, l'altra corrispondente ad una concezione rigidamente autoritaria e collettivista, sembra che la teoria che meglio si adatta all'attuale momento storico dello Stato italiano sia quella, intermedia, del *diritto potestativo* formulata dal Chiovenda (retro, § 34 *c*). E' vero che, secondo la relazione Grandi (n. 19) « mentre il vecchio Codice considerava l'azione come un *prius* della giurisdizione, il nuovo Codice, capovolgendo i termini del binomio, concepisce l'attività della parte in funzione del potere del giudice »; ma è altresì vero che in più punti della stessa relazione si riafferma energicamente che la concezione corporativa dello Stato non nega il diritto soggettivo privato, ma anzi lo riconosce e lo difende in funzione della sua portata sociale (cfr. Carta del lavoro, VII): sicchè sembra in perfetta armonia con questa concezione, che ha alla sua base l'equilibrio e la coordinazione tra il punto di vista individuale e quello collettivo, la teoria chiovendiana dell'azione intesa come diritto potestativo, la quale, come si è visto, mette in evidenza la colla-

Concezione intermedia.

borazione che nel processo civile si realizza tra l'interesse privato e l'interesse pubblico. Tra l'azione intesa come asservimento della giustizia all'interesse privato, e l'azione intesa come asservimento dell'iniziativa privata all'interesse pubblico, l'azione come diritto potestativo significa convergenza dei due interessi, in quanto il singolo, che cerca nel processo la sodisfazione del suo interesse privato, dà così occasione allo Stato di sodisfare col render giustizia l'interesse collettivo.

La teoria dell'azione come diritto potestativo sembra dunque quella più storicamente adeguata al processo civile regolato dal nuovo Codice (il quale non dà alcuna definizione dell'azione, e lascia alla dottrina l'ufficio di determinare questo concetto); ma con questo non si nega che anche le altre teorie abbiano potuto nel passato o possano ancora nell'avvenire apparire storicamente meglio adeguate a spiegare una realtà sociale diversa da quella presente; anzi nello stesso ordinamento positivo oggi vigente si presentano non poche zone del diritto civile in cui prevalgono così energicamente le considerazioni di ordine pubblico, che l'azione relativa a questi rapporti va sempre più perdendo i caratteri del diritto soggettivo e sempre meglio assumendo quella figura di potere pubblico che, come tra poco si vedrà (§ 38), è stato messo sopra tutto in evidenza dai teorici del diritto astratto di agire.

§ 37. — Requisiti costitutivi dell'azione.

L'azione si può dunque concepire, in conformità della teoria che riteniamo oggi storicamente preferibile, come un diritto soggettivo *autonomo* (cioè tale che può sussistere di per sè, indipendentemente dalla sussistenza di un diritto soggettivo sostanziale) e *concreto* (cioè indirizzato ad ottenere un determinato provvedimento giurisdizionale *favorevole* alla domanda del richiedente).

Condizioni o requisiti della azione.

Questo diritto che mira ad ottenere un determinato provvedimento favorevole trova la sua sodisfazione nella pronuncia di questo provvedimento: ed in essa si esaurisce e si estingue (1). Ma quando è che questo diritto d'azione, che tende ad estinguersi nel provvedimento giurisdizionale, può dirsi *nato*? quali sono le circostanze pratiche che debbono verificarsi nella realtà affinchè sorga in concreto il diritto di azione? ossia (che in sostanza è la stessa domanda diversamente formulata) quali sono le circostanze pratiche che debbono verificarsi affinchè il giudice pronunci un provvedimento giurisdizionale *favorevole* alla domanda del richiedente? Per rispondere a queste do-

(1) Cfr. Redenti, *Profili*, n. 71, che parla di « estinzione dell'azione per sodisfazione ».

mande la dottrina ha classificato cosiffatte circostanze, sotto la denominazione di *condizioni dell'azione* (1) o di *requisiti dell'azione* (2); che anche più esattamente possono denominarsi *requisiti costitutivi*, per far intendere che senza di essi il diritto di azione (inteso come diritto al provvedimento favorevole) non nasce, e che essi devono quindi esser considerati come gli estremi necessari e sufficienti per far nascere in concreto il diritto di azione.

Affinchè l'organo giudiziario possa accogliere la domanda del richiedente, e con ciò sodisfare il diritto di azione che questi esercita, bisogna che esso organo si convinca che tale diritto concretamente sussiste: e per convincersi di ciò bisogna che verifichi la sussistenza in concreto di questi *requisiti costitutivi dell'azione*, l'esistenza dei quali forma quello che anche la nostra legge chiama il « merito » della domanda, che il giudice deve prendere in esame per valutarne la *fondatezza* e stabilire quindi *se essa meriti di essere accolta.*

La importanza pratica di questa categoria, che la legge positiva non definisce, ma che è necessariamente sottintesa in molte sue disposizioni, appare evidente sopratutto quando questi *requisiti costitutivi dell'azione* siano contrapposti, come più avanti si farà (§ 48), con quell'altra categoria di requisiti di natura profondamente diversa che la dottrina denomina *presupposti processuali.* La portata di questa contrapposizione si concentra principalmente su questo punto: che mentre i requisiti di questa seconda categoria, attinenti alla costituzione del processo, sono indispensabili affinchè il giudice possa entrare a esaminare il merito della domanda (tanto che essi si denominano anche, come a suo tempo si vedrà, *presupposti della trattazione del merito*) (3), i requisiti della prima categoria sono indispensabili affinchè il giudice possa accogliere la domanda, e pronunciare un provvedimento di merito favorevole al richiedente. La mancanza dei *requisiti del processo* rende *inammissibile* la domanda, cioè impedisce al giudice di entrare a esaminare il merito di essa (anche nel diritto comune si parlava, per questi difetti processuali, di eccezioni *litis ingressum impedientes*); la mancanza dei *requisiti dell'azione* la fa apparire *infondata*: i primi sono indispensabili per la pronuncia di un provvedimento *di merito* (favorevole o sfavorevole al richiedente, di accoglimento o di rigetto), i secondi indispensabili per la pronuncia di un provvedimento di merito *favorevole al richiedente.*

Condizioni dell'azione e presupposti processuali.

Secondo la dottrina prevalente, e nonostante qualche dissenso in-

---

(1) Chiovenda, *Istituzioni*, I, n. 19.

(2) Betti, *Diritto processuale civile italiano*, pag. 153 e segg.; lo Zanzucchi, *Dir proc. civ.*, I, pag. 60, parla di « condizioni di fondatezza della domanda ».

(3) Redenti, *Profili*, n. 152.

torno alla precisa delimitazione delle due categorie, i requisiti dell'azione sono tre: *a*) una certa *fattispecie giuridica,* ossia una certa *relazione fra un fatto e una norma; b*) la *legittimazione; c*) *l'interesse processuale.* Si noti che la elaborazione di questi concetti è stata fatta dalla dottrina specialmente in relazione alle azioni che mirano a ottenere un provvedimento dichiarativo (sentenza) e sopratutto in relazione ad esse ne parliamo; ma essa può adattarsi, con opportune modificazioni, a tutte le categorie di azioni.

a) Il primo requisito, quello che qui si denomina *relazione tra il fatto e la norma,* consiste in una certa situazione oggettiva di coincidenza (o, eccezionalmente, di non coincidenza) che deve essersi verificata nella realtà tra i fatti concretamente avvenuti e i fatti considerati come possibili da una norma giuridica: in una certa situazione oggettiva di coincidenza, si potrebbe anche dire, tra la fattispecie reale ed una fattispecie legale.

Relazione tra fattispecie e norma.

Verrebbe in mente di enunciare più semplicemente questo requisito col dire che, siccome di solito dalla coincidenza tra la fattispecie reale e la fattispecie legale scaturisce un diritto soggettivo, il primo requisito dell'azione sia la preesistenza, nel campo sostanziale, di un diritto soggettivo da far valere in giudizio (l'art. 99 del nuovo C.p.c. conserva infatti, secondo la tradizione dell'art. 35 del C.p.c. 1865 questa formula semplificata). Ma in realtà questa formula non sarebbe esauriente: perchè vi sono casi in cui l'azione sorge nonostante che non preesista ad essa alcun diritto soggettivo sostanziale; come avviene quando dal verificarsi nel campo sostanziale di una determinata fattispecie sorge *immediatamente* l'azione, come diritto ad ottenere dal giudice un certo mutamento giuridico che solo il giudice può pronunciare (sentenze costitutive necessarie) o come diritto a far dichiarare dal giudice che *non* sussiste il diritto vantato dall'avversario (sentenze di mero accertamento negativo).

ART. 99

Bisogna a questo scopo non dimenticare che mentre tradizionalmente l'azione ha il carattere di un succedaneo che serve a far valere il diritto soggettivo sostanziale rimasto insodisfatto (sicchè l'interesse ad agire sorge, come si dirà, dall'insodisfazione del diritto sostanziale), sono sempre più numerosi negli ordinamenti moderni, col progressivo intensificarsi del controllo dello Stato sulla sfera dell'autonomia privata, i casi in cui l'azione, anzichè un succedaneo del diritto soggettivo insodisfatto, è preordinata dalla legge come unica ed immediata tutela dell'interesse individuale: e in cui dal concreto coincidere dei fatti coll'ipotesi della legge sostanziale non sorge prima di tutto un diritto soggettivo che tenda alla prestazione di un obbligato, ma sorge immediatamente, come unico diritto soggettivo, l'azione diretta al provvedimento del giudice.

Ciò che deve dunque in ogni caso sussistere, come requisito dell'azione, è questa relazione, positiva o negativa, tra il fatto e la norma sostanziale: i fatti, che l'attore pone a base della sua domanda, devono avere, nei confronti di una norma giuridica sostanziale, una certa rilevanza, che faccia apparire il provvedimento richiesto come concretamente conforme alla legge. Naturalmente le figure che devono assumere i fatti affinchè sussista questa relazione tra essi e la norma giuridica, variano secondo la natura del provvedimento richiesto: per ottener la condanna del convenuto, bisognerà che la concreta fattispecie sia configurata in modo da coincidere con quella di una norma giuridica statuente in astratto un obbligo di prestazione; per ottener la costituzione di un nuovo stato giuridico, occorrerà che si verifichi nella realtà quella situazione di fatto in vista della quale una norma preordina in ipotesi il mutamento (per ottenere l'interdizione di un infermo di mente, occorrerà che l'interdicendo si trovi realmente in quello stato di infermità di mente che la norma astratta prevede come motivo ipotetico di interdizione); e così via. In certi casi (quando il provvedimento richiesto mira semplicemente all'accertamento negativo della insussistenza di un certo rapporto giuridico) questa relazione tra fatto e norma ha carattere *negativo*: per negare il diritto vantato dall'avversario, occorre dimostrare che tra la fattispecie reale e la norma invocata a suo favore dall'avversario *non vi è* coincidenza. E sempre la relazione ha carattere *negativo* nelle pronuncie di rigetto. Ma insomma, in ogni caso, a base di ogni azione, sta questo rapporto tra il fatto e la norma, questo raffronto tra una data fattispecie e una fattispecie supposta dalla legge, in cui necessariamente si riafferma il carattere sussidiario della funzione giurisdizionale nel sistema della legalità.

b) Secondo requisito è la *legittimazione ad agire* o *a contraddire* (*legitimatio ad causam,* detta anche *qualità* o *veste ad agire* o *a contraddire*: da non confondersi colla *legitimatio ad processum,* che, come si vedrà, è un requisito del processo: cfr. oltre, § 114) (1).

Legittimazione attiva e passiva.

Affinchè il giudice possa prendere i provvedimenti corrispondenti a quella relazione tra una fattispecie concreta e la norma giuridica, di cui finora si è discorso, non basta che tale relazione sussista *oggettivamente,* ma occorre altresì che la domanda gli sia presentata da chi si trovi difronte a quella fattispecie in quella posizione soggettiva che si chiama appunto *legittimazione ad agire* (*o legittimazione attiva*); e che d'altro lato la domanda sia proposta dall'attore contro un avversario che si trovi, in quella stessa fattispecie, nella posizione sog-

(1) Le denominazioni di « legittimazione attiva » e « legittimazione passiva » sono ora entrate anche nelle nostre leggi, cfr. art. 247, 248, 271, 276 C. c. Cfr. Chiovenda, *Istituzioni,* I, § 39; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.,* I, pag. 115 e segg

gettiva reciproca che si chiama *legittimazione a contraddire* (o *legittimazione passiva*). Si è già detto in generale che gli organi giurisdizionali non provvedono se non sono stimolati da un soggetto agente (*nemo iudex sine actore*: retro, § 31); ma qui, parlando dei requisiti dell'azione intesa come diritto a ottenere un provvedimento giurisdizionale favorevole, si dice *qualcosa di più*: che, cioè, affinchè il giudice provveda in senso favorevole al richiedente, non basta che la domanda gli sia proposta da una persona qualsiasi, ma occorre che gli sia presentata proprio da quella persona che la legge considera come particolarmente idonea a stimolare, in quel caso concreto, la funzione giurisdizionale. Si potrebbe astrattamente immaginare una società ideale in cui il senso della legalità fosse talmente sviluppato in tutti i cittadini da far sì che ciascuno di essi, indipendentemente dal suo tornaconto individuale, sentisse come un interesse proprio il generale mantenimento dell'ordine giuridico; sicchè fosse consentito a ciascuno, appena venisse a conoscenza di una qualsiasi infrazione di esso, anche se questa non lo riguardasse personalmente, di portarla senz'altro a cognizione del giudice e di ottenere, *uti civis*, i provvedimenti atti a restaurare nel caso concreto il diritto violato. In un ordinamento siffatto in cui il potere di stimolare l'esercizio della giurisdizione fosse consentito a tutti i cittadini *nella stessa misura*, il concetto di legittimazione non avrebbe più alcun significato pratico: essendo tutti i cittadini ugualmente qualificati a chiedere i provvedimenti giurisdizionali relativi *a qualsiasi concreta fattispecie* (anche se in essa non fossero in alcun modo personalmente interessati) la legittimazione ad agire cesserebbe di esser considerata come un particolare requisito dell'azione e si confonderebbe colla capacità processuale.

Ma questo non è il sistema attuale: in cui il giudice per accogliere la domanda non può contentarsi di accertare la reale sussistenza oggettiva di una concreta relazione tra la fattispecie affermata e la norma giuridica invocata, ma deve altresì esigere che la persona che chiede il provvedimento, e quella nei cui confronti esso è chiesto, si trovino *con quella fattispecie* in una tale situazione individuale che le faccia apparire come specialmente qualificate ad affermare e a contraddire su quella materia.

Legittimazione individuale normale.

Di questa *posizione soggettiva* dei contraddittori nei confronti della fattispecie controversa (esistendo la quale si dice che essi appaiono, in relazione alla medesima, come *legittimi contraddittori*, cioè come contraddittori forniti reciprocamente di legittimazione attiva e passiva) è intuitiva la necessità quando si discute in giudizio intorno alla sussistenza di un diritto soggettivo mirante ad una prestazione. Per ottenere dal giudice un provvedimento che condanni l'obbligato, non basta che sussista oggettivamente la inadempienza, ma occorre altresì che la

domanda sia proposta dal creditore insodisfatto in contraddittorio col debitore inadempiente; che nell'attore coincida la qualità di creditore, e quella di debitore nel convenuto. Affinchè il giudice possa condannare Tizio a restituire la cosa di proprietà di Caio che Tizio illegalmente detiene, non basta che tale detenzione sia oggettivamente contraria al diritto, ma occorre che la domanda di restituzione sia proposta da Caio, e non da un'altra persona; e che sia proposta contro Tizio, e non contro un'altra persona.

Questa è una conseguenza necessaria della natura disponibile dei diritti privati. Agire o contraddire in giudizio a tutela del proprio diritto è un modo di disporre di quel diritto: ed è facile quindi intendere come, nel campo del diritto privato, la *legitimatio ad causam* sia necessariamente compresa in quella sfera di autonomia individuale in cui rientra il diritto soggettivo, ossia che la legittimazione debba appartenere in modo esclusivo a quella stessa persona a cui appartiene in modo esclusivo il diritto soggettivo sostanziale. Si può dunque in proposito stabilire questa regola generale: che quando si controverte in giudizio su un rapporto di diritto privato, la legittimazione ad agire e a contraddire spetta rispettivamente al soggetto attivo e al soggetto passivo del rapporto sostanziale controverso (legittimazione *normale*).

Legittimazione anomala: casi in cui la legittimazione non coincide colla titolarità del rapporto sostanziale.

Tuttavia, anche quando si controverte su un diritto soggettivo privato, può accadere che eccezionalmente si verifichi quella attribuzione a persone diverse del diritto e della legittimazione, che permette di vedere anche praticamente la distinzione tra questi due momenti d'azione (legittimazione *anomala*).

Ciò può avvenire, ad esempio, quando il rapporto giuridico sostanziale intercorra non tra due soli soggetti, ma tra una pluralità di soggetti attivi o passivi: in casi siffatti può darsi che la legge stabilisca che ciascuno dei soggetti attivi e passivi sia legittimato da sè solo a agire o a contraddire in giudizio per l'intero rapporto (cfr. per es., quello che dispone per le obbligazioni solidali l'art. 1292 C.c.), oppure può darsi che la stessa legge disponga che il giudice non possa pronunciare sul rapporto se non agiscono o non sono chiamate a contraddire tutte le persone che secondo il diritto sostanziale sono interessate al rapporto medesimo (*litisconsorzio necessario*: cfr. ad es., l'art. 784: « Le domande di divisione ereditaria o di scioglimento di qualsiasi altra comunione, debbono proporsi in confronto di tutti gli eredi o condomini e dei creditori opponenti se vi sono »). La differenza pratica fra queste due serie di casi è evidente: mentre nella prima ipotesi il giudice, se si convince che il diritto esiste, può accogliere la domanda anche se questa gli è presentata da uno solo dei titolari del medesimo (per es., se la condanna del debitore è chiesta da uno solo dei creditori solidali), nella seconda ipotesi il giudice anche se il diritto esiste

ART. 784

non può accogliere la domanda, ove questa non sia presentata da tutti e contro tutti gli interessati. Questa seconda ipotesi è espressa-
ART. 102 mente prevista dall'art. 102 del nuovo C.p.c., il quale, sotto il titolo *litisconsorzio necessario,* così dispone: « Se la decisione non può pro-
Litisconsorzio necessario. nunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo. Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice ordina la integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito ».

Altri casi in cui si vede chiara la distinzione tra i soggetti del rapporto sostanziale e i legittimati *ad causam* si possono verificare quando abbia avuto luogo una successione nel rapporto sostanziale, specialmente se questa si sia verificata durante un processo già in cor-
ART. 111 so: notevole è a questo proposito la disposizione dell'art. 111 del C.p.c., secondo il quale « se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie. Se il trasferimento a titolo particolare avviene a causa di morte, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto ». Quest'ultima ipotesi, che costituisce una notevole innovazione del C.p.c., è particolarmente istruttiva: Tizio ha iniziato contro Caio un giudizio di rivendicazione di una cosa mobile che questi detiene; durante il corso del giudizio Caio muore, istituendo erede di tutto il suo patrimonio il proprio figlio Mevio, ma lasciando per legato a Sempronio quel mobile su cui pendeva il giudizio di rivendicazione
Sostituzione processuale. promosso da Tizio. Secondo la disposizione dell'art. 111, l'originario attore Tizio dovrà continuare il processo non contro il legatario (nel quale si è trasferito a titolo particolare il diritto di cui si contende) ma contro l'erede universale del *de cuius,* quantunque l'oggetto rivendicato non appartenga a lui. Qui è chiaro che mentre soggetto passivo del rapporto sostanziale controverso è il legatario (perchè, se la rivendicazione sarà accolta, le conseguenze pratiche del provvedimento faranno carico a lui, che non può beneficiare del legato), legittimato passivo è il successore universale: la scissione tra il diritto e la legit-
ART. 81 timazione è evidente. Il caso finora esaminato rientra in quella più generale figura che anche il C.p.c. denomina ora « sostituzione processuale » (art. 81: cfr. oltre, § 116): in forza della quale, nei casi espressamente previsti dalla legge, una persona può stare in giudizio per far valere *in nome proprio* un diritto altrui (e appunto perchè lo fa valere *in nome proprio* questa figura della sostituzione si distingue da quella della rappresentanza). Tra i casi di sostituzione processuale si cita quello, regolato dall'art. 2900 C.c., secondo il quale i creditori, per il conseguimento di quanto è loro dovuto, *sono attivamente legittimati* a esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quelli di natura esclusivamente personale; e quello regolato dall'art. 184,

comma terzo C.c., secondo il quale « il marito ha facoltà (cioè è *legittimato*) di agire contro i debitori e i possessori della dote », anche se di questa è proprietaria la moglie.

Legittimazione per categoria.

Ma i casi in cui si vede sempre meglio la possibilità di una distinzione pratica tra il diritto sostanziale e la legittimazione *ad causam* sono quelli in cui si controverte non intorno a un rapporto obbligatorio, ma intorno a un rapporto di *status* personale o familiare, esorbitante dalla disponibilità dei privati: qui può accadere che le persone alle quali la legge riconosce il potere di agire siano diverse da quelle che secondo il diritto sostanziale sono direttamente partecipi del rapporto controverso. Così avviene, ad esempio, che la legittimazione attiva ad impugnare per nullità un matrimonio sia concessa dalla legge non ai soli sposi, l'uno nei confronti dell'altro, ma altresì nei confronti di ambedue gli sposi, alle persone appartenenti a una certa cerchia familiare (art. 117 C.c.), cioè a persone non partecipanti a quel rapporto matrimoniale della cui nullità si discute; e qualcosa di simile si verifica nel caso di legittimazione ad agire in tema di interdizione e inabilitazione (art. 417 C.c.). Si parla qui di legittimazione *per categoria*, in quanto la legittimazione è riconosciuta indistintamente a tutte le persone appartenenti a una certa categoria familiare o sociale, ciascuna delle quali può, nell'agire o nel contraddire, tenere il posto dell'altra.

Legittimazione pubblica.

ART. 69

Questo distacco della legittimazione *ad causam* dal diritto sostanziale raggiunge il suo *maximum* in quei casi, sempre più frequenti anche nel nostro diritto (cfr. § 35) in cui la legittimazione ad agire spetta, anche in materia civile, al pubblico ministero (art. 69 C.p.c.: « il pubblico ministero esercita l'azione civile nei casi stabiliti dalla legge »). Qui siamo all'estremo opposto a quello da cui siamo partiti: mentre il carattere essenzialmente disponibile del diritto soggettivo privato porta come necessaria conseguenza che la legittimazione *ad causam* spetti in maniera esclusiva agli stessi soggetti del rapporto controverso (legittimazione *normale*) si arriva, attraverso le figure intermedie della legittimazione *anomala*, a questa legittimazione *pubblica* (del pubblico ministero), in forza della quale, anche se i soggetti del rapporto sostanziale rimangono inerti, vi è un organo dello Stato che nell'interesse pubblico provoca, su quello stesso rapporto, l'esercizio della giurisdizione. Vi è dunque, in questo trasferirsi della legittimazione dal privato, titolare del diritto soggettivo, a un organo pubblico, un indizio di un progressivo attenuarsi del diritto soggettivo e di una prevalenza sempre più decisa, anche nel processo civile, dell'interesse pubblico alla osservanza del diritto oggettivo.

ART. 100

c) Terzo requisito dell'azione è l'*interesse processuale*, la cui importanza specifica è tradizionalmente consacrata negli aforismi correnti tra i pratici « l'interesse è la misura delle azioni »; « *point d'in-*

L'interesse processuale.

terêt, point d'action » (1). Di questo requisito parla esplicitamente l'art. 100 del nuovo Codice: « Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse ». La formula adoprata da questo articolo, con cui si è voluto riprodurre quasi invariata quella tradizionale adoprata dal vecchio Codice (art. 36), si presta ad equivoco in quanto può far credere che il requisito dell'interesse attenga al momento della *proposizione*, non già a quello dell'accoglimento della domanda; in realtà anche chi non ha interesse può, dal punto di vista processuale, proporre una domanda, colla conseguenza che poi, anche se sussistono gli altri due requisiti dell'azione, cioè il diritto e la legittimazione, la vedrà respingere per mancanza di questo terzo requisito dell'interesse. Lo stesso art. 100, quantunque nella epigrafe parli soltanto di *interesse ad agire*, distingue poi nel testo l'interesse ad agire dall'interesse a contraddire: anche qui, come per la legittimazione, si potrebbe parlare, in corrispondenza col soggetto attivo e col soggetto passivo dell'azione, di interesse *attivo* (ad agire) e di interesse *passivo* (a contraddire).

Interesse processuale e interesse sostanziale.

Questo interesse *processuale* ad agire e a contraddire in giudizio non deve andar confuso con quell'interesse *sostanziale* al conseguimento di un bene che costituisce il nucleo del diritto soggettivo. Non si deve dimenticare che la osservanza del diritto oggettivo, e con essa la sodisfazione degli interessi individuali che il diritto tutela, si compie normalmente senza bisogno di ricorrere agli organi giudiziari (retro, § 11), l'intervento dei quali rappresenta un rimedio sussidiario, la cui utilità si rivela soltanto quando è mancato quel volontario conformarsi della condotta individuale alla volontà della legge, sul quale l'ordinamento giuridico fa in prima linea affidamento. L'interesse processuale ad agire e a contraddire sorge appunto quando si verifica in concreto quella circostanza la quale fa ritenere che la sodisfazione dell'interesse sostanziale tutelato dal diritto *non possa essere più conseguita senza ricorrere all'autorità giudiziaria*: ossia quando si verifica in concreto la circostanza che rende indispensabile la messa in opera della garanzia giurisdizionale.

Le circostanze che possono far sorgere in concreto l'interesse processuale variano secondo il contenuto del diritto sostanziale rimasto insodisfatto e secondo la natura del provvedimento giurisdizionale dal quale esso attende il suo sodisfacimento.

Specialmente visibile è la distinzione tra interesse sostanziale e interesse processuale (e il diverso momento cronologico in cui sorge questo secondo), quando chi agisce è un creditore che mira ad ottenere

(1) Cfr. Chiovenda, *Istituzioni*, I, § 40; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 118 e segg.

un provvedimento di condanna contro il debitore inadempiente. Normalmente il sodisfacimento del diritto di credito avviene attraverso il volontario adempimento dell'obbligato: cosicchè, fino a quando il momento di esigere la prestazione non è venuto e non si sa se alla scadenza adempirà regolarmente il suo obbligo, il creditore non ha interesse *processuale* a rivolgersi al giudice per farlo condannare, perchè, fino al momento della scadenza, il suo interesse sostanziale attende e deve attendere il suo normale sodisfacimento, non dalla forza dello Stato, ma dalla libera volontà dell'obbligato; e se il creditore, prima che il debito sia scaduto, si rivolgesse al giudice per ottenere la condanna del debitore che ha tutte le buone intenzioni di pagare regolarmente alla scadenza, il giudice giustamente rigetterebbe la sua domanda, non già per insussistenza del diritto sostanziale, ma per mancanza di interesse processuale a chiedere all'autorità giudiziaria ciò che prima di tutto dev'esser chiesto, quando la scadenza giunga, all'obbligato. Si vede da questo esempio che l'interesse processuale non nasce in uno stesso punto col diritto soggettivo, ma nasce *dopo*, al momento in cui il diritto soggettivo comincia a trovarsi in uno stato di insodisfazione: solo se mancherà il tempestivo pagamento, cioè la volontaria prestazione dell'obbligato, sorgerà l'azione, cioè il diritto di rivolgersi all'autorità dello Stato affinchè assoggetti l'inadempiente. L'interesse processuale sorge dunque quando il bene al quale l'attore aspira non si può più conseguire altro che per via giudiziaria; il conseguimento di questo bene dev'essere normalmente e si potrebbe dire fisiologicamente cercato nella prestazione dell'obbligato; solo in difetto di questa sottentra, per ottenere tale conseguimento, un altro mezzo sussidiario, che è l'azione. Affinchè sorga l'interesse processuale non basta dunque che si dimostri l'esistenza di un interesse a conseguire il bene, ma occorre che per sodisfare questo interesse sostanziale non ci si possa servire del mezzo normale dell'adempimento e si debba ricorrere al mezzo succedaneo dell'azione.

Casi in cui l'interesse processuale nasce dall'inadempimento.

Ma l'importanza dell'interesse processuale come requisito dell'azione è ancor più evidente in quei casi in cui la situazione concreta, dalla quale sorge la necessità di ricorrere all'autorità giudiziaria, non è costituita dalla mancata prestazione di un obbligato e quindi dalla insodisfazione di un diritto soggettivo, ma dalla esistenza di uno stato oggettivo di inosservanza del diritto, che solo il provvedimento giurisdizionale può rimuovere: come accade quando l'azione mira a un provvedimento di mero accertamento o a un provvedimento costitutivo.

Si possono presentare nella pratica certi casi (cfr. retro, § 16) in cui, pur non essendo ancora esigibile la prestazione e non potendosi quindi parlare, prima della scadenza della obbligazione, di inadempimento della medesima, è sorta tuttavia ed ha avuto manifestazioni

Casi in cui l'i. p. nasce dalla incertezza del diritto.

oggettive una certa situazione di incertezza intorno alla sussistenza del diritto, la quale può far prevedere che, appunto a causa di essa, l'adempimento alla scadenza sarà rifiutato: in previsione di che il valore economico del diritto si trova fino da ora menomato. Oppure può accadere (gli esempi si potrebbero moltiplicare) (1) che sorga incertezza intorno alla sussistenza di un rapporto o *status* familiare (matrimonio, filiazione) e per conseguenza intorno ai diritti e doveri che potrebbero derivarne. In casi siffatti questa situazione di dannosa incertezza del diritto non può essere rimossa se non mediante l'accertamento ufficiale del giudice: non esiste un obbligato al quale l'avente diritto si possa rivolgere, prima che al giudice, per chiedergli l'adempimento dell'obbligazione, perchè, come si è detto, non esiste in questi casi una obbligazione scaduta della quale si possa chiedere l'adempimento. Lo stato di incertezza fa dunque sorgere senz'altro l'interesse (processuale) a chiedere al giudice un provvedimento di mero accertamento, che rimuova con una dichiarazione ufficiale tale stato dannoso. Nessuna disposizione del nuovo Codice dichiara espressamente che l'interesse processuale, di cui parla l'art. 100, possa consistere anche nell'interesse ad ottenere l'accertamento di una situazione giuridica incerta, dannosa al richiedente; ma poichè già sotto l'impero del Codice precedente la giurisprudenza, solo basandosi sulla formula generica dell'art. 36, era giunta ad ammettere che nel concetto di interesse ad agire fosse implicitamente compreso anche quello indirizzato a rimuovere il danno prodotto dall'incertezza del diritto, così si è ritenuto che non fosse opportuno cambiare nel nuovo Codice la formula antica, complicandola con inutili specificazioni, che pure erano state proposte in qualche progetto (2).

Casi in cui l'i. p. nasce dalla legge.

Si hanno finalmente casi in cui l'interesse processuale sorge senz'altro dal fatto che, sussistendo in concreto le condizioni poste dalla legge sostanziale per dar luogo al mutamento di un certo rapporto o stato giuridico (per es. uno di quei vizi che la legge civile considera come motivo di nullità del matrimonio, art. 117 e segg. C.c.; o quello stato di infermità di mente, che l'art. 419 dello stesso Cod. considera motivo di interdizione), la legge stessa dispone che il mutamento non possa essere prodotto dalla sola volontà dei privati interessati, ma possa essere ottenuto soltanto attraverso la pronuncia del giudice, previo accertamento della sussistenza delle condizioni a tale scopo richieste. Qui il mutamento non può essere ottenuto (poichè si tratta di rapporti

(1) Esempi in CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pag. 207 e segg.

(2) Art. 2 del progetto 1926: « Per far valere un diritto in giudizio è necessario avervi interesse. Esiste questo interesse anche quando senza l'accertamento giudiziale della esistenza o della inesistenza di un diritto o di un obbligo taluno sia per patire ingiusto pregiudizio ».

sottratti alla disponibilità delle parti) se non mediante il provvedimento giurisdizionale; il quale ha carattere necessario. Da questa indisponibilità del rapporto e dalla necessità che ad operarne il mutamento intervenga un provvedimento costitutivo del giudice, nasce senz'altro l'interesse ad agire, indipendentemente da qualsiasi contestazione o incertezza del rapporto: anche se gli interessati sono perfettamente d'accordo sul mutamento da operare (per es. tutt'e due i coniugi sono concordi nel volere l'annullamento del loro matrimonio), anche se sulla sussistenza delle condizioni a ciò necessarie non sussiste tra loro alcuna incertezza, l'interesse a ricorrere al giudice è dato dal fatto che per evitare il perdurare di quella situazione dannosa, la legge non offre altra via che il rivolgersi al giudice affinchè la faccia cessare.

Si può dunque concludere che l'interesse processuale, nelle sue diverse configurazioni, sorge soltanto quando lo scopo che il richiedente si propone di raggiungere mediante l'azione non può (o non può più) esser raggiunto se non mediante il provvedimento del giudice; quando la situazione giuridica esistente prima del processo è tale che il ricorso all'autorità giudiziaria si presenta come *necessario*.

Sappiamo già che lo Stato affida l'osservanza del diritto, prima che all'autorità giudiziaria, alla libera volontà degli obbligati, e che solo dove questa manca o è irrilevante, promette di intervenire in un secondo momento come garante: l'interesse processuale sorge dunque nello stesso momento in cui l'invocazione di questa garanzia promessa in via sussidiaria dallo Stato appare come l'unico mezzo che ancora rimane per ottenere l'osservanza del diritto.

I tre requisiti costitutivi di cui abbiamo parlato finora devono concorrere affinchè possa considerarsi nata l'azione, intesa in senso concreto, come diritto al provvedimento favorevole: la mancanza di uno solo di essi porterebbe ugualmente al rigetto in merito della domanda. Se si chiede al giudice di condannare al pagamento un asserto debitore della dote (art. 184 C. c.) la domanda sarà rigettata come infondata non solo se risulterà che il preteso debito non sussiste (mancanza del primo requisito), ma anche se la domanda sarà presentata dalla moglie invece che dal marito, unico legittimato ad agire contro i debitori della dote (mancanza del secondo requisito), ovvero anche se risulterà che, pur agendo il marito per un debito realmente esistente, questo non è ancora scaduto (mancanza del terzo requisito).

E' bene avvertire, a chiusura di questo argomento dei requisiti costitutivi dell'azione, ch'esso è uno dei più controversi nella dottrina. Secondo la concezione, astratta o concreta, che si ha dell'azione, varia la rilevanza di essi; e assai dibattuta è anche la linea di confine tra essi e i cosiddetti presupposti processuali. Mentre secondo alcuni autori la legittimazione *ad causam* si dovrebbe considerare come un pre-

Distinzione tra proponibilità e fondatezza della domanda.

supposto processuale (1), non mancano altri che nella categoria dei requisiti costitutivi dell'azione vorrebbero far rientrare certe condizioni (per es. la capacità d'esser parte; o la cosiddetta competenza giurisdizionale del giudice italiano nei confronti degli stranieri o nei confronti della pubblica amministrazione) che, secondo la dottrina prevalente, rientrano invece tra i presupposti processuali ovvero rimangono assorbiti in uno dei requisiti costitutivi sopra esaminati (2). E infine, anche tra coloro che accettano la classificazione sopra esposta e che considerano come questioni ugualmente attinenti *al merito* (e non *al processo*) tutte quelle che riguardano i tre suddetti requisiti, vi è tuttavia una certa tendenza a distinguere le questioni attinenti al primo requisito (che riguarderebbero la *fondatezza* in senso stretto) da quelle attinenti al secondo e al terzo (che riguarderebbero piuttosto la *proponibilità* della domanda) (3): ed anche nella terminologia dei pratici il rigetto della domanda per *infondatezza* (perchè non sussiste il diritto) si distingue dal rigetto della domanda per *carenza di azione,* espressione riservata ai casi in cui la domanda è rigettata per difetto di legittimazione o di interesse processuale. Ma si tratta di distinzioni sottili e praticamente non sempre rilevanti, sulle quali non è possibile insistere in un corso elementare che deve limitarsi a dare i contorni estremi degli istituti.

§ 38. — Azione privata e azione pubblica.

L'analisi ora compiuta dei requisiti costitutivi dell'azione ci permette di intendere esattamente la portata della contrapposizione, sempre più importante anche nel campo del processo civile, tra azione *privata* e azione *pubblica.*

Ricordiamo quello che già si disse a suo tempo (§ 12) sulla distinzione tra *diritto privato* e *diritto pubblico,* basata non già sulla natura privata o pubblica dell'interesse protetto dalla norma, ma sulla spettanza del potere di disporre della tutela giuridica riconosciuta al medesimo; ora, poichè tra i poteri di disposizione rientra anche il potere di invocare la garanzia giurisdizionale, la distinzione fra diritto privato e diritto pubblico nel campo sostanziale si proietta nel processo attraverso la legittimazione ad agire: e si ha quindi *azione privata* quando il potere di provocare l'esercizio della giurisdizione è

---

(1) Andrioli, *Comm. al nuovo C.p.c.*, I, pag. 256, III; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 296.

(2) Cfr. Morelli, *Diritto proc. civile internazionale* (Padova, 1938), n. 51, Betti, *Dir. proc.*, n. 38.

(3) Cfr. Redenti, *Profili,* n. 231.

riservato in modo esclusivo al titolare dell'interesse individuale che la norma giuridica protegge, e *azione pubblica* quando tale potere è affidato dallo Stato a un apposito organo pubblico, che agisce, indipendentemente da ogni stimolo privato, per dovere d'ufficio.

Azione penale pubblica.

L'azione è sempre pubblica nel processo penale (art. 1 C.p.p.), nel quale il potere stimolatore per l'applicazione della legge penale spetta sempre al pubblico ministero (Ord. giud. art. 74 « il pubblico ministero inizia ed esercita l'azione penale »): e se esistono categorie di reati per i quali (o per la loro tenuità, o per altre considerazioni) non si procede che a querela di parte, cioè della persona offesa dal reato (art. 120 C. p.), ciò non significa che in questi casi l'azione sia privata, perchè, una volta avvenuta la presentazione della querela, l'azione penale è esercitata anche qui dall'organo pubblico.

ORD. GIUD. ART. 74.

Ma se l'azione pubblica è tipica del processo penale, non si deve credere che sia altrettanto tipica del processo civile l'azione privata: se infatti nella massima parte dei casi la giurisdizione civile è affidata allo stimolo dell'interesse individuale, esistono però anche nel processo civile casi sempre più numerosi di azione *pubblica,* nei quali organo agente non è il privato ma il pubblico ministero.

La legittimazione del pubblico ministero ad agire nel processo civile ha in certi casi il carattere di una *sostituzione processuale* (retro, § 37 *b*); quest'organo ha tra le sue attribuzioni quella di vegliare alla tutela delle persone che non abbiano la piena capacità giuridica (Ord. giud., art. 73, art. 75), e quando agisce per far valere in giudizio diritti di un incapace, l'azione è proposta a tutela di quello stesso interesse individuale che il sostituito, se fosse capace, potrebbe perseguire da sè (es., art. 105, C.p.p.) (1). Ma in altri casi la legittimazione ad agire del p. m. ha carattere, invece che sostitutivo, *principale,* in quanto egli mira a far valere, per motivi di ordine pubblico, un interesse che non appartiene alle persone interessate nel rapporto, ma che è ad esse superiore ed aspira a sodisfarsi anche in contrasto colla loro volontà (si pensi, ad es., al caso in cui il p. m. agisca per ottenere l'annullamento di un matrimonio del quale ambedue gli sposi sostengono la validità: art. 117, 119, 125 C. c.). Qui la legittimazione del p. m. (come in questi casi si esprime il già citato art. 73) è data « per fare eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico... »: e l'azione, del tutto indipendente da ogni scopo di tutela dell'interesse individuale, appare ormai come un potere pubblico, unicamente indirizzato a far osservare il diritto oggettivo.

Azione civile pubblica.

ORD. GIUD. ART. 73-75.

---

(1) Cfr. CRISTOFOLINI, *Sulla posizione e sui poteri del p. m. nel processo civile,* in « Riv. dir. proc. civ. », 1930, II, pag. 23 e segg.; ALLORIO, *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile,* in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, I, pag. 212 e segg.

Difronte all'azione penale che è sempre *pubblica* (nel senso che è sempre esercitata da un organo pubblico), l'azione civile è nella maggioranza dei casi privata, ma in certi casi, costituenti una minoranza che tende ad accrescersi (1), può anche esser pubblica (cfr. art. 290 C. c.). Questa duplicità di tipi che presenta nel nostro diritto positivo l'azione civile conferma che *non tutto il diritto civile è diritto privato*: e che accanto alle norme giuridiche la cui osservanza è affidata alla disponibilità delle parti, si hanno anche nel campo del diritto civile casi sempre più numerosi di norme giuridiche (quelle regolanti i rapporti cosiddetti *indisponibili* o *di ordine pubblico*) le quali presentano quel carattere tipico del diritto pubblico che consiste, come si è detto, nell'esserne affidata l'osservanza alla iniziativa ufficiale della pubblica autorità.

Ora che abbiamo chiarito la fondamentale differenza che passa tra questi due tipi di azione civile, sembra che ciò confermi quanto si è detto più sopra (§ 36) a proposito del carattere relativo e contingente delle teorie sull'azione: se infatti possono perfettamente adeguarsi all'azione privata civile quelle teorie che la considerano come un diritto soggettivo (potestativo) indirizzato al provvedimento giurisdizionale favorevole, nel quale si riscontrano i due elementi dell'interesse individuale e della volontà che ne dispone, tali teorie non sembrano applicabili all'azione civile esercitata dal pubblico ministero, la quale si riduce a un puro potere pubblico esercitato al fine dell'osservanza del diritto oggettivo (2).

Casi intermedi tra l'azione civile privata e l'azione c. pubblica.

Si noti anche che tra l'azione privata esercitata a tutela del diritto soggettivo proprio del soggetto agente, e l'azione pubblica esercitata dal pubblico ministero nell'interesse pubblico dell'osservanza del diritto oggettivo, il distacco non è netto, perchè tra questi due tipi estremi il passaggio avviene gradatamente attraverso una serie di tipi intermedi, nei quali l'azione, pur essendone attribuita la legittimazione ad un privato, non è esercitata a tutela di un diritto soggettivo del medesimo. Sono questi i numerosi casi, che già abbiamo ricordato, di legittimazione *anomala*, tra i quali quella per *categoria*, (cfr. retro, § 37 *b*), in cui l'azione non spetta al titolare dell'interesse in genere, ma spetta a tutte le persone appartenenti a una certa cerchia genericamente determinata, come potrebb'essere, nelle cause concernenti i

---

(1) Nel C. c. i casi più importanti di azione civile esercitata dal p. m. sono in tema di: annullamento di deliberazioni di associazioni e fondazioni (art. 23); dichiarazione di assenza e morte presunta (art. 62); opposizione a matrimonio (art. 102); nullità di matrimonio (art. 117, 119, 125); autorizzazione a impugnativa di riconoscimento (art. 264); revoca dell'adozione (art. 303, 307, 308); patria potestà (art. 336); interdizione e inabilitazione (art. 417, 429).

(2) Cfr. Redenti, *Profili*, pag. 95.

rapporti di famiglia, la cerchia dei « parenti » (cfr., per es., nel C. c., la legittimazione dei parenti a proporre opposizione al matrimonio, art. 102; art. 117 e 119 in tema di annullamento di matrimonio; art. 417 e 429 in tema di interdizione, ecc.). In questi casi la legittimazione è data da una certa situazione giuridica in cui l'agente si trova nel rapporto di parentela; ma altre volte si prescinde anche da ogni qualificazione giuridica, e la cerchia dei legittimati può allargarsi a comprendere genericamente tutti gli interessati (per es., art. 117 C. c.); e si può così arrivare fino alla figura limite dell'azione *popolare* (ammessa solo in casi eccezionali nel nostro diritto (1), ma largamente conosciuta in altri tempi e in altre legislazioni) in cui legittimato ad agire è *quisquis de populo*. In tutti questi casi non siamo ancora nell'azione pubblica, perchè l'azione non è esercitata da un organo pubblico; ma siamo anche lontani dall'azione privata concepita come strumento del diritto soggettivo, in quanto il potere di azione conferito a questi legittimati si avvicina all'esercizio di un pubblico potere, preordinato ad assicurare l'attuazione del diritto oggettivo in certe zone dell'ordinamento giuridico nelle quali non si reputa sufficiente l'iniziativa individuale del titolare del diritto soggettivo: lo stesso avviene (come vedremo fra poco, oltre, § 42) nella cosiddetta « giustizia amministrativa » nella quale il ricorso proposto dal cittadino contro l'atto amministrativo illegittimo non serve che indirettamente alla tutela dell'interesse individuale, il quale è sfruttato a fine pubblico come uno stimolo per indurre il cittadino a rendere allo Stato il servizio di denunciargli una illegalità commessa dalla pubblica amministrazione.

E' opportuno avvertire che i due requisiti costitutivi dell'azione, la legittimazione e l'interesse processuale, che si presentano ben distinti nella figura dell'azione privata, tendono a confondersi e a sovrapporsi in queste figure intermedie, fino a identificarsi del tutto nell'azione pubblica: quando, per esempio, un parente, di quelli che la legge ammette a esercitare l'azione di annullamento di un matrimonio, agisce a questo scopo in giudizio, non gli si può chiedere qual è l'interesse che giustifica tale azione, in quanto l'interesse è già implicito per volontà della legge nella sua qualità di parente. A maggior ragione la ricerca della legittimazione e dell'interesse processuale non avrebbe senso nel caso di azione pubblica esercitata dal pubblico ministero, il quale è legittimato ad agire non in vista di una speciale posizione individuale in cui esso si trovi nel rapporto sostanziale di cui si discute, ma agisce impersonalmente come organo dello Stato, qualificato dalla sua funzione e stimolato dal dovere di ufficio.

---

(1) Cfr. Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 314-15.

§ 39. — Elementi di identificazione delle azioni (o cause).

Dai requisiti costitutivi dell'azione, che sono gli estremi necessari affinchè l'azione sorga (intesa come diritto al provvedimento favorevole), la dottrina e la pratica distinguono i cosiddetti *elementi dell'azione* (o anche della domanda o della causa), i quali servono a individuare o, come anche si dice, a « identificare » e quindi a distinguere dalle altre, un'azione considerata come già sorta in concreto; e si parla di identificazione delle azioni come della « operazione con cui si confrontano fra loro più azioni al fine di stabilire se siano identiche o diverse » (1).

Elementi di identificazione di un diritto soggettivo.

Per tutti i diritti soggettivi (non soltanto per il diritto d'azione) si può presentare nella pratica il problema della loro concreta individuazione e della loro distinzione da altri diritti. I diritti soggettivi, considerati in astratto come una categoria giuridica, possono raggrupparsi secondo astratti criteri classificatorî (come quando si distinguono, per esempio, i diritti reali dai diritti personali); ma quando un diritto soggettivo è sorto concretamente nella realtà, allora esso si individua storicamente per certi elementi che lo rendono riconoscibile da tutti gli altri, e che si potrebbero quasi chiamare i suoi « connotati ». Se un commerciante, nel fare il bilancio, considera in attivo i suoi crediti, li distingue l'uno dall'altro prima di tutto per la diversità dei debitori: il credito verso Tizio è un « individuo » giuridico ed economico distinto dal credito verso Caio. E se più crediti riguardano uno stesso debitore, essi costituiscono tuttavia distinte unità per il diverso titolo per cui sono sorti e per il loro diverso *quantum*: se un commerciante avanza dalla stessa persona una somma per affitto di un quartiere locatole e una somma per pagamento di prezzo di certe merci vendutele, considererà di avere verso di essa, quantunque il debitore sia uno solo, *due* diversi crediti, distinti per titolo e per oggetto.

Distinzione tra azione e causa.

Anche per le azioni, concepite come diritti a ottenere un determinato provvedimento favorevole, si presenta spesso la necessità pratica di sicuri criteri di identificazione: come quando (vedremo più avanti qualche esempio) dal rapporto di identità o di diversità in cui si trova una azione, che si vuol proporre, con un'altra azione già proposta o già decisa, possono derivare conseguenze diverse sulla competenza del giudice o sui limiti entro i quali si farà sentire l'autorità della cosa giudicata. Ma qui occorre avvertire (poichè questo problema della identificazione delle azioni si può presentare prima che la effettiva sussistenza dell'azione sia accertata dalla sentenza, e quando

(1) Chiovenda, *Istituzioni*, I, n. 108.

il diritto al provvedimento favorevole si trova semplicemente affermato dall'attore nella domanda, *che potrebbe anche essere infondata*) che nella pratica il problema della identificazione delle azioni si presenta piuttosto come problema di identificazione delle « cause »: sicchè è indispensabile a questo punto chiarire, prima di parlare dei criteri di identificazione, qual è nel nostro diritto positivo l'esatto significato di questa espressione di « causa », di cui anche il nuovo C.p.c. fa così largo uso.

Fin dall'art. 2 del nuovo Codice si incontra la parola causa (« ...causa relativa ad obbligazioni »); fin dall'art. 3 si pone un problema di identificazione *di cause,* quando si dispone che « la giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza davanti a un giudice straniero *della medesima causa o di altra con questa connessa* »: che cosa vuol dire, in questo e negli articoli seguenti, la parola « causa »? e per quali caratteri si stabilisce se una causa proposta dinanzi al giudice italiano sia, nei confronti di quella pendente davanti al giudice straniero, « la medesima » o « un'altra »?

ART. 2, 3.

Sappiamo già che, *nella fase di cognizione,* il diritto di proporre la domanda e il diritto di ottenere una decisione sul merito della medesima non si identifica col diritto di azione: se questo ci sia (cioè se la domanda sia fondata) potrà dirlo soltanto, alla fine del processo, il giudice: il quale dunque, nello stesso momento in cui accerterà la concreta sussistenza del diritto di azione (diritto al provvedimento favorevole), ne effettuerà insieme la sodisfazione, ponendo in essere proprio quel provvedimento al quale l'attore ha diritto. Ma anche se il diritto di azione non c'è, e alla fine il giudice respingerà la domanda come infondata, il giudice dovrà pure, prima di decidere, esaminare nei suoi varî elementi la domanda proposta dall'attore, le ragioni su cui si appoggia, le varie questioni di diritto e di fatto che essa presenta: e dovrà altresì, correlativamente, prendere in esame le difese del convenuto, il quale, chiedendo il rigetto della domanda avversaria, verrà in questo modo a formulare a sua volta una proposta di provvedimento, che non potrà essere accolta se non in quanto il giudice abbia riconosciuto la sussistenza di certi suoi requisiti. Il giudice si troverà così di fronte a un complesso e vasto *materiale di cognizione,* portato dinanzi a lui dalle contrapposte deduzioni delle parti, il quale costituirà l'oggetto e il tema delle sue indagini. La fase di cognizione si chiama così perchè in essa il giudice prima di poter formulare il comando che è la conclusione del suo spesso assai lungo ragionamento, deve svolgere una paziente attività intellettiva, che consiste appunto in una « cognizione » o conoscenza; ma conoscenza non si ha senza un oggetto del conoscere. La « causa » è appunto l'oggetto della conoscenza del giudice: la quale non si confonde coll'azione, come il pro-

La causa come tema della cognizione del giudice.

blema non si confonde colla soluzione di esso: per poter alla fine accogliere (o respingere) la domanda, bisogna prima indagare *se la domanda merita di essere accolta*: la indagine su quello che ancor oggi si chiama, per derivazione dal latino, « *merita causae* », il « merito della causa » (per es., art. 114 C.p.c.), o anche, nel linguaggio della pratica, « la materia del contendere », si presenta al giudice nei termini di un problema da risolvere, il quale problema sulla sussistenza dell'azione costituisce di per sè un tema di indagine (*thema decidendum*) anche se alla fine il giudice si convince che non sussiste l'azione (1).

ART. 114

Causa e processo.

Nel linguaggio dei pratici ciò che la legge vuol intendere colla parola « causa », si esprime ugualmente con altre parole che ordinariamente si considerano all'incirca sinonime: « lite », « litigio », « controversia », « contesa »; ed anche « processo ». Ma nel linguaggio giuridico è bene guardarsi più che si può dai sinonimi. Intanto, come meglio si vedrà, bisogna nettamente distinguere la « causa » dal « processo », come si distingue il contenuto dal contenente, o meglio l'oggetto da conoscere dalle attività che bisogna compiere per arrivare a conoscerlo. Significato più affine alla parola « causa » hanno le altre espressioni sopra ricordate, alcune delle quali sono anche in certi casi adoprate, in un senso non molto diverso, dalla legge; ma si deve notare che mentre le parole « lite », « litigio », « controversia » richiamano piuttosto all'idea di un conflitto, sorto prima e fuori del processo, tra chi afferma una pretesa e chi la contrasta (2), la parola « causa » vuole indicare piuttosto il momento in cui questo conflitto è portato *dinanzi al giudice,* in forma di azione. Si aggiunga poi che non ogni causa presuppone una controversia, perchè vi sono casi (come sappiamo: cfr. § 37 *c*) in cui l'esistenza di un effettivo contrasto tra le parti non è indispensabile a far sorgere l'interesse ad agire. Vi è tuttavia nel nuovo Codice tutta una categoria di cause per le quali è stata adottata anche nella legge la denominazione di « controversie »: si tratta delle « controversie in materia corporativa » (art. 409-473) per le quali si è ritenuto opportuno conservare questa denominazione non tanto per una ragione logica (perchè in verità, almeno per le controversie individuali la denominazione di « cause » nel senso sopra chiarito sarebbe stata perfettamente appropriata) quanto per una ragione storica, per mantenere cioè una espressione che risale alla istituzione della Magistratura del lavoro (l. 3 aprile 1926, n. 563) e che ormai è entrata nella pratica corporativa. Tale denominazione è stata forse mantenuta

ART. 409-473.

Causa e controversia.

---

(1) In questo senso di *tema, argomento* della indagine del giudice l'art. 1351 C. c. 1865 parlava di « ciò che ha formato il *soggetto* della sentenza ».

(2) REDENTI, *Profili,* pag. 110: si ricordi anche lo speciale significato che assume nel *Sistema* del CARNELUTTI la nozione di « lite ».

anche per mettere in evidenza che in questa materia del lavoro ha speciale importanza il tentativo di conciliazione in sede sindacale, sicchè non possono esser portate dinanzi al giudice se non quelle cause nelle quali il fallimento del tentativo di conciliazione abbia dimostrato la sussistenza di un conflitto di interessi che non può esser risolto che colla decisione giurisdizionale (art. 430-433). ART. 430-433.

Da quanto si è detto finora appare che di « causa » nel senso spiegato si può parlare solo in quanto vi sia una cognizione: solo in quanto vi sia un giudice chiamato, prima che a sodisfare l'azione, ad accertare se l'azione esiste. Per questo nel processo esecutivo si può parlare di causa solamente in quanto, contestandosi « il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata » (art. 615 C.p.c.), ART. 615
sia proposta opposizione e sorga così la necessità di conoscere se l'azione esecutiva esista; ma all'infuori dei casi di opposizione all'esecuzione, nei quali, sorgendo un giudizio di cognizione, la legge adopra propriamente la parola « causa » (es., art. 616; art. 27), l'esercizio del- ART. 616
l'azione esecutiva dà luogo ad un procedimento, ma non ad una causa: e la stessa legge chiaramente dimostra di voler riservare la parola « causa » ai casi in cui il processo serve a giudicare, non a quelli in ART. 27
cui serve soltanto ad eseguire (ciò risulta per es., dal raffronto fra la terminologia adoprata nell'art. 26 e nell'art. 27). ART. 26

Dopo questo necessario chiarimento terminologico (sulla distinzione tra « causa » e « questioni », cfr. oltre, § 40 *g*), possiamo brevemente passare in rassegna quelli che la dottrina chiama gli *elementi di identificazione della azione* (il REDENTI li chiama « elementi costruttivi » dell'azione), i quali, quando si tratta di azioni dichiarative che danno luogo ad un giudizio, sono in realtà, fino a che la sentenza non abbia accertato se l'azione sussiste, gli *elementi di identificazione della causa*, cioè della azione che si trova affermata come esistente (anche se in realtà non esiste) nella domanda. Questi elementi che già la antica dottrina enumera nel tradizionale trinomio *personae, petitum, causa petendi*, si indicano anche oggi nei tre corrispondenti: *soggetti* o *persone, oggetto, titolo* (terminologia che è anche della legge: cfr., ART. 33
per es., art. 33 C.p.c.) (1).

I tre elementi di identificazione dell'azione: soggetto, oggetto, titolo.

La identificazione delle azioni o delle cause si può dunque considerare sotto due aspetti: un aspetto *soggettivo* (in relazione al primo dei tre elementi sopra ricordati) e un aspetto *oggettivo* (in relazione agli altri due).

---

(1) Nell'art. 1351 C. c. 1865, i tre elementi erano indicati con terminologia un po' diversa: « ... è necessario che la *cosa domandata* sia la stessa; che la domanda sia fondata sulla medesima *causa;* che la domanda sia tra le medesime *parti* e proposta da esse nelle medesime qualità » (qui la parola « causa » è adoprata nel senso di *causa petendi*, titolo della domanda).

Soggetti della azione.

a) I *soggetti* dell'azione sono (come già si è spiegato quando si è parlato della bilateralità dell'azione: retro, § 33) la persona alla quale spetta il diritto di ottenere il provvedimento giurisdizionale favorevole alla sua richiesta, e la persona *contro* la quale il provvedimento è diretto, cioè la persona nella cui sfera giuridica questo provvedimento è destinato ad operare: ossia, come anche si potrebbe dire, le *persone alle quali spetta la legittimazione attiva e passiva.* Per chi concepisce l'azione come un diritto verso lo Stato (cfr. retro, § 34 *b*), soggetto passivo di essa dovrebbe sempre considerarsi esso Stato, come quello che appare tenuto a prestare al soggetto agente l'attività giurisdizionale al quale questi ha diritto: per chi invece concepisce l'azione come un diritto potestativo volto a provocare dallo Stato un provvedimento giurisdizionale destinato ad operare contro l'avversario, questo, e non lo Stato, si considera più esattamente come soggetto passivo dell'azione.

Affinchè due azioni possano dirsi *soggettivamente identiche,* bisogna dunque che esse spettino alla stessa persona e contro la stessa persona; ma per aversi identità di soggetti nel senso in cui qui se ne parla, non sempre basta l'identità fisica, in quanto occorre altresì che la domanda « sia proposta da essi e contro di essi *nella medesima qualità* » (art. 1351 C. c. 1865): se Tizio agisce in proprio nome in una causa, e in un'altra come rappresentante del figlio minorenne di cui è legale rappresentante (art. 320 C. c.), si tratta in realtà, quantunque agisca in giudizio la stessa persona fisica, di due cause in cui è diverso anche il soggetto attivo, perchè è diversa la qualità in cui agisce nei due casi la stessa persona fisica. Così viceversa può darsi che pur essendo diversa la persona fisica, vi sia identità di soggetto quando più persone rivestono la stessa qualità: si pensi a quei casi in cui la legittimazione attiva spetta a più persone appartenenti alla stessa cerchia familiare, in modo che l'azione rimane la stessa, qualunque sia la persona che, entro la cerchia dei legittimati, agisce in quella qualità (cfr. per es., l'art. 417 C. c. che legittima i « parenti entro il quarto grado » a promuovere l'interdizione e l'inabilitazione;

ART. 718

e l'art. 718 del C.p.c. secondo il quale « la sentenza che provvede sulla domanda d'interdizione o di inabilitazione può essere impugnata da tutti coloro che avrebbero avuto diritto di proporre la domanda, *anche se non partecipano al giudizio...* »).

b) L'*oggetto* dell'azione si può intendere in senso immediato e in senso mediato: ed anche qui l'uno o l'altro di questi due sensi apparirà prevalente secondo il modo con cui l'azione si concepisce. Per chi la concepisce come un diritto rivolto soltanto verso lo Stato, il quale corrisponderebbe l'attività giurisdizionale quasi come la prestazione dovuta da un obbligato, oggetto dell'azione appare, nel ristretto rap-

porto intercorrente tra il cittadino che chiede giustizia e lo Stato che l'amministra, il provvedimento giurisdizionale favorevole, al quale il soggetto agente aspira. Ma se, viceversa, si considera il provvedimento giurisdizionale, al quale l'azione mira, come un mezzo destinato ad operare praticamente nella sfera giuridica dell'avversario, allora al di là dell'oggetto *immediato* e *strumentale* costituito da questo provvedimento, appare come oggetto *mediato* e *finale* di essa azione il sodisfacimento di quell'interesse (sostanziale) per la cui tutela l'agente si è rivolto allo Stato: e quindi il bene che serve a sodisfare questo interesse. Se io, non essendomi stata pagata alla scadenza quella somma di danaro che il mio debitore si era obbligato a corrispondermi, mi rivolgo al giudice per chiedergli di condannare a mio favore l'obbligato inadempiente, oggetto immediato della mia azione (o anche, se così si vuol dire, della domanda o della causa) è la sentenza di condanna; ma questa non è fine a sè stessa: poichè attraverso essa io mi propongo di arrivare ugualmente, mediante l'esecuzione forzata, ad ottenere il pagamento di quella somma di denaro, cioè il godimento di quello stesso bene che per sodisfare il mio diritto di credito avrebbe dovuto essermi corrisposto dall'obbligato. Oggetto mediato e finale dell'azione appare dunque non il provvedimento di condanna, ma quella somma di danaro che per mezzo della condanna io mi propongo di conseguire sul patrimonio del debitore: cioè *quello stesso bene* verso il quale, prima che mi rivolgessi al giudice, era indirizzato nei confronti del debitore il mio diritto di credito.

Oggetto della azione.

Oggetto immediato ed oggetto mediato.

Per individuare l'azione non basta dunque tener conto soltanto dell'oggetto immediato, o soltanto di quello mediato: ma occorre in ogni caso coordinare tra loro questi due aspetti, dalla cui combinazione scaturisce la esatta identificazione del *petitum*. A determinare l'oggetto dell'azione volta ad ottenere la condanna del debitore (per continuar nell'esempio dato sopra) non basta la menzione del solo provvedimento giurisdizionale, se non si precisa qual è il diritto soggettivo insodisfatto a tutela del quale questo provvedimento è invocato; e viceversa non basta a determinarlo la sola menzione di questo diritto, perchè uno stesso diritto può essere tutelato con provvedimenti giurisdizionali di diversa natura, corrispondenti ciascuno a una diversa azione (si pensi, per esempio, all'azione con cui il creditore mira ad ottenere, nei confronti del debitore, il mero accertamento del suo diritto di credito; e all'azione con cui il creditore mira ad ottenere la condanna dello stesso debitore al pagamento: nei due casi l'oggetto mediato è il medesimo, ma si tratta di due azioni distinte, perchè è diverso in esse l'oggetto immediato).

c) Ma a una esatta identificazione dell'aspetto oggettivo dell'azione non si potrà mai giungere se il *petitum*, di cui finora si è par-

Titolo della azione.

lato, non sia messo in relazione colla *causa petendi.* L'identificazione dei soggetti mira a stabilire *chi sono i litiganti*: quello dell'oggetto, a determinare *di che litigano;* l'identificazione del terzo elemento, che è il titolo (o *causa petendi*) mira a rispondere a una terza domanda: *perchè litigano?* Anche senza essere un tecnico della procedura, chi vuol rendersi conto dell'esatta portata di un litigio pendente tra due persone non si contenta di sapere qual è l'oggetto della disputa (una somma di danaro, una cosa mobile, un pezzo di terra), ma vuol sapere altresì quale è il diritto che si afferma o si contrasta su quell'oggetto e qual è stato il punto di dissenso cha ha fatto sorgere la disputa: e anche i non giuristi si rendon conto che altro è, ad esempio, disputare intorno alla proprietà di un terreno, e altro contendere intorno al diritto di goderne a titolo di locazione.

Non è facile dare in termini giuridici elementari una definizione del titolo che si adatti a tutte le sue possibili configurazioni pratiche (1). In genere si può dire che esso si scinde in due momenti: la concreta individuazione dei fatti da cui sorge l'interesse dell'attore al concreto godimento di un determinato bene (oggetto mediato dell'azione) e l'affermazione della sua coincidenza con quel tipo di interessi ai quali una o più norme giuridiche accordano in astratto protezione; la concreta individuazione del fatto da cui sorge lo stato di insodisfazione di questo interesse, e quindi la necessità (interesse processuale) di rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere il provvedimento giurisdizionale che mediatamente lo sodisfi.

Anche qui il chiarimento di questa nozione può esser dato con un esempio elementare attinente all'azione di condanna. Se io chiedo la condanna di Tizio al pagamento di una certa somma, non basta ch'io determini nella domanda il preciso ammontare di essa somma (*petitum*), ma occorre altresì ch'io specifichi, per es., che questa somma mi è dovuta come pagamento di prezzo di una cosa venduta (e quindi in base a quelle norme che riconoscono in astratto al venditore il diritto al pagamento del prezzo); e occorre inoltre ch'io affermi che il mio diritto al pagamento del prezzo si trova insodisfatto, perchè, per es., è ormai scaduto, senza che il compratore abbia adempiuto al suo obbligo, il termine entro il quale il prezzo avrebbe dovuto essermi pagato.

Anche da queste poche idee elementari scaturisce, se non erriamo, la stretta compenetrazione che in ogni azione sussiste tra il *petitum* e la *causa petendi* (elementi dalla cui combinazione resulta, come si è detto, l'aspetto *oggettivo* dell'azione): in realtà la esatta e concreta individuazione del *petitum* non può essere ottenuta se non mettendolo

(1) Cfr. in proposito Chiovenda, *Istituzioni,* I, n. 111.

in relazione colla *causa petendi*: l'azione con cui rivendico la proprietà di una casa e l'azione con cui faccio valere il mio diritto di abitare in quella casa come inquilino per un semestre, hanno apparentemente lo stesso oggetto mediato (quella casa), ma la diversità del titolo giuridico su cui si basano le due azioni fa sì che lo stesso oggetto sia diverso, in quanto la cosa, se pure è materialmente la stessa, è economicamente e giuridicamente diversa, perchè è considerata nei due casi come bene idoneo a sodisfare due diversi interessi protetti da diverse norme giuridiche.

§ 40. — Classificazione delle azioni (o cause).

La nozione ora data degli elementi dell'azione ci permette di intendere le varie classificazioni che la dottrina fa delle azioni (o delle cause) distinguendole in diversi tipi in base a diversi criteri desunti appunto da questi elementi.

A) Su un criterio esclusivamente processuale si basa la classificazione che distingue le azioni secondo il loro *oggetto immediato,* cioè secondo il provvedimento giurisdizionale al quale l'azione tende. Qui, per aver questa classificazione delle azioni non c'è altro che da richiamare il raggruppamento che abbiamo già fatto (retro, § 27) dei provvedimenti giurisdizionali secondo i loro effetti: e sul quale questa classificazione si modella.

Classificazione secondo l'oggetto immediato.

Avremo così, secondo che il provvedimento rientri nell'attività di cognizione o in quella di esecuzione forzata, due tipi di azioni: *dichiarative* ed *esecutive.* E se il provvedimento ha natura cautelare, si parlerà di azioni *cautelari* che potranno poi distinguersi in *cautelari dichiarative* e *cautelari esecutive,* secondochè il provvedimento cautelare richiesto abbia natura dichiarativa o esecutiva.

Le azioni dichiarative a lor volta si distinguono, secondo i varî tipi di provvedimenti di cognizione, in azioni di *condanna,* di *mero accertamento* (*positivo o negativo*) e *costitutive.* Si parla anche, sempre in coerenza colla classificazione dei provvedimenti, di azioni *determinative* o *dispositive.*

B) Più di frequente la pratica (ed anche il nostro diritto positivo, compreso il nuovo Codice) classifica le azioni, o le cause, secondo criteri desunti non tanto dalla natura processuale del provvedimento invocato, quanto dalla natura sostanziale del rapporto o stato giuridico di cui si contende: che vorrebbe dire, poi, dall'oggetto mediato o dal titolo dell'azione. Si distinguono così le azioni in *mobiliari* e *immobiliari,* secondochè l'oggetto mediato di esse sia una cosa mobile o un immobile, ovvero in *personali* o *reali,* secondochè il diritto controverso o incerto sia un diritto di obbligazione o un diritto reale; e que-

Classificazione secondo l'oggetto mediato.

sti due criteri talvolta si intrecciano tra loro (le azioni reali, per esempio, si possono distinguere in mobiliari o immobiliari, secondochè oggetto del diritto reale sia un mobile o un immobile).

I riferimenti alle azioni o cause sono quasi sempre fatti, anche nel nuovo Codice, tenendo conto di questi elementi sostanziali, che, più che al provvedimento del giudice, appartengono al tema, alla « materia » su cui il provvedimento deve esser dato. Anche il nuovo Codice parla di « cause relative alla proprietà dei beni immobili » (art. 15), di cause « relative a diritti di obbligazione » (art. 20) o « relative a diritti reali » (art. 21); o menziona le cause con più aderente riferimento a un determinato tipo di rapporti sostanziali: cause « in materia di imposte o tasse », cause « relative allo stato e alla capacità delle persone » (art. 9), cause « per prestazioni alimentari » (art. 13), « ereditarie » (art. 22), e così via. Specialmente negli articoli che regolano la competenza (art. 7-30) si possono trovare numerosissimi esempi di questa tradizionale classificazione delle azioni fatta con riferimento alle categorie per materia dei diritti soggettivi sostanziali. E' conservata anche la tradizionale contrapposizione tra le azioni *possessorie* (art. 8 n. 1) colle quali si fa valere il possesso e le azioni *petitorie* colle quali si fa valere la proprietà (cfr. art. 704-705: cfr. anche art. 948 e segg., e art. 1168 e segg. del C.c.).

ART. 15, 20, 21

ART. 9, 13, 22.

ART. 7-30.

ART. 704-705.

§ 41. — Relazioni tra azioni (o cause) (1).

Tra due o più azioni (o cause) può passare una più o meno stretta relazione, nel senso che esse azioni abbiano a comune uno o più degli elementi per cui si identificano. (Torneremo su questi argomenti quando parleremo della competenza per connessione: cfr. oltre, § 98).

Quando la comunanza è totale, estesa cioè a tutti e tre gli elementi, la relazione tra le azioni o cause è di *identità,* e la loro esistenza come azioni distinte, è puramente apparente; quando la comunanza è parziale, estesa cioè a uno o a due degli elementi, la relazione tra azioni assume allora la denominazione generica di *connessione* (art. 31 e segg.). La legge distingue separatamente e menziona numerose figure o tipi di relazioni tra azioni; sui quali, per la diversa importanza pratica che essi possono assumere in diversi momenti del processo, è opportuno dare fin d'ora qualche nozione elementare.

Identità e connessione.

ART. 31 e segg.

A) *Identità.*

Può accadere, quantunque in pratica non sia frequente, che siano contemporaneamente proposte in separati processi due cause apparen-

(1) Cfr. Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 190 e segg.; Jaeger, *Dir. proc. civ.*, nn. 59-68.

temente distinte, nelle quali peraltro, quando si procede alla individuazione dei loro elementi, ci si accorge che non v'è alcuna diversità nè di soggetti, nè di oggetto, nè di titolo. In siffatta ipotesi, le due azioni che hanno in comune tutti i loro « connotati », coincidono sostanzialmente in una azione sola; ma questa coincidenza può avere diversa estensione secondo due figure che il nuovo Codice distingue.

a) *Identità assoluta* si ha in quei casi in cui la coincidenza tra azioni o cause è perfetta, in modo che se idealmente si sovrappongono l'una all'altra, non rimanga fuori dal rapporto alcun residuo marginale. Questo può avvenire, ad esempio, nel caso (in pratica piuttosto raro) in cui uno stesso attore proponga contemporaneamente contro lo stesso convenuto la stessa causa dinanzi a due giudici diversi; o nel caso in cui mentre il sedicente creditore chiede l'accertamento positivo del suo credito contro l'asserto debitore, questi, a sua volta, propone in un separato processo contro il primo un'azione di accertamento negativo per far dichiarare che il preteso credito non sussiste, in modo che le due apparenti cause sono in realtà *una sola*, perchè l'azione di accertamento negativo proposta dal preteso debitore non è che il rovescio dell'azione di accertamento positivo proposta dal sedicente creditore. Questa contemporanea pendenza di *una stessa causa* dinanzi a due giudici diversi (anche la legge processuale non parla in casi siffatti di *cause identiche*, ma al singolare, di « *una stessa causa* proposta davanti a giudici diversi », art. 39: cfr. anche art. 3) dà luogo a quella figura che si chiama *litispendenza*: il giudice adito successivamente, quando si accorge che la *lite* (sinonimo di causa) promossa dinanzi a lui pende già dinanzi a un altro giudice adito preventivamente, « dichiara la litispendenza » (art. 39) cioè dichiara, come meglio si vedrà in tema di competenza, che di quella stessa causa è già investito un altro giudice, al quale spetta quindi, in forza della prevenzione, deciderla.

Identità assoluta: litispendenza.

ART. 39 E 3.

b) *Continenza di cause* è chiamata dal nuovo Codice quella relazione che passa tra due cause, una delle quali più estesa (contenente) comprende ed assorbe in sè l'altra meno estesa (contenuta). Il Codice del 1865 parlava di « continenza di causa » in modo vago, come sinonimo di « connessione »: il nuovo Codice (art. 39, secondo comma), ispirandosi su questo punto all'insegnamento del REDENTI (1), ha restituito a questa espressione il significato lessicologicamente proprio e l'ha riservata a indicare una figura che sta a mezza strada, per così dire, tra la identità e la connessione, e che si potrebbe anche denominare *litispendenza parziale*. Si faccia, per esempio, l'ipotesi che

ART. 39

(1) Cfr. REDENTI, *Profili*, n. 186.

Continenza di cause o litispendenza parziale.

mentre tra due litiganti pende una causa di rendiconto comprendente tutte le loro ragioni di dare e di avere, uno di essi instauri un separato giudizio per far condannare l'altro al pagamento di un credito, che è già compreso tra le partite della causa di rendiconto. La causa di rendiconto ha, per l'oggetto e per il titolo, una estensione più vasta della causa relativa al singolo credito; ma questa è compresa e contenuta in quella, in quanto tra i varî oggetti di cui si discute nel rendiconto vi è anche il credito che costituisce l'unico oggetto della causa meno estesa. Nella causa « contenente » pende dunque già, implicitamente, la causa contenuta: vi è identità tra una parte della causa contenente e tutta intera la causa contenuta. E se queste due cause si raffrontano tra loro per veder se coincidono, si vedrà che mentre la causa contenuta è interamente assorbita nella causa contenente, il raffronto lascia fuori in questa un margine residuale corrispondente alla sua maggiore estensione di oggetto e di titolo.

Anche su questo argomento della « continenza » avremo occasione di tornare quando si parlerà della competenza: si vedrà allora che con disposizione vicina a quella stabilita per il caso di litispendenza, la legge vuole che la causa contenuta sia riassorbita in quella contenente e decisa con unica decisione (art. 39, secondo comma).

B) *Connessione.*

Si chiama in generale *connessione* la relazione che passa tra due o più cause distinte, quando hanno comuni uno o due dei loro elementi. Anche la comunanza del solo elemento soggettivo può costituire

Connessione in generale.

connessione giuridicamente rilevante tra più cause, pendenti tra le stesse persone ma per oggetti e titoli interamente distinti (cfr. art. 104), ma la connessione è più stretta quando alla comunanza, almeno parziale, delle persone, si accompagna la comunanza dell'elemento oggettivo (« cause connesse per l'oggetto o per il titolo »: art. 33, art. 103,

ART. 33

art. 105, ecc.). Non è possibile passare qui in rassegna tutte le configurazioni svariatissime sotto le quali nella pratica due o più cause

ART. 103-104-105.

possono presentarsi come connesse; ma può essere opportuno ricordare fin d'ora, con riserva di più ampia trattazione (§ 98, II, *B*), le figure espressamente contemplate dal Codice, che si possono raggruppare distiguendo la connessione *propria* (lett. *a* - *g*) da quella *impropria* (lett. *h*); e la prima distinguendo in connessione *semplice* (lett. *a* - *b*) e connessione *qualificata* (lett. *c* - *g*).

a) *Connessione soggettiva*: è la figura più semplice e più debole di connessione; quella che passa tra due o più azioni, interamente distinte per l'oggetto o il titolo, quando esse vertono tra le medesime

Connessione soggettiva: cumulo oggettivo.

parti. Ciascuna di queste azioni mira a un diverso provvedimento giurisdizionale, e potrebbe quindi essere proposta in un separato processo; ma il fatto che in esse sia comune l'elemento soggettivo è con-

siderato dalla legge come sufficiente a rendere opportuna, come si vedrà, la loro riunione in un solo processo. Nasce così la figura del *cumulo oggettivo* (cumulo di più azioni vertenti tra gli stessi soggetti, ma diverse per gli elementi oggettivi) che si verifica quando più cause si trovano riunite in un solo processo unicamente perchè, pur essendo diverse per oggetto e per titolo, vertono tra le medesime parti (art. 104: « contro la stessa parte possono proporsi nel medesimo processo più domande *anche non altrimenti* connesse... »: per es. la domanda con cui Tizio chiede la condanna di Caio suo inquilino al pagamento dei canoni arretrati, può cumularsi con quella colla quale *lo stesso Tizio* chiede la condanna *dello stesso Caio* alla restituzione di una somma mutuatagli. ART. 104

b) *Connessione oggettiva*: si verifica, in figure svariate, quando più azioni o cause hanno comuni gli elementi oggettivi (l'oggetto, o il titolo, o tutt'e due). In tale ipotesi può verificarsi la figura del *cumulo soggettivo* (cumulo di più azioni, aventi a comune gli elementi oggettivi, ma vertenti tra diversi soggetti): più azioni o cause, connesse per gli elementi oggettivi, si possono riunire in un solo processo quantunque proposte contro persone diverse (« cause contro più persone... che... se sono connesse per l'oggetto o per il titolo possono esser proposte » dinanzi a un solo giudice: art. 33; cfr. art. 98 C.p.c. 1865): si pensi, ad es., alle domande proposte in un unico processo dal creditore contro più debitori solidali (identità di titolo e di oggetto, diversità parziale di persone). *Connessione oggettiva: cumulo soggettivo.* ART. 33

Vedremo più avanti, quando si parlerà dei soggetti del processo, che il cumulo soggettivo dà luogo a quella figura di processo con pluralità di parti che si chiama, con terminologia entrata ora nel codice, *litisconsorzio* (*l. attivo,* se contro un solo convenuto stanno nel processo più attori; *l. passivo,* se un solo attore agisce contro più convenuti; *l. misto* se c'è una pluralità di attori e di convenuti: cfr. oltre, § 110); e vedremo altresì, sempre a proposito dei soggetti del processo, che un cumulo soggettivo, e quindi un litisconsorzio, può essere originato da un *intervento* (art. 105 e segg.; cfr. § 111). Non si deve credere però che, se ogni cumulo soggettivo dà luogo a un litisconsorzio, ogni litisconsorzio presupponga necessariamente un cumulo soggettivo di azioni o cause: da un cumulo soggettivo di azioni deriva quella figura di litisconsorzio che la legge chiama *facoltativo* (art. 103), il quale si verifica quando più cause vertenti tra persone diverse, invece di essere decise, come potrebbero, in altrettanti separati processi, sono riunite in un processo solo in vista della loro connessione oggettiva; ma nell'altra figura di litisconsorzio che la legge denomina *necessario* (art. 102) la pluralità di parti non deriva dalla riunione di più azioni in un solo processo, ma dal fatto che nell'unica azione proposta la ART. 105 *Litisconsorzio.* ART. 103 ART. 102

legittimazione ad agire o a contraddire spetta a più persone. Del litisconsorzio *improprio* si dirà più avanti in questo paragrafo lett. *h.*

ART. 31

Accessorietà.

c) *Accessorietà* (art. 31: cfr. art. 99 C.p.c. 1865): è una figura di connessione oggettiva che passa tra due azioni, una delle quali (che si chiama appunto *accessoria*) appare come subordinata e dipendente per il titolo dall'altra (che si denomina *principale*): per es. la domanda per la restituzione del capitale mutuato (principale) e la domanda per la corresponsione degli interessi su quel capitale (accessoria). Non è sempre facile distinguere la figura della accessorietà da quella, già vista (retro, lett. A, *b*), della continenza.

ART. 32

Garanzia.

d) *Garanzia* (art. 32, cfr. art. 100 n. 1 C.p.c. 1865): è una figura di connessione oggettiva che si verifica quando chi rimane soccombente in una causa può, secondo il diritto sostanziale, rivolgersi contro un terzo per essere garantito, cioè per essere risarcito del danno prodottogli dalla soccombenza: per es., se il compratore di un immobile soffre evizione in seguito a rivendicazione esercitata contro di lui da chi si afferma proprietario, egli ha diritto (art. 1483 C. c.) di agire a sua volta contro il venditore per essere indennizzato della perdita sofferta. In questo esempio, tra la *causa principale* di rivendicazione, in cui difronte all'attore rivendicante il garantito ha la posizione del convenuto, e la *causa di garantia,* in cui il garantito ha la posizione di attore contro il garante, passa una connessione in parte soggettiva (perchè il garantito figura, sia pure in posizione diversa, in ambedue le cause) e in parte oggettiva, in quanto, pur avendo le due domande diverso titolo e diverso oggetto, l'accoglimento della seconda, ed anche il *quantum* dell'indennizzo, dipendono dall'accoglimento e dall'importo economico della prima.

ART. 32
ART. 106

Questa tipica figura di connessione può dar luogo, come si vedrà, alla riunione delle due cause in un solo processo, attraverso la « chiamata in garantia » (art. 32 e art. 106).

ART. 35

Compensazione.

e) *Compensazione*: la legge processuale (art. 35, cfr. art. 100 n. 2 del C.p.c. 1865) considera tra le figure di connessione anche quella che si verifica quando, difronte al credito fatto valere dall'attore, il convenuto oppone in compensazione un credito che egli vanta a sua volta contro l'attore in base a un diverso rapporto giuridico, e chiede quindi che, essendo estinto così per compensazione il credito dell'attore (art. 1241 e segg. C. c.), la sua domanda sia rigettata. Qui in realtà non si tratta di due cause, ma di una sola: il convenuto infatti si serve della compensazione come *eccezione,* al solo scopo di far accertare che il credito vantato dall'attore non sussiste più, e che quindi la sua domanda dev'essere respinta: l'azione fatta valere in giudizio è dunque una sola, quella proposta dall'attore. Ma lo speciale carattere di questa eccezione di compensazione, che la av-

vicina alla connessione tra cause diverse, consiste in ciò: che in virtù di questa eccezione non si può decidere sulla fondatezza dell'azione, se non prendendo prima in esame un altro rapporto giuridico, diverso per titolo e per oggetto da quello dedotto in giudizio dall'attore, ma vertente tra le stesse persone in posizione invertita. La figura a cui dà luogo la eccezione di compensazione, che costituisce, come si vedrà, un caso speciale di accertamento incidentale (lett. *g*), ha molti punti di somiglianza colla riconvenzione (lett. *f*): tanto che la pratica, per distinguere cosiffatte eccezioni che si basano su un rapporto giuridico diverso da quello su cui è fondata l'azione, parla di « eccezioni riconvenzionali » (1).

f) *Riconvenzione* (art. 36: cfr. art. 100 n. 3 C.p.c. 1865): può darsi che, difronte alla azione proposta dall'attore, il convenuto non si limiti ad opporre, in via puramente difensiva, eccezioni indirizzate a far respingere la domanda, ma passi per così dire alla controffensiva, proponendo a sua volta nello stesso processo una separata azione contro l'attore; che si trova posto così, difronte a questa domanda rivolta contro di lui, in posizione di *riconvenuto*. Abbiamo già visto, parlando in generale della azione (retro, § 33), che quando la domanda dell'attore è infondata, il convenuto, chiedendone il rigetto fa valere un'azione di accertamento negativo, volta ad ottenere a proprio favore un provvedimento di rigetto della domanda avversaria; ma la riconvenzione è qualcosa di più e di diverso: poichè con essa il convenuto mira ad ottenere, indipendentemente dal rigetto della domanda avversaria, un provvedimento positivo a proprio favore su una causa diversa da quella proposta dall'attore. La legge chiama in questo caso « causa principale » quella proposta dall'attore contro il convenuto, e « causa riconvenzionale » quella proposta dal convenuto contro l'attore. Questo cumulo nello stesso processo di azioni proposte tra le stesse parti in posizioni invertite non è però ammesso dalla legge in ogni caso: occorre, affinchè il cumulo sia ammissibile, che tra queste due cause vi sia identità almeno parziale di titolo (come accade, ad esempio, se difronte all'attore che chiede la condanna del convenuto alla prestazione contrattuale, il convenuto chiede a sua volta la condanna dell'attore alla controprestazione stabilita nello stesso contratto), oppure che il titolo della riconvenzione « appartenga già alla causa come mezzo di eccezione » (art. 36, che riproduce la formula dell'art. 100 n. 3 del C.p.c. 1865), il che avviene tipicamente quando al credito dell'attore il convenuto oppone un diverso rapporto giuridico, da cui scaturisce un suo credito di maggior somma: il quale è fatto valere come

ART. 36

Riconvenzione.

(1) Cfr. REDENTI, *Profili*, pag. 323.

« mezzo di eccezione » (compensazione) fino a concorrenza del credito dell'attore, e per il di più è fatto valere in via di azione per ottenere la condanna dell'attore al pagamento della eccedenza.

ART. 34
ART. 295

Pregiudizialità.

g) *Pregiudizialità* (art. 34, art. 295): già si accennò a suo tempo che il cammino logico che il giudice deve percorrere per poter arrivare a concludere se la domanda è fondata, si può schematizzare in un sillogismo o in una serie di sillogismi concatenati, nel corso dei quali, prima di giungere alla conclusione finale, egli deve fermarsi a considerare e a risolvere, quasi come in altrettante tappe del suo ragionamento, tutte le « questioni » controverse di fatto e di diritto, che gli si presentano nella costruzione delle premesse. Decider la « causa » vuol dire decidere se l'azione sussiste, e quindi se l'attore ha diritto o non ha diritto di ottenere il provvedimento giurisdizionale richiesto; ma al giudizio su questa questione finale non si può arrivare, se prima non sono state eliminate tutte le questioni che costituiscono l'antecedente logico della decisione finale e che si chiamano « questioni pregiudiziali » (cfr. per la terminologia, art. 187, 276, 279 ecc.), perchè debbono esser giudicate prima che si possa decider sull'azione. Per es., per poter decidere se sia fondata e debba essere accolta la domanda con cui l'attore chiede la condanna del convenuto al pagamento di un certo debito (decisione della causa) bisognerà che il giudice abbia prima esaminato se sussiste nelle parti la legittimazione e l'interesse processuale, se il preteso credito è sorto, se è stato estinto per pagamento o per prescrizione, e così via: la decisione di ciascun punto pregiudiziale non sarà fine a sè stessa, non costituirà giudicato (perchè, come si vedrà, l'efficacia del giudicato non si estende ai motivi), ma costituirà soltanto un gradino per poter fare un altro passo verso la decisione finale.

ART. 187, 276, 279.

La « pregiudizialità », nel senso finora considerato, non costituisce una figura di connessione tra cause distinte: le questioni pregiudiziali non costituiscono altrettante cause distinte dalla causa in cui sorgono, ma *incidono* in essa (sicchè si denominano anche questioni « incidentali ») e sono decise non come oggetto principale del giudizio (*non principaliter*), ma solo nei limiti in cui vengono a incidere nella decisione della causa (*sed incidenter tantum*). Tuttavia può accadere che, nel corso di una causa, sorga come pregiudiziale una questione la quale, per la sua materia, potrebbe bastare a costituir l'oggetto principale di una causa separata e dar luogo così a un separato provvedimento giurisdizionale: si pensi ad es. al caso in cui, essendo proposta fra congiunti un'azione di alimenti che presupponga un certo stato di famiglia, sorga pregiudizialmente controversia sulla sussistenza della parentela; in questo caso la questione pregiudiziale potrebbe costituir l'oggetto di un giudizio separato nel quale tutta la causa consistesse

nell'accertamento dello *status* controverso. Ora può avvenire che, insorgendo nel corso di un giudizio una di queste questioni pregiudiziali, sia richiesto dalla legge o dalle parti che la decisione di essa avvenga non *incidenter tantum*, al solo effetto di preparare la pronuncia finale sulla causa, ma *principaliter*, con piena efficacia di giudicato. Sorge allora la necessità di un *accertamento* pieno ed autonomo della questione pregiudiziale, il quale accertamento, appunto perchè incide nel corso del giudizio in cui la questione pregiudiziale è stata sollevata, è denominato, anche dal nuovo Codice, « accertamento incidentale » (art. 34): ART. 34
e la questione pregiudiziale assume così la importanza di una causa distinta (« causa pregiudiziale ») che deve esser decisa dal giudice competente a deciderla come causa principale (il quale può essere lo stesso giudice dinanzi al quale pende il giudizio in cui la pregiudiziale è sorta, ovvero un giudice diverso).

Vedremo a suo tempo come la legge regola, agli effetti della competenza, i rapporti tra la causa pregiudiziale e la causa nel corso della quale la pregiudiziale è sorta: rapporti che possono essere di riunione nello stesso giudizio (art. 34) ovvero di separazione, e di conseguente sospensione del giudizio sulla seconda (art. 295). Qui ci basti ART. 295
aver dato la nozione elementare di questa figura di connessione che si verifica tra la causa originaria e la causa pregiudiziale, nelle quali alla identità dell'elemento soggettivo si accompagna una parziale comunanza del titolo, nel senso che l'accertamento del rapporto pregiudiziale è condizione per la decisione della causa originaria.

h) *Connessione impropria* (art. 103): quello che si è detto finora sulla differenza che passa tra « causa » e « questione », ci permette di intendere in che consiste la relazione tra cause distinte che l'ultima parte dell'art. 103 considera come sufficiente a rendere conveniente *Connessione impropria.* la loro riunione in un solo processo, « quando la decisione dipende, totalmente, o parzialmente, dalla risoluzione di identiche *questioni* ». Il Codice parla per questa ipotesi di litisconsorzio *facoltativo*, insieme coll'altra ipotesi già vista (lett. *b*) di litisconsorzio originato dalla riunione di più cause oggettivamente connesse; ma in realtà, nella ipotesi qui considerata, non si ha vera connessione, in quanto si tratta di cause assolutamente autonome, che non hanno in comune, nemmeno in parte, nè gli elementi soggettivi nè quelli oggettivi. Qui il fenomeno è tutt'altro: può accadere cioè che in più cause assolutamente distinte si presenti la stessa questione di diritto: si pensi, per es. che un industriale, interpretando in un certo modo una clausola di un contratto collettivo, neghi a tutti i suoi operai indistintamente un certo aumento di salario, al quale questi, interpretando in modo diverso la stessa clausola, credono di aver diritto. Se questi operai vorranno portare dinanzi ai giudici le loro pretese, ciascuno di essi proporrà una causa

distinta, tendente a un diverso *petitum* e basata su un titolo diverso (il proprio rapporto individuale di lavoro); ma siccome la decisione di tutte queste diverse cause dipenderà dalla interpretazione che i giudici daranno in astratto al contratto collettivo, ossia dalla risoluzione in astratto di una questione di diritto che se le cause venissero decise separatamente si ripresenterebbe negli stessi termini in ciascuna di esse, la legge permette di riunirle per economia in un solo processo, allo scopo di far sì che la identica questione pregiudiziale sia decisa per tutte nello stesso modo.

Litisconsorzio improprio.

Qui, com'è facile intendere, non si tratta di vera e propria connessione giuridica, ma di connessione, si potrebbe dire, intellettuale. Si può dunque parlare qui, tanto per dare un nome a questo fenomeno (il presentarsi in cause soggettivamente e oggettivamente distinte di una questione in astratto identica), di connessione *impropria*: sulla traccia della dottrina e della giurisprudenza, che ritenendo ammissibile, anche nel silenzio del Codice, un siffatto litisconsorzio, lo avevano denominato litisconsorzio *improprio*.

§ 42. — Distinzioni della giurisdizione per materia.

Distinzioni della giurisdizione basate sulla diversità delle cause.

Dopo aver posto i criteri fondamentali per la classificazione delle azioni e delle cause, ci è ora possibile intendere la esatta portata delle distinzioni che si fanno nella pratica e nella dottrina fra i diversi rami della giurisdizione: come, ad esempio, tra la giurisdizione *civile* e la giurisdizione *penale*, o fra la giurisdizione *civile* e la giustizia *amministrativa*. La giurisdizione, in sè considerata, è una funzione unica ed omogenea, qualunque sia la natura delle cause su cui essa si esercita: le distinzioni di cui ora parleremo non sono dunque basate su una diversità *funzionale*, ma unicamente su una diversità dell'*oggetto*, ossia della « materia » su cui la giurisdizione si esercita. Anche le nostre leggi (cfr. Ord. giud. art. 33, art. 43 ecc.) invece che di giurisdizione *civile* e *penale*, parlano più esattamente di giurisdizione « in materia civile » e « in materia penale »: e in altre disposizioni considerano distintamente gli « affari civili » e gli « affari penali » (Ord. giud. art. 64) ovvero le « cause civili » e le « cause penali » (art. 91 e 92: il C.p.p., però invece che di « cause penali » preferisce parlare di « procedimenti penali »).

Ord. giud. art. 33, 43, 64, 91, 92.

La distinzione tra giurisdizione *civile* e giurisdizione *penale* si riduce quindi, in sostanza, alla distinzione tra « cause civili » e « cause penali »: e a tale scopo ci servono quei criteri per la classificazione, che abbiamo passato in rassegna nelle precedenti pagine. Può tuttavia essere utile, a proposito delle varie distinzioni che si fanno della giurisdizione per materia, qualche osservazione sui punti seguenti.

a) La distinzione tra « cause civili » e « cause penali » è basata sulla diversità degli elementi oggettivi (titolo e oggetto) e principalmente sulla diversità sostanziale della norma giuridica di cui si persegue in giudizio l'osservanza. La differenza fondamentale che distingue da tutte le altre norme giuridiche quella di diritto penale, che è differenza degli interessi tutelati e della speciale sanzione (pena) stabilita a loro tutela, è di natura sostanziale, non di natura processuale; e il suo approfondimento dev'essere ricercato nelle discipline che studiano i varî rami del diritto sostanziale, non nella dottrina del processo.

Giurisdizione civile e g. penale.

Vedremo tuttavia che, dalla diversa natura sostanziale delle norme penali difronte a quelle civili, e dalla conseguente diversa intensità con cui lo Stato reagisce alla loro inosservanza diversamente regolando la iniziativa per la loro reintegrazione, derivano notevoli differenze nei modi con cui si esercita la giurisdizione sulle cause civili e sulle cause penali; questa diversità di « cause » basata su elementi attinenti al rapporto sostanziale, produce necessariamente una diversità di forme processuali, per la quale al *processo civile,* come tipo di processo costruito per la trattazione delle cause civili, si contrappone il *processo penale,* come tipo di processo costruito per la trattazione di quelle penali.

b) Si potrebbe dire dunque, per esclusione, che la giurisdizione *civile,* ossia più esattamente la giurisdizione « in materia civile » è quella che si esercita su cause *non penali.* Ma nell'interno di questa « materia civile », intesa in senso generico e negativo in contrapposizione alla materia penale, si fanno altre distinzioni che meritano qualche chiarimento.

Secondo il C. p. c. del 1865, la giurisdizione civile intesa in senso lato si suddistingueva in giurisdizione *civile in senso stretto,* e giurisdizione *commerciale.* Anche questa suddistinzione era basata su differenze attinenti all'elemento oggettivo (norma regolante il rapporto sostanziale) delle cause: si consideravano commerciali tutte quelle cause che vertevano su rapporti di diritto commerciale, e civili tutte quelle vertenti su rapporti di diritto civile. La distinzione della giurisdizione *commerciale* dalla giurisdizione civile aveva importanza pratica fino a che la prima era esercitata da speciali « tribunali di commercio » organicamente distinti dai tribunali civili; ma quando questi organi speciali, venute meno le ragioni storiche per le quali erano sorti, furono aboliti (cfr. art. 85 del C. p. c. 1865 e l. 25 gennaio 1888, n. 5174) la differenza tra giurisdizione civile e giurisdizione commerciale sopravvisse soltanto in qualche speciale regola di procedimento che dinanzi ai tribunali civili rimaneva riservata alle sole cause commerciali (cfr. art. 393 e segg. C. p. c. 1865). Ora poi, nel nuovo Codice, ogni residuo di questa distinzione storicamente superata è scomparso: parlare oggi di giurisdi-

Giurisdizione civile e g. commerciale.

zione *commerciale* come contrapposta a quella civile non avrebbe più senso.

Giurisdizione del lavoro.

Fa parte della giurisdizione civile (come oggi è dimostrato anche materialmente dalla inserzione nel nuovo Codice delle norme sulle « controversie in materia corporativa », che finora erano contenute in leggi speciali: art. 409-473) anche la cosiddetta *giurisdizione del lavoro*: distinzione anch'essa basata unicamente sul criterio della materia, che comprende tutte le controversie individuali su rapporti di lavoro (art. 429-458), quelle « in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria » (art. 459-466) e quelle « in materie regolate da norme corporative o da accordi economici » (art. 467-473). Anche il nuovo Ord. giud. parla di « materia corporativa » (per es. art. 43, 46, ecc.). Tale distinzione, essendo ormai sparita ogni separazione organica fra i giudici del lavoro e i giudici civili, ha importanza unicamente ai fini del procedimento, in quanto nelle cause del lavoro si seguono in certi casi regole processuali diverse da quelle proprie delle cause civili: si riproduce quindi nel nuovo Codice per le cause del lavoro quella situazione che nel Codice cessato si era prodotta per le cause commerciali dopo l'abolizione dei tribunali di commercio.

ART. 409-473.

ORD. GIUD. ART. 43-46

Giurisdizione sindacale.

Dalla giurisdizione del lavoro, che fa parte, come si è detto, della giurisdizione civile, qualcuno vorrebbe distinguere (1) la *giurisdizione sindacale*, che sarebbe quella esercitata dalla Magistratura del lavoro nelle controversie collettive. Ma qui, come già si è detto (retro, § 26) più che di distinzione di materia, si tratta veramente di distinzione *di funzione*, poichè, sotto forme giurisdizionali, gli effetti sostanziali sono normativi.

c) Assai più complicata è la distinzione che, nell'interno della giurisdizione civile intesa in senso lato (come contrapposta cioè alla giurisdizione penale) si fa tra *giurisdizione civile* e *giurisdizione amministrativa* (o *giustizia amministrativa*): in questa distinzione il criterio della materia, che è quello che qui ci interessa, si intreccia, per ragioni storiche, col criterio organico e col criterio funzionale, sicchè non è facile dare in proposito nozioni istituzionali semplici e brevi (2).

Giurisdizione civile e g. amministrativa.

Si deve intanto escludere che la distinzione tra giurisdizione civile e giurisdizione amministrativa si basi sulla contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico: in modo che la giurisdizione civile possa con-

---

(1) Cfr. JAEGER, *Controversie individuali del lavoro,* 3ª ediz., n. 16.

(2) CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, n. 171; JAEGER, *Dir. proc. civ.,* nn. 89-93; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, n. 20; BORSI, *La giustizia amministrativa,* 7ª ed. (Padova, Cedam, 1941); RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella p. a.,* 5ª ed. (Milano, Giuffrè, 1937); ZANOBINI, *Corso di dir. amm.,* vol. II, *La giustizia amministrativa,* 3ª ed. (Milano, Giuffrè, 1942).

siderarsi come limitata alle sole cause su rapporti di diritto privato, e come materia di giustizia amministrativa possano considerarsi tutte le cause su rapporti di diritto pubblico.

In realtà anche dinanzi ai giudici civili possono venire in questione rapporti di diritto pubblico, non soltanto perchè in molte zone del diritto civile viene meno quel carattere di disponibilità che è proprio dei diritti privati e non sarebbe esatto considerare come cause di puro diritto privato quelle che vertono su rapporti « indisponibili » o, come anche si dice, « attinenti all'ordine pubblico »; ma anche perchè può accadere che i giudici civili siano chiamati a decidere su rapporti in cui figura come soggetto di diritti o di obblighi la pubblica amministrazione, la cui presenza dà alla causa caratteri esorbitanti dalla cerchia del puro diritto privato.

Questo avviene non soltanto nei casi in cui la pubblica amministrazione abbia compiuto un atto di pura gestione (*iure gestionis, iure privatorum*) assoggettandosi alle stesse norme di diritto che regolano i rapporti tra i privati (come se, per es., un ente pubblico avesse concluso con un privato un contratto di compravendita secondo le ordinarie regole del diritto civile: nella quale ipotesi, ove sorgesse controversia tra venditore e compratore, questa darebbe luogo a una causa civile, simile a quella che in un caso analogo sorgerebbe tra privati); ma avviene altresì nei casi in cui, pur trovandosi la pubblica amministrazione in posizione di supremazia o di impero nei confronti del cittadino (*iure imperii*), venga in questione la osservanza da parte della pubblica amministrazione di una norma giuridica dettata a tutela immediata dell'interesse individuale, ossia venga in questione un diritto soggettivo pubblico del cittadino. In tutti questi casi, quantunque uno dei soggetti della controversia sia un ente pubblico, e quantunque, quando la controversia deriva da un atto compiuto *iure imperii,* si tratti certamente di un rapporto di diritto pubblico, siamo sempre in presenza di una « causa civile »: e ciò in ossequio al principio della *giurisdizione unica,* introdotto dalla legge 20 marzo 1865 all. *E.*, n. 2248, la quale, mentre abolì i tribunali speciali ai quali prima di allora era riservata, per tutte le controversie in cui fosse parte la pubblica amministrazione, la cosiddetta « giurisdizione del contenzioso amministrativo », stabilì che rientrassero nella competenza degli ordinari giudici civili tutte le cause « nelle quali si faccia questione di *un diritto civile o politico,* comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione » (art. 2). Questo significa, in altre parole, che nel sistema della nostra legge sono « cause civili » non solo quelle concernenti rapporti tra privati, ma anche quelle tra il cittadino e la pubblica amministrazione tutte le volte in cui venga in questione un diritto soggettivo privato o pubblico: così, per fare un esempio, sono cause civili anche quelle che vertono « in materia di

imposte o tasse » (art. 9), quantunque il rapporto tributario sia essenzialmente di diritto pubblico.

Ma con questo non si è detto ancora che cosa sia la *giustizia amministrativa*: si è soltanto chiarito che l'ambito della giustizia amministrativa non comprende, come la espressione potrebbe far supporre, tutte le cause in cui è parte la pubblica amministrazione; molte delle quali rientrano invece, come finora si è spiegato, nella giurisdizione civile.

Il principio della giurisdizione unica.

La materia della giurisdizione amministrativa è fondamentalmente delimitata secondo un altro criterio, che si può intendere soltanto risalendo alla sua origine storica. Secondo la legge 20 marzo 1865, che aveva introdotto il sistema della *giurisdizione unica,* gli atti della pubblica amministrazione potevano essere assoggettati al controllo giurisdizionale (sia pure senza che il giudice potesse annullarli o revocarli: art. 4) solo quando si sostenesse che essi avessero violato un diritto soggettivo, pubblico o privato, del singolo; in modo che ogni volta che un atto amministrativo non avesse violato un diritto, nessun controllo giurisdizionale era ammesso, come era detto nell'art. 3, secondo il quale « gli *affari* non compresi nell'articolo precedente », cioè non implicanti questioni su diritti soggettivi, potevano essere controllati soltanto dalle autorità amministrative gerarchicamente superiori a quella che aveva compiuto l'atto.

Ma tutti gli atti amministrativi, anche quando con essi non siano toccati diritti soggettivi individuali, devono essere compiuti dai competenti organi coll'osservanza di certe norme di diritto pubblico, dettate non a tutela diretta di interessi individuali, ma a tutela dell'interesse collettivo al buon funzionamento della pubblica amministrazione; ed anche quando l'attività amministrativa non è vincolata in anticipo dalla legge (attività *regolata*) ma può diversamente atteggiarsi secondo criteri di convenienza (attività *discrezionale*), il potere discrezionale deve in ogni caso essere esercitato inspirandosi come a sua unica finalità al pubblico bene.

Il sistema della giurisdizione unica, introdotto dalla legge del 1865, lasciava esenti da ogni controllo giurisdizionale tutte le trasgressioni che fossero state commesse dagli organi amministrativi alle norme di diritto pubblico regolanti la loro condotta, quando tali trasgressioni non costituissero insieme violazione di diritti soggettivi: e fu appunto in considerazione di esse che tra il 1875 e il 1880 sorse, col motto di « giustizia nell'amministrazione » (1), un movimento nella dottrina e nel

(1) E' il titolo del discorso che Silvio Spaventa pronunciò il 7 maggio 1880 all'Associazione costituzionale di Bergamo: ristampato in S. Spaventa, *La politica della destra, scritti e discorsi,* raccolti da B. Croce (Bari, Laterza, 1910), pag. 53 e segg.

La giustizia amministrativa.

Parlamento, per reclamare la istituzione di un controllo giurisdizionale sulla legalità degli atti amministrativi, in tutti quei casi in cui esso, per la mancanza di un diritto soggettivo da tutelare, non poteva essere esercitato dalla giurisdizione civile. Si era pensato di introdurre a tale scopo una forma di *azione popolare,* mediante la quale fosse permesso ad ogni cittadino, solo per la sua qualità di facente parte della collettività interessata al regolare funzionamento dell'amministrazione pubblica, di vigilare sulla legittimità degli atti amministrativi; si era anche pensato di istituire a tale scopo un apposito organo pubblico (una specie di pubblico ministero amministrativo). Ma alla fine di adottò un ingegnoso sistema, nel quale la tutela dell'interesse pubblico è affidata allo stimolo e alla vigilanza dell'interesse individuale: istituiti appositi organi della *giustizia amministrativa* (giunte provinciali amministrative, e sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato) competenti ad annullare gli atti amministrativi viziati da *illegittimità* (violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere) e in certi casi anche a riesaminare il *merito,* la legittimazione ad agire, ossia a ricorrere a questi organi, fu attribuita non ad ogni singolo *uti civis,* ma soltanto a colui che dallo atto amministrativo illegittimo si sentisse personalmente leso in un suo interesse individuale, il quale si trovava così messo a profitto come strumento e stimolo dell'interesse pubblico. La differenza che passa tra questa azione conferita al singolo interessato per fare annullare in sede di giustizia amministrativa l'atto amministrativo illegittimo che lede il suo interesse, e l'azione che ha il titolare di un diritto soggettivo per farlo valere in sede di giurisdizione civile anche contro la pubblica amministrazione, è rilevante; mentre in quest'ultimo caso l'interesse del singolo è tutelato in sè e per sè, in virtù di una norma giuridica che immediatamente e definitivamente lo protegge, dinanzi agli organi della giustizia amministrativa l'interesse individuale è preso in considerazione solo come *requisito preliminare di legittimazione del ricorrente* il quale, solo se si presenta come leso in un interesse individuale, ha veste per denunciare la illegittimità dell'atto amministrativo e per far valere così l'interesse pubblico al mantenimento della legalità nell'amministrazione. Così l'interesse individuale si trova ad essere protetto solo occasionalmente e mediatamente, fino a che cammina di pari passo sulla stessa strada dell'interesse pubblico; ma una volta pronunciato, per sodisfare l'interesse pubblico, l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, niente impedisce che l'atto annullato sia rinnovato in forma legale e che questa volta l'interesse individuale rimanga irrimediabilmente insodisfatto, poichè più non trova nell'interesse pubblico a rimuovere la illegalità dell'atto l'occasione della sua temporanea protezione. (Supponiamo per esempio che la commissione giudicatrice di un concorso a un pubblico impiego abbia violato la legge che stabilisce, nell'interesse pub-

blico, secondo quali criteri deve esser fatta la graduatoria dei titoli: il concorrente ultimo classificato, leso nel suo interesse individuale a conseguire il posto, ricorre alla giustizia amministrativa per denunciare la violazione di legge, e il concorso è annullato, nell'interesse pubblico, per questo vizio di illegittimità. Ma se poi, in seguito all'annullamento del primo, un altro concorso è bandito per lo stesso posto, ed anche questa volta la commissione giudicatrice, pur rigorosamente osservando la legge sulla graduatoria dei titoli, classifica il ricorrente all'ultimo posto, il suo interesse a conseguire il posto è leso anche questa volta, ma non è più neanche occasionalmente protetto, perchè questa volta, non essendo incorsa nella procedura di concorso alcuna illegittimità, l'interesse individuale non può più farsi strumento dell'interesse pubblico all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo).

La materia propria della *giustizia amministrativa* si può dunque riassumere in queste due caratteristiche: 1) si tratta in ogni caso di azioni delle quali è soggetto passivo la pubblica amministrazione; 2) si tratta di azioni in cui l'interesse individuale del soggetto attivo viene in considerazione soltanto come condizione di legittimazione, mentre oggetto dell'azione è l'interesse pubblico alla legalità degli atti amministrativi. Si avverta però che questa nozione « per materia » della giustizia amministrativa è data senza tener conto delle complicazioni derivanti, nel nostro ordinamento positivo, dalla moltiplicità degli organi dai quali tale giurisdizione è esercitata, ed altresì dal fatto che, per ragioni storiche contingenti, ad alcuni di questi organi è stata affidata, nelle cause in cui è interessata la pubblica amministrazione, anche vera e propria giurisdizione su diritti, che sarebbe, secondo i criteri dati finora, giurisdizione civile. La denominazione « giustizia amministrativa » ha dunque nel nostro ordinamento due significati: uno più ristretto, quello per materia, che si è cercato finora di chiarire; ed uno più largo, quello per organi, che si chiarirà più avanti, al luogo opportuno (§ 76 *c*).

Capitolo terzo

IL PROCESSO

Sommario. — § 43. - Nozione di processo: legalità o libertà delle forme processuali. — § 44. - Il procedimento come successione di atti; fasi del procedimento e posizione del provvedimento giurisdizionale. — § 45. - Caratteri tipici del procedimento. — § 46. - La dialetticità del processo: il rapporto processuale. — § 47. - Importanza pratica della nozione di rapporto processuale. — § 48. - Rapporto processuale e azione: i cosiddetti « presupposti processuali ». — § 49. - Iniziativa ufficiale e iniziativa di parte. — § 50. - Pluralità dei tipi di procedimento e loro classificazione. — § 51. - Nozione di diritto processuale.

Bibliografia essenziale. — Carnelutti, *Sistema*, I, nn. 348-358; II, *passim.*; e *Istituzioni*, nn. 187 e segg.; Chiovenda, *Istituzioni*, I, §§ 2 e 4; §§ 40 e segg., 46; *Saggi*, I, pag. 353 e segg.; Redenti, *Profili*, cap. II; Segni, voce « *Procedimento civile* », in « Nuovo Dig. it. », vol. X; Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, Introd., nn. 61-73.

§ 43. — Nozione di processo: legalità o libertà delle forme processuali.

Processo in senso giudiziario.

Il trinomio delle nozioni fondamentali costituenti le premesse del nostro studio si completa con quella di *processo* (cfr. § 7 *c*).

La parola « processo » ha, anche fuori del campo giuridico, un significato comune che, dal verbo « procedere », indica in genere il susseguirsi di una serie di operazioni svariate, ricollegate dall'unità del fine: si parla di processo chirurgico, di processo chimico, e così via (1). Per i giuristi processo è la serie delle attività che si devono compiere per arrivare ad ottenere il *provvedimento giurisdizionale*: con significato molto affine, se non sinonimo, a quello di « procedimento » e di « procedura » (2).

---

(1) Cfr. Redenti, *Profili*, n. 84.

(2) « Processo » e « procedimento », pur essendo nel linguaggio comune adoperati come sinonimi, hanno significato tecnico diverso, in quanto il « procedimento » indica più propriamente l'aspetto esteriore del fenomeno processuale (nel corso dello stesso *processo* può, in fasi diverse, cambiare il *procedimento*): cfr., per

La nascita del provvedimento giurisdizionale non è nè spontanea nè istantanea: l'organo giudiziario non si muove da sè, se non c'è qualcuno che lo richieda e lo stimoli: e la pronuncia della sentenza o la messa in opera della esecuzione forzata non segue immediatamente alla richiesta, ma prima che quel fine sia raggiunto occorre che siano compiuti numerosi atti susseguentisi in un periodo più o meno lungo di tempo, il complesso dei quali, considerati come un'unità in vista del fine che li ricollega, costituisce empiricamente il processo in senso giudiziario (1).

Chi si mette ad osservare in qual modo si svolga un processo giudiziario, civile o penale, vede infatti che esso consiste in una serie di attività compiute da uomini, i quali collaborano al conseguimento dello scopo comune che è la pronuncia di una sentenza o la messa in opera di una misura esecutiva; questa collaborazione non è contemporanea, ma successiva, in modo che le varie attività che devono esser compiute dalle diverse persone che prendono parte al processo, sono distribuite nel tempo e nello spazio secondo un certo ordine logico, quasi come in un dramma scenico le battute degli attori si succedono non a caso ma secondo il filo dell'azione, in modo che la frase susseguente è giustificata da quella precedente ed a sua volta dà occasione a quella che vien dopo; nè l'ordine in cui si svolge il discorso degli interlocutori potrebbe alterarsi senza distruggerne il senso. In realtà, per lo spettatore estraneo che assiste in udienza a un pubblico dibattimento, il processo somiglia proprio a un dramma, coi suoi personaggi e i suoi episodi, del quale la pronuncia del provvedimento giurisdizionale rappresenta l'epilogo.

Atti processuali.

Queste varie attività che compongono il processo, e che pure essendo materialmente distinte e cronologicamente separate l'una dall'altra formano concettualmente una serie continuativa individuata dall'unità del fine, costituiscono altrettanti atti *giuridici* in quanto le loro forme ed i loro effetti sono regolati dalla legge: e in questo senso si parla nella dottrina e nella legge, di atti *processuali* (cfr. C.p.c., lib. I°, tit. VI, *Degli atti processuali*).

La determinazione dei modi coi quali devono esser compiuti ed

---

es., anche nel nuovo Codice, l'intitolazione del libro secondo, « Del *processo* di cognizione », subito seguita da quella del titolo I « Del *procedimento* davanti al tribunale ». La parola « procedura » spiace ai puristi come francesismo: ma anche nella intitolazione del nuovo Codice (che più italianamente avrebbe dovuto chiamarsi *Codice del processo civile,* ovvero *Codice processuale civile*), essa è stata mantenuta, come da tempo entrata nell'uso.

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni,* I, n. 16, dove il processo è prima di tutto studiato come « complesso di atti ».

essere ordinati in serie gli atti che compongono il processo (modi che si comprendono sotto la denominazione di « forme processuali ») può avvenire secondo due sistemi, astrattamente concepibili come contrapposti: quello della *libertà delle forme processuali* e quello *della legalità delle forme processuali.* *Le forme processuali.*

Secondo il primo di questi sistemi (che probabilmente in pratica non è stato mai applicato in modo integrale) sarebbe rilasciato a coloro che aspirano ad ottenere un provvedimento giurisdizionale rivolgersi al giudice nelle forme che più ritenessero opportune e persuasive, senza bisogno di dover seguire ordine e modi prestabiliti. Accade ogni giorno fuori del campo giudiziario che due persone, trovandosi in dissenso tra loro su una questione tecnica alla quale sono praticamente interessate, ricorrano d'accordo a un terzo competente ed imparziale per farsi consigliare la soluzione: se due medici sono in dubbio sul modo di curare un malato, ricorreranno per consulto al clinico specialista; se tra due collezionisti di quadri sorge un dubbio sull'autenticità di un quadro, chiederanno il parere di un esperto; se tra due commercianti c'è disaccordo sul prezzo di una merce si rimetteranno alla stima di un conoscitore; e così via. Ora in tutti questi casi i modi coi quali gli interessati discutono tra loro o espongono al terzo imparziale le loro opinioni contrastanti o gli fanno conoscere gli argomenti a sostegno dei rispettivi punti di vista, non si svolgono secondo schemi formali rigidamente fissati in anticipo, ma si conformano naturalmente caso per caso alle concrete necessità del dialogo: e tuttavia anche questa semplice conversazione fra liberi interlocutori, ciascuno dei quali sa dire e fare al momento giusto tutto quello che può essergli utile, raggiunge pienamente il suo scopo, e nessuno penserebbe sul serio che questo dialogo guadagnerebbe in semplicità e in efficacia se gli si imponesse l'osservanza di una « procedura » formale. *Libertà delle forme processuali.*

Perchè allora (potrebbe domandarsi qualcuno) vi deve esser bisogno di tutto un solenne apparato di formalità per questo dialogo tra parti e giudice al quale in sostanza si riduce il processo? perchè anche nel processo giudiziario non possono le persone che vi prendono parte esser libere di esprimersi nel modo che ritengono più idoneo per farsi capire, come naturalmente accade nelle comuni relazioni della vita?

A questo sistema, pensabile come un ideale, della *libertà delle forme processuali,* il diritto positivo di tutti i tempi ha contrapposto e contrappone il sistema, più o meno rigidamente applicato, della *legalità delle forme processuali*: secondo il quale le attività che conducono alla pronuncia del provvedimento giurisdizionale non possono esser compiute nel modo e nell'ordine che a giudizio discrezionale degli interessati possano sembrare più appropriati al caso singolo, ma devono, *per poter avere efficacia giuridica,* esser compiute nel modo e coll'ordine che la

Legalità delle forme processuali.

legge (cioè il *diritto processuale*) ha una volta per tutte prestabilito. Anche le attività di cui si compone il processo, come quelle che sono compiute da uomini, sono guidate dal pensiero; ma i modi con cui questo pensiero deve esteriormente manifestarsi per essere giuridicamente operativo, le condizioni di luogo e di tempo di queste manifestazioni, non sono liberi, ma sono dettati dalla legge, la quale regola altresì l'ordine secondo il quale devono susseguirsi queste attività e precisa quindi in anticipo una specie di paradigma sul quale queste attività devono modellarsi, una specie di programma del processo tipo, il quale permette di prevedere in astratto come deve svolgersi un processo per essere giuridicamente regolare.

La ragione per la quale in tutti i tempi si è sentito il bisogno di imporre una minuziosa disciplina giuridica a questo dialogo tra uomini, al quale in sostanza si riduce ogni processo, dev'essere ricercata nella speciale natura del provvedimento al quale tutte le attività processuali sono preordinate. Carattere essenziale del diritto è la certezza; e questa non sussiste se non in quanto sia certo che, in caso di inosservanza del diritto, sarà messa in opera la garanzia giurisdizionale per farlo osservare. Ma a sua volta questa certezza non sussisterebbe se il singolo che chiede giustizia non sapesse esattamente quali sono gli atti che deve compiere per ottenerla, quali sono le vie che deve percorrere per arrivare al giudice, per farsi ascoltare da lui e per ottenere in concreto quella garanzia giurisdizionale che la norma in astratto promette. La disciplina delle forme processuali serve appunto a questo: le regole del procedimento sono in sostanza una specie di *metodologia* fissata dalla legge per servir di guida a chi vuol chiedere giustizia: quasi, si direbbe, il « galateo » del litigante, che gli insegna come ci si deve comportare col giudice per esserne ascoltati. Così le forme processuali, imponendo un certo ordine e un certo modo di espressione alle deduzioni delle parti e vietando al giudice di tener conto delle difese presentate in modi diversi, assicurano il rispetto del contraddittorio e la uguaglianza delle parti; esse non servono dunque, come potrebbero pensare i profani, a render più complicato e meno comprensibile lo svolgimento del processo, ma anzi a renderlo più semplice e più sollecito, in quanto forzano le parti a ridurre le loro attività al minimo essenziale e a servirsi di modi di espressione tecnicamente appropriati per farsi intendere con chiarezza dal giudice: esse, in conclusione, anzichè un intralcio alla giustizia, sono in realtà una preziosa garanzia dei diritti e delle libertà individuali (1).

Ma « la storia delle istituzioni giudiziarie dimostra che le forme

(1) Cfr. il fondamentale saggio del CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi*, I, pag. 353 e segg.

adottate in origine per raggiungere certi scopi, tendono a sopravvivere alla loro funzione e a rimaner cristallizzate nella pratica, anche dopo cessata la loro giustificazione storica, come fine a se stesse » (rel. GRANDI, n. 15): così talvolta il valore puramente strumentale delle forme che dovrebbero servire ad agevolare la giustizia, degenera in *formalismo,* ed esse diventano oggetto di cieco culto, come formule rituali aventi in sè stesse un valore sacramentale (nel linguaggio forense, infatti, il procedimento si chiama anche « rito »). E in tali casi è fondato il rimprovero dei profani, tra i quali è comune la credenza che « la procedura uccida il diritto » (1).

Degenerazioni delle forme.

Come naturale reazione a queste degenerazioni formalistiche del processo si riaffacciano periodicamente nella storia degli istituti giudiziari correnti scientifiche e legislative ostili alle forme processuali: anche in questi ultimi anni, in alcune legislazioni europee, insieme col rinato favore per il « diritto libero » e col crescente discredito del principio di legalità in tutti i campi, si è manifestata una certa tendenza ad abolire o a limitare anche nel campo delle forme del procedimento la disciplina legale precostituita, e a sostituire ad essa il potere discrezionale del giudice, al quale dovrebbe essere affidato l'ufficio di stabilire caso per caso il procedimento che egli ritenga in concreto meglio adatto alla singola causa. Così, tra i due sistemi della legalità e della libertà, si introdurrebbe un terzo sistema che si potrebbe chiamare della *disciplina giudiziale delle forme,* secondo il quale le forme processuali non sarebbero lasciate senza disciplina all'arbitrio delle parti, ma sarebbero assoggettate in ogni procedimento alle speciali regole fissate *volta per volta* dallo stesso giudice dinanzi al quale il procedimento si inizia.

Disciplina giudiziale delle forme.

Vedremo a suo tempo (§ 52) come il nuovo Codice, pur avendo cercato di semplificare per quanto è possibile le forme del processo e di dargli « per quanto la tecnica lo consente, la scioltezza e la rapidità con cui si svolgono nella vita le operazioni del traffico, la immediatezza e la concisione con cui si intendono gli uomini d'affari, il disprezzo per le frasi inutili proprio della gente laboriosa che non ha tempo da perdere » (rel. GRANDI, n. 15), è però rimasto fondamentalmente fedele al principio della legalità delle forme, ammettendo la libertà delle medesime solo nei casi eccezionali in cui per certi atti la legge non abbia prescritto una forma determinata (es. art. 121; art. 131 cpv.; art. 816 cpv. C. p. c.) e temperando il sistema della legalità secondo quel principio, costituente una delle più caratteristiche innovazioni del Codice,

ART. 121, 131 816.

(1) Come esempio tipico di formalismo si può ricordare la regola accolta nel diritto comune, per la quale la sentenza non era valida se il giudice nel pronunciarla non era seduto: e le sottili distinzioni casistiche che i giuristi facevano in proposito (cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile,* vol. I, pag. 158).

che la relazione GRANDI chiama il « *principio di adattabilità del procedimento alle esigenze della causa* ».

§ 44. — IL PROCEDIMENTO COME SUCCESSIONE DI ATTI; FASI DEL PROCEDIMENTO E POSIZIONE DEL PROVVEDIMENTO GIURISDIZIONALE.

Forma e ordine degli atti processuali.

Le norme giuridiche che regolano le forme processuali disciplinano non soltanto la struttura esteriore dei singoli atti del processo, considerati ciascuno come isolata unità, ma anche l'ordine e la relazione di tempo e di luogo che passa tra gli uni e gli altri, ossia la posizione che ciascuno di essi deve avere nella serie di cui fa parte.

Per disciplinare la struttura esteriore di ciascun atto processuale considerato in sè stesso, il diritto processuale stabilisce *da chi* ciascun atto può esser compiuto (dagli organi giudiziari, o dalle parti o da terzi), quali *mezzi di espressione* debbono essere adoprati (lingua di ufficio, art. 122 C. p. c.; forma scritta o forma orale, es. art. 180; pubblicità o segretezza, es. art. 128), quali *condizioni di luogo* (es. art. 139 C. p. c.) o *di tempo* (es. art. 147 C. p. c.) devono essere osservate per ciascuno di essi.

ART. 122, 180, 128, 139, 147.

Ma la disciplina delle forme riguarda anche, come già si è avvertito, l'ordine con cui debbono susseguirsi i varî atti considerati come costituenti la serie, e la relazione di luogo e di tempo che deve passare tra essi (1). Può accadere che tra più atti processuali sia fissata dalla legge una relazione di necessaria *precedenza,* in modo che un certo atto non possa esser compiuto se non dopo il compimento di un altro; che la successione degli atti processuali possa svolgersi in unico contesto, senza soluzione di continuità temporale o spaziale (come accade per i diversi atti processuali compiuti uno di seguito all'altro nella stessa udienza: es. art. 183 C. p. c.), ovvero che la stessa legge consenta o prescriva che i varî atti della serie possano essere eseguiti in luoghi e tempi diversi, e che tra l'uno e l'altro possa o debba correre un intervallo di tempo più o meno lungo; ed anche la durata di queste pause che si interpongono nella serie tra un atto e l'altro del processo può essere regolata dalla legge, la quale talvolta, per evitare che gli atti del processo siano tra loro troppo ravvicinati, stabilisce il *termine minimo* che deve decorrere dal compimento di un atto del processo prima che possa esser compiuto quello seguente; mentre talvolta, per evitare che gli atti del processo siano troppo distanziati, stabilisce il *termine massimo,* entro il quale l'atto seguente deve esser compiuto (cfr. sui *termini processuali,* gli art. 152-155 C.p.c.).

Termini processuali.

ART. 152-155.

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, § 66.

Le disposizioni dettate dal nuovo Codice sulle forme degli atti processuali (titolo VI del lib. I°) saranno studiate più da vicino nella Parte seconda di questo Corso. Qui basti aggiungere che la inosservanza delle regole concernenti la forma e la posizione degli atti processuali può dar luogo in certi casi a *nullità* dell'atto irregolarmente compiuto (art. 156-162 C. p. c.), ovvero alla perdita del potere di compiere un determinato atto processuale, quando non sia stato compiuto nel termine o nell'ordine prescritto (*preclusione*) (1).

Nullità.

ART. 156-162.

Preclusione.

Un'altra caratteristica di quest'ordine formale che la legge stabilisce nella successione degli atti processuali è la seguente: che la serie non sempre si svolge continuativa fino alla sua meta finale, ma si suddistingue spesso in più fasi o riprese, ciascuna delle quali costituisce una tappa dell'intero processo: lo svolgimento del quale somiglia anche per questo alla figura esteriore di un dramma, diviso in più episodi scenici, ricollegati ad unità dal filo della vicenda.

Divisione del proc. in fasi.

La importanza di questa divisione del processo in più « fasi » si intende meglio quando si consideri in funzione della posizione che nella serie degli atti processuali ha il provvedimento giurisdizionale. Normalmente, come risulta dalla stessa idea elementare che finora ci siamo fatti del processo, il provvedimento giurisdizionale, meta ultima di tutte le attività che lo preparano, costituisce l'epilogo e la conclusione della serie: così, nel processo di cognizione, la decisione non può essere pronunciata prima che attraverso la fase istruttoria siano stati raccolti i dati occorrenti per decidere. Ma non si deve credere che fino a quando non giunge il momento di pronunciare il provvedimento finale l'organo giudiziario rimanga inerte spettatore di quello che fanno le parti. Anche durante la fase preparatoria il giudice dirige le parti e collabora con esse; e anche prima di arrivare alla pronuncia del provvedimento *di merito* che porrà fine al processo, può darsi che egli debba prendere nel corso del processo provvedimenti di carattere ordinatorio e preparatorio (cfr. art. 176, art. 187; ecc.) che non chiudono la serie, ma si intercalano tra le attività delle parti, segnando altrettante fasi interne, ciascuna delle quali costituisce un passo verso il provvedimento finale.

L'attività dell'organo giudiziario nel processo.

ART. 176, 187.

Si deve d'altra parte notare che anche il provvedimento *di merito* (quello, cioè col quale il giudice provvede *sull'azione*, con effetti giurisdizionali sul diritto sostanziale, secondo i varî tipi già veduti: cfr. § 27) non sempre è *unico* nel processo. Può accadere che l'esercizio del potere giurisdizionale che occorre per provvedere sulla domanda, anzichè essere concentrato in un solo provvedimento finale, sia repartito dal giudice in più provvedimenti successivi, ciascuno dei

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, § 66.

quali produca sul diritto sostanziale una frazione degli effetti giurisdizionali richiesti: questo fenomeno di frazionamento dell'atto giurisdizionale in più provvedimenti può avvenire nel procedimento di cognizione (per es. art. 279: sentenze *parziali,* che decidono solo una parte del merito, mentre il processo continua per le questioni non decise), ma soprattutto è tipico del procedimento di esecuzione (come si è già spiegato al § 27, B). A una successione di provvedimenti giurisdizionali nello stesso processo possono dar luogo per altro verso le *impugnazioni* (art. 323 e segg. C.p.c.): dopo la pronuncia di un provvedimento giurisdizionale che termina una prima fase del processo, può accadere che si svolga, dinanzi allo stesso giudice o a un giudice diverso, una nuova fase destinata a riesaminare in tutto o in parte la stessa causa, e a dar vita così a un provvedimento giurisdizionale destinato a prendere il posto di quello impugnato. Il procedimento può così svolgersi in momenti successivi dinanzi a organi giudiziari diversi, frazionato in distinte fasi che si chiamano « gradi » o « istanze » dello stesso processo (principio della *pluralità delle istanze*).

Posizione e pluralità dei provvedimenti nel processo.

ART. 279, 323, 633.

Così, mentre nello schema più semplice del processo, il provvedimento giurisdizionale figura come l'ultimo di una serie di atti processuali che lo precedono in successione continuativa, il procedimento si presenta di solito in figure più complicate, nelle quali i provvedimenti del giudice sono distribuiti lungo tutto il corso del processo, in posizioni intermedie, rappresentando ciascuno la chiusura di una fase e l'apertura della fase susseguente dello stesso processo.

Può infine accadere che in certi procedimenti speciali il normale ordine di precedenza degli atti processuali sia invertito: che cioè il processo si apra colla pronuncia di un provvedimento giurisdizionale, il quale viene a costituire in tal modo l'inizio anzichè la chiusura del procedimento (così, ad esempio, il processo fallimentare si apre colla sentenza dichiarativa di fallimento, art. 16 r. decr. 16 marzo 1942 n. 267; il procedimento ingiunzionale si inizia col decreto di ingiunzione, art. 633 C.p.c.; ecc.).

§ 45. — Caratteri tipici del procedimento.

Secondo la forma dei singoli atti processuali costituenti la serie e secondo l'ordine e la relazione con cui si susseguono, il procedimento può assumere diverse figure tipiche: che si distinguono e si riconoscono in base ai caratteri comuni prevalenti nella serie.

Questi caratteri tipici ai quali si deve por mente quando si vuol descrivere un procedimento, si trovano nella dottrina enunciati in coppie antitetiche: *scrittura e oralità; mediatezza* e *immediatezza; con-*

centrazione e *frazionamento; pubblicità* e *segretezza* (1); *preclusione* ed *elasticità.*

Non è questo il momento di approfondire la portata di ciascuno di questi caratteri, perchè questo sarà fatto quando si vedrà in qual modo essi si trovano attuati dal nuovo Codice: qui dobbiamo limitarci a poche nozioni generali.

a) Secondochè negli atti processuali costituenti la serie prevalga, come mezzo di espressione e di comunicazione tra le varie persone che partecipano al processo, la parola parlata o la scrittura, il procedimento si qualifica *orale* o *scritto;* la qualificazione è desunta dunque dalla *prevalenza* di un carattere sull'altro, non essendovi in pratica nelle legislazioni moderne un procedimento che sia tutto orale (anche nel dibattimento penale, che è orale, la scrittura è adoprata per redigere il verbale d'udienza) nè un procedimento scritto che non lasci qualche adito all'oralità (anche nel processo del C.p.c. 1865, in cui prevaleva la scrittura, era ammessa in udienza la discussione orale). Il momento tipico che si tiene presente per vedere se in un procedimento prevale la scrittura o l'oralità, è quello delle deduzioni delle parti: se la scrittura è la forma necessaria delle deduzioni, nel senso che l'organo giudiziario non possa tener conto di esse se non in quanto siano presentate per iscritto, si dirà che il procedimento si inspira al sistema della scrittura; qualora le deduzioni siano valide anche se presentate in forma orale, allora si dirà che nel procedimento prevale il sistema dell'oralità (2).

Scrittura e oralità.

b) I caratteri della *mediatezza* o *immediatezza,* anzichè dalla forma di ciascun atto processuale, sono desunti dalle relazioni di tempo e di luogo secondo le quali si raggruppano nel processo le attività dei diversi soggetti del processo: può accadere che le attività processuali delle parti e del giudice si svolgano contemporaneamente e contestualmente, *tra presenti,* in modo che ciascuno di essi percepisca direttamente coi proprî sensi ciò che fanno o dicono gli altri, e in questo caso si dice che quelle attività si svolgono secondo il sistema della immediatezza; può accadere viceversa che le attività dei diversi soggetti si svolgano in luoghi e tempi diversi, in modo che le comunicazioni tra i medesimi si debbano effettuare, come accade *tra assenti,* non in base alla immediata percezione, ma in base a relazioni altrui: e in questo caso si parla di *mediatezza.* La differenza tra i due sistemi si vede chiara quando si mette a confronto il modo con cui i testimoni sono sentiti nel dibattimento penale e nel processo civile del C. 1865: men-

Mediatezza e immediatezza.

(1) Cfr. Chiovenda, *Istituzioni,* II, § 52; Segni, *Procedimento,* nn. 4 e segg.

(2) Chiovenda, *Istituzioni,* II, n. 309; Calamandrei, voce « *Oralità* », in « Nuovo Digesto Italiano », vol. IX.

tre nel processo penale l'esame dei testimoni ha luogo in udienza, dinanzi al collegio giudicante, in modo che ciascuno dei suoi componenti percepisce direttamente e immediatamente le loro risposte (art. 448 C.p.p.), nel processo civile del 1865 le testimonianze erano raccolte dal giudice delegato (art. 208), e il collegio ne prendeva cognizione mediata attraverso il verbale redatto a cura del medesimo (art. 211).

È facile intendere che, come osserva il CHIOVENDA (1), « il principio della immediatezza è strettamente collegato coll'oralità, in quanto che solo nel processo orale può essere pienamente ed efficacemente applicato »: immediatezza significa contemporanea presenza dei varî soggetti del processo nello stesso luogo, e quindi possibilità tra essi di scambiarsi oralmente le comunicazioni; viceversa là dove le comunicazioni tra loro avvengono per iscritto, questa è la forma tipica delle relazioni tra assenti, cioè della mediatezza.

Identità fisica del giudice.

Si deve anche notare che una delle condizioni essenziali per poter mettere in pratica il sistema della immediatezza è quella del mantenimento per tutto il corso del processo della identità fisica delle persone che costituiscono l'organo giudiziario (cfr. un'applicazione di questo principio, ma limitata al solo periodo istruttorio, nell'art. 174 C.p.c., che stabilisce la « immutabilità del giudice istruttore »).

ART. 174

c) La *concentrazione* è il carattere che il procedimento assume quando gli atti processuali che compongono la serie sono ravvicinati nello spazio e nel tempo, in modo che si susseguano con ininterrotta continuità; carattere opposto, che si può chiamare della *decentrazione* o del *frazionamento,* è quello per il quale tra un atto processuale e l'altro, o tra gruppi di essi, possono passare lunghi intervalli di tempo, in modo che il processo appaia discontinuo. Anche qui, come per l'oralità, non bisogna dimenticare che la concentrazione è soltanto un ideale, al quale nella pratica il procedimento può avvicinarsi, ma non mai raggiungerlo: un processo interamente concentrato, nel senso che dal suo inizio precipiti senza respiro fino alla fine, non esiste in realtà, se non altro per il principio della pluralità delle istanze, che rende possibili in ogni processo più fasi tra loro distinte dinanzi a giudici diversi. Anche la concentrazione è dunque un concetto relativo: tanto più si dirà concentrato il processo quanto più saranno brevi i termini frapposti tra le varie fasi, o tra gli atti costituenti ciascuna fase.

Concentrazione e frazionamento.

Pubblicità e segretezza.

d) La contrapposizione tra *pubblicità* e *segretezza* può essere intesa in due sensi: secondo che sia riferita ai soggetti del processo o ai terzi (2).

Per quanto attiene ai terzi, cioè al « pubblico » delle persone estra-

---

(1) *Istituzioni,* II, pag. 371.

(2) CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, § 54.

nee al processo, possono astrattamente concepirsi due sistemi: quello della segretezza, secondo il quale le attività processuali debbano compiersi nel segreto d'ufficio senza che i terzi ne possano avere cognizione, e quello della pubblicità, secondo il quale al contrario tali attività debbano svolgersi sotto il controllo del pubblico. Le legislazioni moderne adottano di solito un sistema intermedio: la pubblicità nei confronti dei terzi è prescritta o permessa soltanto per alcune fasi (pubblicità delle udienze, art. 72 dello Statuto; art. 128 C.p.c.); mentre sono pubbliche le udienze in cui si discute la causa, non sono pubbliche le udienze istruttorie (art. 84 Disposizioni d'attuazione). ART. 128 ART. 84 D. a.

Per quanto attiene ai soggetti del processo, pubblicità significa reciproca conoscenza (o almeno possibilità di conoscenza) che ciascuno di essi deve avere delle attività compiute dagli altri soggetti: la struttura « dialettica » che, come si vedrà, è propria del processo (oltre, § 46), esige che tutti gli atti compiuti da una parte siano portati a conoscenza della parte avversaria, affinchè questa possa tempestivamente reagire a propria difesa: il *principio del contraddittorio* (art. 101 C. p.c.) è la espressione fondamentale di questa esigenza, in ossequio alla quale l'art. 97 delle D.a. stabilisce che « il giudice non può ricevere private informazioni sulle cause pendenti davanti a sè, nè può ricevere memorie se non per mezzo della cancelleria ». In quanto all'attività dell'organo giudiziario, alcune fasi di essa si possono svolgere in segreto, non solo per il pubblico, ma anche per le parti (così la deliberazione della decisione, che è presa in camera di consiglio: art. 276 C.p.c.; cfr. art. 375, 737). ART. 101 ART. 276

e) Si parla di *preclusione* e di *elasticità* come i caratteri generali del procedimento, secondochè l'ordine di precedenza dei varî atti processuali sia prescritto in modo preciso e rigido (talchè, se un certo atto non è compiuto nel momento o entro la fase prescritta, la parte decade dal potere di compierlo), ovvero sia rilasciata alla parte che deve compierlo una certa libertà di scegliere il momento più opportuno, senza assegnazione di termini perentorî di decadenza (e in relazione col sistema della preclusione sta il principio di *eventualità* di cui avremo occasione di parlare più avanti: cfr. § 56). Anche qui, com'è facile intendere, si tratta non di principî assoluti, ma di tendenze: un certo ordine di precedenza si trova necessariamente prescritto, come già si è spiegato, in ogni legislazione processuale; ma tuttavia entro il corso dello stesso procedimento le fasi in cui esso si divide possono essere segnate con maggiore o minor rigore, e la possibilità di rimediare alla omissione o al ritardo di un certo atto può essere concessa, secondochè si segua l'una o l'altra tendenza, in misura più o meno ampia (cfr. rel. GRANDI, n. 24). *Preclusione ed elasticità.*

A chiusura di questa schematica rassegna dei caratteri formali del

procedimento, si deve avvertire che i principî finora contrapposti a coppie come tipici si trovano di solito combinati nel diritto positivo secondo una certa affinità: l'oralità va di solito congiunta colla immediatezza, colla concentrazione, colla pubblicità e colla elasticità del procedimento; e viceversa in un procedimento basato sul sistema della scrittura, si riscontrano di solito congiunti i caratteri della mediatezza e della preclusione. Vedremo più avanti come questi caratteri si trovino combinati e raggruppati nel procedimento adottato dal nuovo Codice.

§ 46. — La dialetticità del processo: il rapporto processuale.

Soggetti del processo.

Gli atti processuali formati e ordinati nei modi che finora abbiamo veduto, resultano dalla collaborazione di più persone, la cui attività si succede alternativamente nella serie, come nelle « battute » di un dialogo. Queste persone che collaborano al processo (i *soggetti del processo*) sono almeno tre: l'*organo giudiziario,* che ha il potere di emanare il provvedimento giurisdizionale, e le *parti*: cioè la persona che chiede il provvedimento (« attore » nel processo di cognizione, « creditore » nel processo di esecuzione) e quella difronte alla quale il provvedimento è chiesto (« convenuto » nel processo di cognizione, « debitore » nel processo di esecuzione): « *iudicium est actus trium personarum, actoris, rei, iudicis* » (Bulgaro, *De iudiciis,* § 8). Ma le parti possono essere più di due (litisconsorzio); e atti nel processo possono esser compiuti anche da terzi (ausiliari).

Questi atti processuali compiuti da diverse persone si ricollegano tra loro, come componenti di un procedimento unico e individuato, non tanto per il loro esteriore ravvicinamento spaziale e temporale, e non solo per la loro connessione teleologica; ma anche perchè dall'inizio fino al compimento della serie ciascuno di essi nasce come conseguenza di quello che l'ha preceduto, ed a sua volta opera come stimolo di quello che lo segue. È questo il carattere che si potrebbe denominare della « *dialetticità* » (1) del processo: per la quale il processo si svolge come una scherma di azioni e di reazioni, di attacchi e di difese, nella quale ognuno dei soggetti provoca colla propria attività il movimento degli altri soggetti, e attende poi da loro un nuovo impulso per rimettersi in moto a sua volta. Tutto questo si può anche esprimere dicendo che il processo non è soltanto una serie di atti compiuti da diverse persone nell'ordine stabilito dalla legge, ma è anche, dall'inizio alla fine di questa serie, un continuativo *rapporto* tra queste diverse persone, ciascuna delle quali si determina ad agire nel modo prescritto dalla legge in

(1) L'espressione è del Redenti, *Profili,* pag. 59, il quale parla della « struttura dialettica » del processo.

conseguenza ed in vista di questa relazione personale in cui si trova colle altre: così la dialetticità del processo porta naturalmente a concepire gli atti che lo compongono come la manifestazione esteriore di un rapporto giuridico intercorrente tra i soggetti del medesimo: e sorge così la nozione di *rapporto processuale* (1).

Per intendere la portata di questa nozione che la dottrina oggi prevalente (2) considera fondamentale (anche qui seguendo l'insegnamento di GIUSEPPE CHIOVENDA, che costruì il suo sistema, come su due pilastri, sui due concetti di azione e di rapporto processuale) non bisogna rimanere stretti al concetto tradizionale del rapporto giuridico, inteso come conflitto intersoggettivo di interessi regolato dal diritto (3) e quindi al rapporto che si instaura, in forza della tutela accordata dalla legge a uno dei due interessi in conflitto con sacrificio dell'altro, tra il titolare di un diritto soggettivo e il titolare dell'obbligo corrispondente. Bisogna invece partire da un concetto più vasto e comprensivo, che abbracci non soltanto il regolamento giuridico dei *conflitti* di interessi tra due soggetti, ma altresì quello della *collaborazione* di interessi in cui possono trovarsi due o più persone, quando cooperano al raggiungimento di uno scopo comune: come accade per esempio quando la legge interviene a disciplinare lo svolgimento di una impresa continuativa, quale potrebbe essere una società nella quale il « rapporto sociale » non si conclude tra due sole persone, perchè i soci che vi partecipano possono essere più di due, e non si esaurisce in una correlazione tra un diritto e un obbligo, perchè nello svolgimento dell'impresa sociale gli interessi dei varî soci possono variamente atteggiarsi e raggrupparsi secondo il tempo e le circostanze, e quindi trovarsi volta a volta in svariate situazioni di convergenza o di conflitto, che, per quanto molteplici, si inseriscono nell'unico rapporto giuridico che durevolmente li unisce. Anche il rapporto processuale dobbiamo immaginarlo così, come *unitario, complesso* e *continuativo,* idoneo a plasmarsi in mutevoli situazioni giuridiche di cooperazione o di contrasto che via via si maturano in funzione delle attività con cui ciascuno dei soggetti si muove verso lo scopo comune: contrastanti *sull'azione* (cioè sul contenuto del provvedimento giurisdizionale, che cia-

Nozione di rapporto processuale.

Caratteri del rapporto processuale.

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni,* I, nn. 17-18; REDENTI, *Profili,* § 13, nn. 84-88; CARNELUTTI, *Sistema,* vol. I, n. 537; SEGNI, *Procedimento,* nn. 15-30, e più ampie indicazioni bibliografiche, ivi n. 15, nota 4; BETTI, *Dir. proc. civ.,* § 8; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, pag. 61.

(2) La critica di questo concetto è stata fatta specialmente dal GOLDSCHMIDT, nella sua opera *Il processo come situazione giuridica* (cfr. la recensione di CALAMANDREI, in « Riv. dir. proc. civ. », 1927, I, pag. 225); cfr., da ultimo, GUARNIERI, *Sulla teoria generale del processo penale* (Milano, 1939).

(3) CARNELUTTI, *Sistema,* I, n. 11 a); ID., *Istituzioni,* n. 187.

scuna parte attende favorevole a sè e sfavorevole all'avversario) tutte le parti sono però cooperanti *nel processo,* in quanto tutte concorrono ad affrettare coi proprî atti il raggiungimento di quello scopo formalmente comune che è la pronuncia del provvedimento giurisdizionale. Sul contenuto della decisione le aspirazioni di ciascun litigante possono essere in urto con quelle dell'avversario, ma nel chiedere che una decisione sia pronunciata tutti sono concordi, e in ciò i loro interessi confluiscono (1): come può avvenire, per lontana somiglianza, in una gara sportiva in cui tutti i competitori, pur agognando, ciascuno per sè, alla vittoria finale, sono però concordi nell'uniformarsi alle regole del giuoco, e nel collaborare al regolare svolgimento della partita.

La dottrina, pur essendo in prevalenza concorde nell'ammettere che tutti gli atti del processo si devono considerare come la manifestazione esteriore di un unico rapporto giuridico che tutti li ricollega, non è concorde nel descrivere la struttura di questo rapporto. Si ammette da tutti ch'esso abbia struttura *trilaterale,* in quanto corre reciprocamente tra i tre soggetti del processo (organo giudiziario e parti), ma poi le opinioni divergono quando si tratta di stabilire qual è la posizione giuridica in cui si trova ciascuno di questi tre soggetti difronte agli altri due: mentre secondo una opinione diritti e obblighi reciproci potrebbero correre così tra le parti come fra ciascuna parte e l'organo giudiziario, secondo altre opinioni il rapporto giuridico processuale verterebbe soltanto tra le parti, ovvero soltanto tra ciascuna parte ed il giudice. Non possiamo entrare qui, in questa parte introduttiva, in una più minuta analisi dei diritti e obblighi scaturenti dal rapporto processuale, che può esser fatta soltanto sulla base concreta del diritto positivo; ma crediamo che invece di una cosiffatta indagine analitica (la quale può portare a perder di vista l'unità del rapporto processuale e a frantumarlo, distruggendo così l'utilità sistematica del concetto, in una pluralità di rapporti giuridici intesi nel senso tradizionale di correlazione intersoggettiva tra diritti ed obblighi) (2) sia più opportuno accennare a qualcuno dei caratteri fondamentali per i quali la struttura del rapporto processuale, che tipicamente appartiene al diritto pubblico, si distingue da quella del rapporto giuridico di diritto privato, tradizionalmente elaborato dalla dottrina civilistica.

Al centro del processo sta l'organo giudiziario: cioè un organo dello Stato che esercita una funzione pubblica, ed è fornito quindi di

---

(1) Cfr. in proposito le belle pagine del REDENTI, *Profili,* nn. 12 e 85; e BETTI, *Dir. proc. civ.* § 8, n. 24.

(2) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema,* I, n. 357, il quale insegna che invece di dire che vi è un rapporto giuridico processuale, si deve dire « meglio, che vi sono *dei rapporti giuridici processuali,* tanti quanti sono i conflitti... »; ID., *Istituzioni,* n. 187.

tutti i poteri occorrenti per la preparazione e l'esplicazione di essa. Ma l'esercizio della funzione giurisdizionale non si muove d'ufficio; affinchè il giudice possa provvedere occorre che qualcuno chieda il provvedimento (principio della domanda, art. 99 C.p.c.) e che colui contro il quale il provvedimento è chiesto sia messo in grado di difendersi (principio del contraddittorio, art. 101 C.p.c.). Questo vale non soltanto per l'inizio del processo, ma anche per il suo svolgimento; sicchè non soltanto per la pronuncia del provvedimento che deve chiudere il processo, ma anche per il compimento di tutti gli atti intermedi indispensabili per giungere al momento finale di esso l'attività delle parti può costituire non solo uno stimolo ma anche una condizione dell'attività del giudice, cioè dell'esercizio dei poteri di cui esso è fornito.

Dovere dell'organo giudiziario di provvedere.

ART. 99-101.

La facoltà data così alle parti di provocare colle loro attività l'esercizio dei poteri giurisdizionali non si può a rigor di termini far rientrare nello schema tipico del diritto soggettivo al quale corrisponda nell'organo giudiziario un obbligo di prestazione verso le parti. La giurisdizione, con tutti i poteri preparatorî ad essa inerenti, è funzione eminentemente pubblica: e lo Stato che attraverso l'organo giudiziario la esercita nell'interesse generale della giustizia, cioè nel proprio interesse, non si può ridurre alla figura dell'obbligato che con sacrificio dell'interesse proprio è tenuto ad adempiere nell'interesse dell'avente diritto. Di un vero e proprio obbligo di provvedere sulle domande e di fare tutto ciò che occorre per preparare il provvedimento si potrebbe parlare casomai non nei confronti dell'organo (che è poi lo Stato), ma nei confronti delle singole persone fisiche che compongono l'organo giudiziario; ma questo dovere di giudicare che incombe sui giudici come singoli, deriva dal rapporto di impiego, e sussiste *verso lo Stato*, non verso le parti. È vero che se il giudice senza giusto motivo rifiuti, ometta o ritardi di provvedere sulle domande delle parti può incorrere in responsabilità civile verso di esse (art. 55 C.p.c.); ma questo non esclude che si tratti pur sempre della violazione di un dovere d'ufficio, che rimane tale anche se alle sanzioni disciplinari si accompagna, come può avvenire per altri pubblici funzionari, la sanzione del risarcimento dei danni a favore del singolo individualmente leso da tale trasgressione.

ART. 55

Non si può dunque dire che al potere-dovere che l'organo giudiziario ha di provvedere sulle domande delle parti e di compiere nel processo tutto quello che occorre per preparare il provvedimento, corrispondano nelle parti veri e propri diritti soggettivi nel senso privatistico dell'espressione. Anche qui, ripetendo quello che già si disse a proposito dell'azione (§ 34 *c*), si può affermare che le facoltà delle parti nel rapporto processuale possono assumere soltanto la figura di *diritti potestativi*, in quanto, mentre nei confronti dell'organo giudiziario

Diritti potestativi delle parti. si esauriscono nel potere di porre in essere nel corso del processo le condizioni necessarie affinchè esso organo possa procedere nell'interesse pubblico della giustizia, nei confronti dell'avversario si presentano non come diritti ad una sua prestazione, ma come il mezzo per rendere concretamente operativa contro di lui la soggezione ai provvedimenti del giudice. Ciò vale per il cosiddetto diritto astratto d'agire (diritto, spettante indistintamente ad ambedue le parti, a che il giudice decida quale di esse ha ragione e quale ha torto) che, come già si avvertì, attiene al rapporto processuale e non ha niente a che vedere col diritto d'azione inteso in senso proprio (§ 35); ma vale altresì per tutte le facoltà che le parti possono esplicare nel corso del processo.

Non si può escludere che veri e propri obblighi possano sorgere dal rapporto processuale a carico delle parti: ma si tratta di obblighi a favore dello Stato, non della controparte, come accade quando il diritto processuale impone alle parti di tenere nel processo un certo *Obblighi processuali.* comportamento nell'*interesse della giustizia,* anche se contrario al loro interesse individuale, e questo comando accompagna con apposite sanART. 88, 89. zioni (così per es. il dovere di lealtà e di probità di cui all'art. 88 C.p.c.; il dovere di non usare espressioni sconvenienti od offensive di cui all'art. 89 C.p.c.; il dovere di non giurare il falso; ecc.); obblighi consimili possono anche sorgere a carico di terzi (obbligo di render testimonianza; obbligo di prestarsi alla ispezione di persone o di cose: ART. 118 art. 118 C.p.c.) (1). Ma nelle legislazioni moderne (come meglio si vedrà esaminando i principî fondamentali del nuovo Codice) l'obbligo processuale delle parti è, nel processo civile, una figura eccezionale: e nella massima parte dei casi i cosiddetti obblighi delle parti rientrano nella figura ben differente dell'*onere processuale,* i cui caratteri si trovano ben messi in luce dalla più moderna dottrina, per merito specialmente del GOLDSCHMIDT in Germania e del CARNELUTTI in Italia. Mentre l'obbligo in senso proprio (o « dovere assoluto») si ha quando la legge comanda ad alcuno di tenere un certo comportamento per sodisfare l'interesse altrui con sacrificio dell'interesse proprio, la dottrina parla di « onere » (o anche di « dovere finale ») quando la legge fissa il comportamento che alcuno deve tenere se vuol conseguire un resultato favorevole *al suo proprio interesse*: nel primo caso la legge non lascia all'obbligato alcuna libertà di scelta, e se egli non tiene il comportamento prescritto dalla legge, si espone alle sanzioni che questa *Oneri processuali.* predispone contro chi non osserva il diritto; nel secondo caso il singolo è libero di comportarsi diversamente da quello che la legge prescrive, e l'unico effetto di questo suo diverso comportamento è quello di non conseguire il vantaggio che altrimenti avrebbe conseguito. Questa fi-

(1) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema,* I, nn. 352-354; ID., *Istituzioni,* nn. 231-242

gura dell'onere si incontra con grande frequenza nel processo civile moderno (1): invece di attribuire al giudice poteri di iniziativa ai quali corrispondano veri e propri obblighi delle parti, il diritto processuale preferisce subordinare l'esercizio dei poteri del giudice all'iniziativa delle parti, in modo che ciascuna parte, per ottenere dal giudice i provvedimenti ai quali aspira nel proprio interesse, ha l'onere di compiere certe attività processuali in mancanza delle quali non consegue il vantaggio sperato. In questo modo può avvenire che la parte che rimane inerte giovi colla propria inerzia alla parte avversaria: se vuol evitare che della sua inerzia profitti l'avversario, bisogna che operi attivamente, che compia il lavoro occorrente per mettere il giudice in grado di provvedere a suo favore. Si parla ad esempio di « onere della prova », nel senso che per vincere la causa, bisogna provare al giudice i fatti costitutivi del diritto che si afferma in giudizio (art. 2697 C.c.); l'attore che non riesce a fornir tale prova, non viola con questo un obbligo che abbia verso l'avversario (anzi l'avversario non ha che da rallegrarsi per questa non riuscita!) ma semplicemente perde la causa, cioè danneggia *sè stesso*. Così, attraverso questa molla dell'onere processuale si trova messo in valore e stimolato il sentimento della libertà e della responsabilità individuale: anche nel processo, in quanto vi si applichi il principio dell' « agire a proprio rischio » (2), si può dire che « *faber est suae quisque fortunae* ».

Da quanto si è detto finora appare dunque che di rapporto processuale si può parlare soltanto in quanto l'esercizio della funzione giurisdizionale e dei poteri preparatorî ad essa inerenti sia, negli svariati modi che le legislazioni positive determinano, vincolato più o meno alla iniziativa delle parti. La premessa indispensabile del rapporto processuale è costituita dal vecchio principio « *ne procedat iudex ex officio* »: ove tale vincolo del tutto mancasse, e il giudice potesse in ogni caso procedere di propria iniziativa senza attendere la richiesta delle parti, l'unico rapporto giuridico che potrebbe realizzarsi in un cosiffatto processo sarebbe quello della soggezione delle parti all'autorità del giudice.

E se è esatto che il dovere dell'organo giudiziario di provvedere sulle domande costituisce per così dire la colonna vertebrale del processo (3), non si può dimenticare che l'idea del rapporto processuale sorge proprio dal considerare l'attività delle parti come *limite e condizione di questo potere*: sicchè il vario giuoco di potestà e di oneri attraverso il quale le parti possono stimolare colle proprie iniziative o

---

(1) Carnelutti, *Sistema*, I, nn. 158-166, n. 350; Id., *Istituzioni*, nn. 220-230.
(2) Carnelutti, *Sistema*, I, n. 157.
(3) Chiovenda, *Istituzioni*, I, pag. 52.

impedire colla propria inerzia l'attività del giudice, si riassume in sostanza in una *continuativa collaborazione delle parti volta a render concreto ed attuale, segnandone i limiti, il dovere dell'organo giudiziario di render giustizia nell'interesse pubblico* (1).

§ 47. — IMPORTANZA PRATICA DELLA NOZIONE DI RAPPORTO PROCESSUALE.

La legge parla di processo o di procedimento, non parla del « rapporto processuale », che è un concetto di creazione dottrinaria. Può quindi domandarsi se la introduzione di questo concetto nello studio del diritto processuale abbia qualche utilità: si risponde affermativamente per le seguenti considerazioni.

Unità del processo.

a) Quella serie di atti processuali, spazialmente e temporalmente ravvicinati ma distinti, che costituisce esteriormente il processo, può intendersi come unità solo quando questi atti si concepiscano come manifestazione visibile di un unico rapporto giuridico: il rapporto processuale è la formula in cui si esprime la *unità* e la *identità* giuridica del processo. Perchè il processo, quantunque possa svolgersi come già si è visto in fasi separate e in tempi e luoghi distinti, rimane *lo stesso* dall'inizio alla fine? perchè questa successione di attività si considera appartenente a un *unico individuo giuridico,* quasi come manifestazione di vitalità di un organismo che nasce con certi caratteri e, pur evolvendosi fino alla sua estinzione, è identificabile attraverso di essi fino a che dura il suo ciclo vitale? La risposta a queste domande è data dal rapporto processuale. Esso si costituisce al momento in cui la domanda colla quale una parte chiede un provvedimento all'organo giudiziario è comunicata all'altra parte (art. 101; art. 39 comma ultimo; art. 643 comma ultimo) (2): e da questo momento esso, fino a che non si estingue, è individuabile e riconoscibile, per i *soggetti* tra i quali si è costituito e per la domanda (o « causa » nel senso già visto, § 39) che ne è l'*oggetto*. Ogni rapporto o stato giuridico di carattere continuativo può esistere nel mondo del diritto indipendentemente dagli atti esterni coi quali nel mondo fisico si manifesta l'esercizio dei diritti od obblighi ad esso inerenti: il diritto di proprietà, che alcuno ha acquisito su un fondo, non sussiste soltanto nei momenti in cui esso proprietario compie sul suo terreno atti visibili di padronanza, ma sussiste ugualmente, come complesso di

ART. 101, ART. 39.

(1) In questo stesso senso ora ALLORIO, *Diritto processuale tributario* (Milano, Giuffrè, 1940) accetta la nozione di rapporto processuale costruito come « rapporto di iniziativa » (n. 69, pag. 303 e segg.).

(2) Cfr. ZANI, *Efficacia sostanziale della citazione e costituzione del processo,* in « Riv. dir. proc. civ. », 1942, II, n. 1.

facoltà che possono ad ogni momento essere esercitate *anche se di fatto non sono,* nei periodi in cui il proprietario si astiene da ogni esercizio esteriore del suo dominio. Qualcosa di simile avviene per il rapporto processuale: dal momento in cui esso è costituito, si crea tra i soggetti del processo quello stato giuridico che si chiama *litispendenza* (art. 39 C.p.c.), il quale significa che in ordine a quella domanda le parti non sono più libere di rivolgersi a un altro giudice, e che, se vogliono arrivare alla decisione, non possono più farlo che giovandosi di quei poteri o assoggettandosi a quegli oneri che ormai, per il costituirsi del rapporto processuale, sono già in esso potenzialmente individuati; sicchè, anche nei periodi di inattività, nelle pause più o meno lunghe tra una ripresa e l'altra, il rapporto processuale continua a sussistere immutato e a vincolare i soggetti del processo poichè in esso sono ormai fissate le regole e le condizioni alle quali le ulteriori attività dovranno conformarsi.

Litispendenza.

ART. 39

b) Il rapporto processuale permette anche di intendere la *continuità* del processo, nonostante le vicende e le trasformazioni alle quali esso può andar soggetto nel suo svolgimento. Il rapporto processuale è un rapporto *dinamico,* che tende a raggiungere uno scopo e ad estinguersi nel raggiungimento di esso; ma finchè questo scopo, che è il provvedimento definitivo, non è stato raggiunto, o finchè non si sia verificata altra causa di *estinzione* prevista dalla legge processuale (art. 306-310 C.p.c.), il rapporto processuale continua ad esser pendente, come complesso di facoltà e di oneri preordinati a quello scopo, anche se momentaneamente ogni attività è sospesa. La continuità del rapporto processuale non vien meno neanche nei periodi in cui il corso esteriore delle attività processuali sia temporaneamente arrestato nei casi di *sospensione* o di *interruzione del processo,* previsti dalla legge (art. 295-305 C.p.c.); non vien meno neanche nel periodo di attesa che passa tra un grado e l'altro, quando il provvedimento definitivo può essere impugnato dinanzi a un giudice diverso. Neanche il mutamento dell'organo giudiziario e del procedimento, che corrisponde alla pluralità dei gradi, neanche certe trasformazioni soggettive che possono avvenire in caso di *successione* delle parti spezzano la continuità del processo; e tale continuità trova la sua spiegazione giuridica proprio in questo perdurare del rapporto processuale, nel quale tutte queste vicende si inseriscono e dal quale ricevono la loro disciplina nei limiti potenzialmente posti fino dalla sua costituzione.

Continuità del processo; estinzione, sospensione, interruzione, successione.

ART. 306-310.

ART. 295-305.

c) Ma sopratutto la nozione del rapporto processuale è utile per scolpire chiaramente le differenze che passano tra il «processo» e la «causa»; tra il diritto processuale e il diritto sostanziale; tra la fondatezza dell'azione e la regolarità del processo. Ma di questo meglio si dirà nel paragrafo seguente.

Processo e causa.

§ 48. — Rapporto processuale e azione: i cosiddetti «presupposti processuali».

Gli atti che compongono il processo sono, come si è detto, atti *giuridici,* cioè regolati dal diritto: e il rapporto processuale è esso stesso un rapporto *giuridico,* in quanto le relazioni che vi si svolgono tra i varî soggetti sono anch'esse regolate dal diritto. Questo diritto, che regola in loro stesse e nella loro reciproca relazione le attività dei soggetti del processo, è il *diritto processuale* (§ 51).

Per aver chiara l'idea della differenza che passa tra il processo e l'azione, bisogna partire dalla diversa posizione in cui l'organo giudiziario si trova, mentre esplica la sua funzione giurisdizionale, dinanzi al diritto *sostanziale* e dinanzi al diritto *processuale.* Si è già avvertito (§ 19) che il giudice, quando è chiamato ad « applicare » la legge sostanziale ai fatti della causa, considera il diritto soltanto come oggetto del suo conoscere, non anche come regola del suo operare: altro è « applicare » la legge ai rapporti *altrui* (cioè stabilire, con una attività meramente intellettiva, quale legge avrebbe dovuto esser osservata *nel passato* dai soggetti del rapporto controverso sottoposto alla cognizione del giudice), ed altro è « osservare » o « eseguire » la legge, che vuol dire conformare praticamente la condotta *propria* al precetto che *nel presente* la regola. Orbene: mentre il diritto sostanziale è considerato prima di tutto dal giudice come oggetto di giudizio, cioè come il diritto che *altri* avrebbe dovuto osservare e che il provvedimento giurisdizionale mira a *far osservare da altri,* il diritto processuale è norma di condotta per tutti i soggetti del processo, e quindi per lo stesso giudice, che è tenuto ad *osservarlo egli stesso*: cosicchè, mentre il giudice è chiamato ad accertare se la condotta altrui si è conformata al diritto sostanziale, è tenuto egli stesso a conformare la propria condotta al diritto processuale, il quale stabilisce in qual modo debbono praticamente comportarsi le persone che partecipano al processo affinchè questo sia regolare ed efficace. Appare da questa osservazione la profonda differenza che si deve fare tra il rapporto sostanziale, che è il « merito » della causa, cioè il tema che l'organo giudiziario pone dinanzi a sè come un evento storico che è già stato vissuto dai contendenti prima e fuori del processo; e il rapporto processuale, che si crea al momento stesso in cui le parti entrano in relazione col giudice e nel quale giudice e parti agiscono in una cooperazione vivente, in cui ogni atto deve conformarsi ad altrettanti precetti giuridici che il diritto processuale momento per momento a ciascuno di loro indirizza. Diversa è quindi la natura (e, come a suo tempo si vedrà, le conseguenze) dell'errore di diritto, secondo che si riferisca al rapporto sostanziale o al rapporto processuale: se il giudice sbaglia nello

Posizione del giudice difronte al dir. processuale e difronte al dir. sostanziale.

Error in procedendo ed error in iudicando.

applicare al merito il diritto sostanziale, incorre in un vizio *di giudizio* (*error in iudicando*), ma non incorre con ciò in una inosservanza del diritto sostanziale, perchè questo non si indirizza a lui; se invece il giudice commette una irregolarità processuale, incorre in un vizio *di attività* (*error in procedendo*) cioè nella inosservanza di un concreto precetto, che, indirizzandosi a lui, gli impone di tenere nel processo un certo comportamento (1).

Il diritto processuale e il diritto sostanziale si trovano così su due diversi piani, su due diverse dimensioni: affinchè l'organo giudiziario possa arrivare ad applicare il diritto sostanziale, cioè a provvedere sul *merito,* è necessario che prima le attività processuali si siano svolte in conformità del diritto processuale. Solo se il processo si sarà svolto regolarmente, cioè secondo le prescrizioni dettate dal diritto processuale, il giudice potrà, come si dice, « entrare nel merito »: se viceversa tali prescrizioni non saranno state osservate, le inosservanze di diritto processuale, quando siano di una certa gravità, costituiranno un impedimento alla decisione del merito (« *litis ingressum impedientes* »). L'osservanza del diritto processuale *in procedendo* costituisce dunque una condizione ed una premessa per l'applicazione del diritto sostanziale *in iudicando*: e quello che si dice più particolarmente per il processo di cognizione vale del pari per quello di esecuzione forzata, nel quale la messa in opera della garanzia esecutiva non può aver luogo se non seguendo esattamente quell'*iter* di attività che la legge processuale stabilisce appunto per questa fase.

Carattere strumentale del processo.

Il diritto processuale ha dunque, difronte al diritto sostanziale, carattere *strumentale,* trovandosi con esso in rapporto di mezzo a scopo; ma si tratta di una strumentalità *necessaria,* in quanto per ottenere il provvedimento giurisdizionale sul merito non c'è altra strada che quella della rigorosa osservanza del diritto processuale. Quando si considera la minuziosa esattezza con cui le parti e gli organi giudiziari debbono costituire in tutti i particolari questo strumento della giurisdizione che è il processo, viene fatto di pensare a quelle delicate operazioni preparatorie che nei laboratorî scientifici devono esser compiute per mettere in punto gli strumenti ottici di precisione, attraverso i quali può compiersi la osservazione sperimentale dei preparati: se il microscopio non è stato messo in fuoco, se i pezzi che lo compongono non sono stati montati in ordine, l'osservatore non riesce a vedere attraverso le sue lenti; così l'indagine del giudice sul rapporto sostanziale non può aver luogo che attraverso un processo regolarmente costituito.

Si comprende da ciò come per vincere una causa non basta aver

(1) Cfr. CALAMANDREI, *Studi,* I, pag. 213.

ragione sul merito; ma occorre altresì farla valere nei modi prescritti dal diritto processuale (1), in mancanza di che l'organo giudiziario non potrà entrare a conoscere se il richiedente abbia ragione o abbia torto, e non potrà quindi dare il provvedimento giurisdizionale di merito al quale il richiedente aspira: in modo che il provvedimento consisterà semplicemente nel dichiarare *di non poter provvedere.* Appare qui evidente la differenza tra azione e rapporto processuale: solo chi ha l'azione ha diritto ad un provvedimento di *un determinato contenuto,* cioè ad un provvedimento *favorevole;* ma anche chi non ha azione, ha diritto, in base al rapporto processuale regolarmente costituito, ad un provvedimento che decida sulla sua domanda, sia pure per dargli torto; cioè ad un provvedimento *di merito.* L'azione, intesa in senso concreto (§ 34), è il diritto al provvedimento (di merito) favorevole; ma se il processo non è regolarmente costituito e proseguito fino alla fine, l'organo giudiziario non può provvedere sulla domanda, e quindi non può decidere se essa, come fondata, meriti di essere accolta. Si distingue così l'*ammissibilità* della domanda dalla sua *fondatezza. Ammissibile* è la domanda proposta e proseguita nei modi prescritti dal diritto processuale, indipendentemente dalla sussistenza del diritto di azione; *fondata* è la domanda quando chi la propone ha azione (in senso concreto), indipendentemente dalla regolarità del procedimento in cui tale domanda è proposta e proseguita. La fondatezza attiene alla sussistenza dei requisiti costitutivi dell'azione (§ 37), la ammissibilità alla regolarità del procedimento nel quale l'azione è proposta e fatta valere. Anche chi non ha azione (in senso concreto) può proporre all'organo giudiziario una domanda infondata: e se la presenta e la prosegue nei modi prescritti dal diritto processuale, egli otterrà dall'organo giudiziario un provvedimento *di merito,* che dichiarerà infondata la sua domanda e la respingerà: in questo caso dunque la domanda è *ammissibile* (in quanto ha tutti i requisiti processuali per essere ammessa all'esame di merito), pur essendo *infondata* (in quanto mancano i requisiti costitutivi dell'azione indispensabili per accoglierla). Viceversa può accadere che la domanda, pur essendo *fondata* (in quanto, se potesse esser presa in esame, si vedrebbe che sussistono nel richiedente quei requisiti costitutivi che in un regolare processo gli darebbero diritto ad ottenere un provvedimento favorevole) non possa essere ammessa all'esame del giudice, perchè le attività del processo non si sono svolte in conformità del diritto processuale: in questo caso la dichiarazione di inammissibilità della domanda non

Azione e rapporto processuale.

Fondatezza e ammissibilità della domanda.

(1) Anche il noto proverbio veneto sul « fabbisogno per vincer le liti », insegna che a tale scopo non basta « aver rason », ma occorre altresì, fra l'altro, « saverla espor », nei modi voluti dalla procedura.

significherà che essa sia respinta come infondata, ma significherà soltanto che il giudice non avrà potuto conoscere *in quel processo* del merito della domanda e quindi non avrà potuto pronunciare, *in quel processo,* il provvedimento favorevole, al quale il richiedente avrebbe diritto.

Questioni di merito e questioni di rito.

Al momento in cui l'organo giudiziario si accinge a provvedere sulla domanda esso deve quindi, prima di entrare a conoscere se sia fondata, esaminare se essa sia stata proposta e proseguita secondo le prescrizioni del diritto processuale: le questioni sulla *ammissibilità* della domanda si presentano, necessariamente, con un carattere di priorità logica su quelle relative alla sua *fondatezza*: in questo senso è corrente nel linguaggio forense la distinzione tra questioni *di merito* e questioni *di procedura* (o *di rito*), ed anche il nuovo Codice distingue espressamente le « questioni di merito » dalle « questioni pregiudiziali » attinenti al processo (cfr. art. 187 e 276 C.p.c.). Il nuovo Codice distingue anche tra *inammissibilità* e *improcedibilità* (1) della domanda (cfr., per es., art. 366 e art. 399 C.p.c.), alludendo colla prima espressione alla mancanza iniziale dei requisiti processuali che la domanda deve avere al momento in cui è proposta, e colla seconda alle irregolarità processuali sopraggiunte nell'ulteriore corso del processo (2).

ART. 187 E 276.

ART. 366 E 399.

Ammissibilità e procedibilità.

Partendo da queste premesse è possibile intendere nella sua esatta portata un concetto che, quantunque non sia espressamente adottato dalla legge, è tuttavia ormai largamente utilizzato dalla dottrina in connessione sistematica colla teoria del rapporto processuale: il concetto, cioè dei cosiddetti « presupposti processuali » (3). Mentre, per poter pronunciare un provvedimento favorevole al richiedente è necessaria la sussistenza dei « requisiti costitutivi dell'azione » (o « condizioni dell'azione »: cfr. § 37), i *presupposti processuali* sono le condizioni che debbono sussistere affinchè possa aversi una qualsiasi pronuncia, favorevole o sfavorevole, sulla domanda, affinchè si concreti, cioè, il potere-dovere del giudice di provvedere *sul merito*: così, mentre i requisiti dell'azione attengono al rapporto sostanziale che preesiste al processo, i presupposti processuali sono requisiti attinenti alla costituzione e allo svolgimento del rapporto processuale, indipendentemente dalla fondatezza sostanziale della domanda.

Presupposti processuali.

Affinchè il rapporto processuale si costituisca nel suo primo embrione occorrono almeno due elementi: cioè un organo giudiziario e una domanda di provvedimento a lui diretta, nelle forme stabilite dalla legge

---

(1) Da non confondersi colla *improponibilità,* che attiene alla mancanza delle condizioni dell'azione: cfr. § 37, in fine.

(2) Cfr. REDENTI, *Profili,* n. 228.

(3) CHIOVENDA, *Istituzioni,* I, § 3; ZANZUCCHI, *Dir. prov. civ.,* I, pag. 61 e segg.

processuale. Ma questi due elementi iniziali indispensabili non bastano a far sorgere in modo concreto ed attuale nell'organo giudiziario adito il potere-dovere di provvedere sul merito della domanda: affinchè questo dovere si concreti occorrerà che l'organo giudiziario abbia certi requisiti che lo rendano idoneo a giudicare su quella determinata causa (*giurisdizione, competenza*), che le parti tra le quali il processo si svolge siano soggetti di diritto aventi capacità d'agire (*capacità d'esser parte* e *capacità processuale*), e che in certi casi, siano rappresentate o assistite da un procuratore legale o da un avvocato (*capacità di chiedere in giudizio*). Questi varî requisiti, senza i quali non sorge il potere del giudice di entrare a provvedere sul merito, si possono denominare presupposti processuali *generali,* perchè sono comuni ad ogni processo; possono aversi poi per ogni tipo di processo presupposti processuali *speciali* ad esso specificamente propri.

D'altro lato, anche quando sono inizialmente presenti queste condizioni generali o speciali richieste per la regolare costituzione del processo, può accadere che il potere del giudice di provvedere sul merito venga meno nel corso del procedimento, per il verificarsi di circostanze positive o negative che funzionano come impedimento alla continuazione del processo: come può accadere, per es., quando si verifica la pendenza di un altro processo sulla stessa causa o su una causa connessa (art. 39-40 C.p.c.), o quando non è prestata nel termine stabilito la cauzione per le spese, disposta dal giudice a carico di una parte (art. 98 C.p.c.) (1).

ART. 39-40

ART. 98

Le stesse conseguenze che derivano dalla mancanza iniziale o sopraggiunta di un presupposto processuale generale o speciale possono verificarsi quando nella domanda o nel corso del procedimento sia commessa alcuna di quelle inosservanze di forme per le quali la legge commina la nullità (art. 156 C.p.c.): può in tali casi accadere che la nullità del singolo atto si ripercuota sull'intero rapporto processuale, colla conseguenza che anche qui venga meno il dovere-potere del giudice di provvedere sul merito (2).

ART. 156

Conseguenze della mancanza di un presupposto processuale.

In tutti questi casi (sui caratteri differenziali dei quali non è qui possibile fermarci) si verifica costantemente un fenomeno sul quale è opportuno richiamar l'attenzione: la mancanza dei presupposti processuali o le altre irregolarità del processo non hanno come effetto la inesistenza o la immediata estinzione del rapporto processuale, ma la loro conseguenza immediata è soltanto quella di far venir meno nel giudice il potere-dovere di provvedere *sul merito,* mentre sopravvive

---

(1) Per una precisa enumerazione di questi casi, cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, §§ 38-39; REDENTI, *Profili,* n. 228.

(2) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, § 41.

il potere-dovere di dichiarare le ragioni per le quali egli ritiene di non poter provvedere. Per questo la espressione di « presupposti processuali », a prenderla alla lettera, può trarre in inganno: nel suo significato proprio essa sembrerebbe voler indicare quelle condizioni in mancanza delle quali non si forma un rapporto processuale; viceversa, anche quando manca un presupposto processuale, il rapporto si costituisce ugualmente intorno al dovere del giudice di provvedere, ma colla differenza che, mentre nel caso di processo regolare il dovere del giudice è quello di provvedere in merito, nel caso di irregolarità del rapporto processuale il giudice ha soltanto il dovere di emettere un provvedimento in cui dichiari quali sono le ragioni per le quali ritiene di non poter entrare nell'esame della causa, e di non poter quindi prendere un provvedimento di merito. I presupposti processuali si dovrebbero dunque più esattamente denominare, secondo una terminologia adottata da qualche autore (1), *presupposti della trattazione del merito, estremi richiesti per decidere il merito, condizioni del provvedimento di merito;* noi preferiamo conservare la denominazione chiovendiana ormai entrata nell'uso, pur con l'avvertenza che ne precisa il significato.

Basta dunque che si abbia una domanda e un organo giurisdizionale a cui sia diretta (in mancanza di che il rapporto processuale non si costituisce ad alcun effetto), affinchè sorga in questo organo giudiziario, prima che il dovere di provvedere sul merito di questa domanda, il dovere di esaminare se esistono gli estremi processuali necessari per provvedere sul merito: ossia, prima che il dovere di prendere in esame la « causa » (cioè il problema della sussistenza dell'azione) il dovere di prendere in esame il « processo ». In ogni processo è dunque contenuta una fase *preliminare* (che in certe legislazioni è anche formalmente separata dalla trattazione sul merito) (2) in cui oggetto dell'indagine del giudice non è l'azione, ma è il processo: un vero e proprio *processo sul processo.* Dal rapporto processuale, anche se difettoso, sorge sempre questo potere di autocontrollo, che si esplica necessariamente, anche esso, in un provvedimento (per es. nella sentenza con cui il giudice si dichiara incompetente; o in cui dichiara di non poter provvedere perchè la citazione è nulla; ecc.). Così, purchè ci sia una domanda diretta a un organo giudiziario, un rapporto processuale si costituisce sempre, se non altro ai limitati effetti di accertare che lo stesso rapporto processuale non è costituito nel modo richiesto per poter portare ad un provvedimento di merito.

Processo sul processo.

Chi presenta una domanda a un organo giudiziario si può dun-

(1) Cfr. REDENTI, *Profili*, nn. 152 e 228; BETTI, *Dir. Proc. civ.*, § 10

(2) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pag. 54.

que trovare, secondo i casi, in tre situazioni differenti: se il processo non è regolarmente costituito (perchè, poniamo, il giudice al quale la domanda è stata rivolta è incompetente), ha diritto a ottenere un provvedimento *sul processo,* col quale il giudice dichiari inammissibile o improcedibile la domanda, specificando la ragione per la quale non può provvedere sul merito; se il processo è regolarmente costituito, ma il richiedente non ha azione (in senso concreto), questi ha tuttavia il diritto a ottenere un provvedimento *di merito,* col quale il giudice rigetti la sua domanda come infondata; se il processo è regolarmente costituito e il richiedente ha azione, egli ha diritto di ottenere un provvedimento *di merito favorevole,* che accolga cioè la sua domanda. Nei primi due casi il diritto del richiedente a ottenere il provvedimento deriva dal rapporto processuale; ma per ottenere il provvedimento favorevole occorre che ci sia, oltre il rapporto processuale, l'azione, come appunto accade nel terzo caso. Le conseguenze del provvedimento *sul processo* sono diverse, come a suo tempo si vedrà, da quelle del provvedimento *sul merito*: se la domanda è stata dichiarata inammissibile per ragioni processuali, essa potrà essere riproposta in un nuovo processo regolarmente costituito, e la dichiarazione di inammissibilità non esclude che la stessa domanda possa nel nuovo processo essere accolta; viceversa il rigetto *sul merito* ha carattere irrimediabile, nel senso che se il provvedimento, che ha rigettato la domanda come infondata, passa in giudicato, la domanda non potrà più essere riproposta *in alcun processo.*

Eccezioni sostanziali e eccezioni processuali.

Si può ora intendere anche la differenza che passa tra le eccezioni *di merito* (o *eccezioni sostanziali*) e le eccezioni *di rito* o *di procedura* (o *eccezioni processuali*); mentre colle prime il convenuto mira a negare l'azione, colle seconde il convenuto mira a far dichiarare che, per qualche difetto del rapporto processuale, il giudice non può, in questo processo, entrare a decidere sull'azione. La mancanza dei presupposti processuali o le irregolarità del processo possono di solito essere rilevate d'ufficio dal giudice: e in questi casi solo in un senso improprio si parla di eccezioni (cfr. § 33). Ma vi sono altresì casi in cui certe irregolarità del processo e certe circostanze che possono impedire la trattazione del merito non possono essere prese in considerazione dal giudice se non su istanza del convenuto (per es. la eccezione di incompetenza territoriale; art. 38, comma 3° C.p.c.): in questi casi si parla di eccezioni processuali in senso proprio, in quanto ad esse corrisponde un vero e proprio potere dispositivo della parte.

ART. 38

Eccezioni perentorie e dilatorie.

Nella distinzione che tradizionalmente si fa tra le eccezioni *perentorie* e *dilatorie,* le eccezioni processuali appartengono a questa seconda categoria; perchè non escludono definitivamente l'azione, come le prime, ma mirano semplicemente a impedire che sull'azione si provveda in

questo processo, il che nella massima parte dei casi non esclude che sulla stessa azione (se non sono avvenuti nel frattempo fuori del processo fatti che l'abbiano estinta) si possa tornare a decidere in un nuovo processo regolarmente costituito: sicchè il loro effetto, rispetto all'azione, è quello di *differire* ad un nuovo processo la decisione del merito.

§ 49. — Iniziativa ufficiale e iniziativa di parte.

Abbiamo già ampiamente spiegato che il processo non è soltanto una serie di attività, ma è una *relazione dialettica di attività*: nella successione di atti che si susseguono nell'ordine stabilito dal diritto processuale, ogni atto può rappresentare una reazione a quello che lo ha preceduto e uno stimolo a quello che dovrebbe seguirlo. Ma poichè a questa successione di attività cooperano alternativamente i varî soggetti del processo, si può domandare a quale di essi spetti muoversi inizialmente per dare la prima spinta al processo; e se, avvenendo che nel corso del processo qualcuno dei soggetti rimanga inerte al momento in cui dovrebbe agire, basti questa inerzia a interrompere la catena e ad impedire l'ulteriore svolgimento delle altre attività, alle quali viene così a mancare lo stimolo.

Attività di ufficio e su istanza di parte.

Soprattutto è importante esaminare quale relazione passa nel processo tra l'attività dell'organo giudiziario e l'attività delle parti: ponendosi a questo proposito immaginare in astratto due contrapposti sistemi tipici, uno fondato sull'iniziativa *ufficiale,* in cui l'organo giudiziario abbia in ogni momento il potere di procedere « d'ufficio » anche senza esserne richiesto dagli altri soggetti del processo, e l'altro opposto, basato sulla iniziativa *di parte,* in cui l'organo giudiziario non possa procedere se non quando sia stimolato dagli altri soggetti del processo (« a istanza di parte »). Nel primo dei due sistemi il rapporto processuale verrebbe in realtà a dissolversi, ridotto a mera soggezione delle parti al giudice; nel secondo sistema invece i poteri del giudice sono limitati e condizionati dall'attività delle parti, e il rapporto processuale si afferma, come si è veduto, in una dinamica di poteri e di oneri delle parti, attraverso i quali il potere del giudice si plasma e si concreta momento per momento.

Iniziativa pubblica e privata.

Si noti, per esattezza di terminologia, che questa contrapposizione tra il sistema della « iniziativa ufficiale » e il sistema della « iniziativa di parte » non coincide perfettamente con quella che si potrebbe basare sulla differenza tra iniziativa *pubblica* e iniziativa *privata.* Vi possono essere infatti certi tipi di processo in cui, mentre l'organo giudiziario non può procedere di propria iniziativa, il potere di pro-

porre la domanda e di stimolare così l'attività dell'organo giudiziario è affidato, anzichè al privato, a un apposito organo dello Stato (pubblico ministero), il quale agisce come parte *pubblica*. In un siffatto sistema l'iniziativa è *pubblica* (in quanto parte da un organo pubblico) ma non è *ufficiale*, in quanto se questa parte pubblica non si muove, il giudice non può procedere *ex officio* (cfr. § 38).

La contrapposizione tra iniziativa ufficiale e inziativa di parte può essere presa in considerazione sotto diversi aspetti.

a) Abbiamo già veduto che, come regola generalissima, la giurisdizione presuppone l'azione (§ 30): lo stimolo iniziale di ogni processo deve esser dato quindi da una domanda di parte (privata o pubblica), che affermi come esistente il diritto di azione (« *nemo iudex sine actore* »).

b) Ma il principio « *ne procedat iudex ex officio* » può essere osservato in misura più o meno estesa anche durante lo svolgimento del processo: può accadere cioè che, anche quando la parte attrice ha proposto la sua domanda iniziale, l'organo giudiziario per poter compiere le attività preparatorie indispensabili per arrivare al provvedimento finale su quella domanda, abbia ancora bisogno di essere stimolato passo per passo da nuove istanze delle parti (per fissare un'udienza, per ammettere una prova, e così via). Questa « forza motrice » che interviene nel corso del procedimento per evitare ch'esso ristagni, si indica più propriamente colla denominazione di « impulso processuale »: e si contrappone anche qui l'« impulso di parte » all'« impulso d'ufficio » (cfr. rel. GRANDI, n. 28), secondochè l'organo giudiziario, per disporre lo svolgimento del processo, abbia bisogno, o possa invece fare a meno, di apposite sollecitazioni delle parti.

Impulso processuale.

c) Un altro aspetto di questa contrapposizione tra la iniziativa di parte e l'iniziativa ufficiale, riguarda la delimitazione del *thema decidendum*, e la ricerca dei mezzi di indagine occorrenti per la decisione del merito: a questo proposito più propriamente si parla di *principio dispositivo*, quando la determinazione del tema della causa e la raccolta del materiale di decisione sono rilasciate al potere di disposizione delle parti, e di *principio inquisitorio* quando tale determinazione e tale raccolta sono invece rimesse all'iniziativa del giudice (rel. GRANDI, nn. 13 e 14).

Principio dispositivo e principio inquisitorio.

Nel descrivere i caratteri tipici di un processo si deve dunque tener conto oltrechè di quelli già veduti attinenti alle forme (§ 45), di questa prevalenza dell'iniziativa ufficiale o dell'iniziativa di parte nei varî momenti sopra considerati: in ispecie si parla di processo *a tipo dispositivo* o *a tipo inquisitorio* secondo la diversa estensione dei poteri dati al giudice per la ricerca della verità. Ma, naturalmente, un sistema processuale in cui non sia in vigore che la iniziativa d'ufficio, o in cui

Processo dispositivo e pr. inquisitorio.

viceversa tutto sia rilasciato alla iniziativa delle parti non può concepirsi che in teoria: nella pratica delle legislazioni positive si cerca di coordinare ed equilibrare i due principî e di creare un tipo intermedio in cui un principio può prevalere sull'altro, ma non mai del tutto escluderlo.

Vedremo più avanti come il punto di equilibrio tra i poteri di iniziativa del giudice e quelli delle parti non si possa fissare una volta per sempre in base a considerazioni di pura tecnica processuale, ma debba necessariamente, in ogni legislazione positiva, essere segnato in funzione del punto d'incontro che si trova storicamente raggiunto tra l'interesse pubblico e l'autonomia privata nel diritto sostanziale di cui il processo è lo strumento (rel. GRANDI, n. 13). Proprio per questo sussistono necessariamente in ogni legislazione positiva più tipi di procedimento: se in uno stesso ordinamento giuridico coesistono diversi rami di diritto sostanziale in cui l'equilibrio tra l'interesse collettivo e quello individuale ha raggiunto un diverso grado di coordinazione, bisognerà necessariamente che nello stesso ordinamento giuridico coesistano altrettanti tipi di processo, nei quali sia diversamente graduata, in corrispondenza colle esigenze del diritto sostanziale, la relazione tra l'iniziativa ufficiale e l'iniziativa di parte. Questo spiega, ad esempio, perchè alla distinzione nel campo sostanziale tra il diritto civile e il diritto penale debba necessariamente corrispondere la distinzione tra il processo civile e il processo penale, come tipi di processi profondamente diversi sopratutto per la diversa estensione dei poteri del giudice.

§ 50. — PLURALITÀ DEI TIPI DI PROCEDIMENTO E LORO CLASSIFICAZIONE (1).

Secondo le diverse finalità pratiche che le parti perseguono colla azione, e secondo il diverso contenuto del provvedimento al quale le attività processuali mettono capo, il procedimento che si svolge verso questa meta può assumere diversi tipi: sussiste per questo in ogni legislazione positiva una *pluralità di tipi di procedimento,* che possono esser classificati secondo i diversi criteri.

Classificazione dei proc. secondo il provvedimento.

a) I procedimenti si possono prima di tutto classificare *secondo la natura del provvedimento* al quale mettono capo: e così si può ripetere per essi una classificazione ricalcata all'incirca su quella già fatta per i provvedimenti (§ 27). Ad esempio, alla distinzione tra provvedimenti di *cognizione* e provvedimenti di *esecuzione,* corrisponde nella stessa terminologia della legge la distinzione tra *procedimento* o *processo di cognizione,* e *procedimento* o *processo di esecuzione* (cfr. le

(1) Cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, pag. 72 e segg.

intitolazioni dei libri secondo e terzo del C.p.c.): e lo stesso parallelismo si potesse trovare per tutti gli altri tipi (1).

E' facile intendere la ragione per la quale ad ogni tipo di provvedimento può corrispondere un procedimento diverso: se le attività di cui questo si compone hanno carattere preparatorio del provvedimento, in quanto sono tutte preordinate a fornire all'organo giudiziario i mezzi intellettuali e materiali per poter provvedere nel modo richiesto dalle parti, è evidente che le attività che devono esser compiute durante il processo per procurare al giudice (ad esempio) la conoscenza dei fatti sui quali egli deve pronunciar la sentenza, sono praticamente diverse da quelle che devono esser compiute per procurare all'organo esecutivo i mezzi economici occorrenti per sodisfare il creditore; il processo di cognizione, la cui funzione essenziale è quella di fornire al giudice la prova dei fatti controversi, non può non differire nella sua struttura pratica dal processo di espropriazione, la cui funzione si concentra nel trasformare in denaro i beni del debitore espropriato. Si ha quindi una conferma del carattere strumentale del processo: il quale deve necessariamente adeguarsi alle esigenze del provvedimento al quale è preordinato.

Classificazione dei proc. secondo la materia.

b) I procedimenti si possono classificare *per materia,* cioè secondo la natura sostanziale della causa, sulla quale l'organo giudiziario è chiamato a provvedere: la distinzione tra *processo penale* e *processo civile,* o tra *processo civile* e *processo amministrativo,* o anche quelle ulteriori distinzioni che si fanno o si facevano nel campo del processo civile quando si parlava di *procedimento commerciale* come oggi si parla di *procedimento del lavoro,* hanno tutte quante la loro prima origine nella diversa natura delle norme sostanziali che l'organo giudiziario deve applicare nel suo provvedimento. Anche per questa classificazione dei procedimenti si può ripetere quello che già si è detto a proposito delle corrispondenti distinzioni che si fanno nella giurisdizione (§ 42): la denominazione « processo civile » è una espressione abbreviata per indicare il processo che mette capo a un provvedimento giurisdizionale *su una causa civile;* l'attributo « civile », che propriamente si dovrebbe riferire alla causa (perchè è nella decisione della causa che il giudice deve *in iudicando* applicare il diritto civile, che dà carattere civilistico al rapporto sostanziale controverso) si riflette così, per traslato, sul processo.

Questo però non significa (per prender l'esempio più evidente) che l'unica differenza che passa tra il processo penale e il processo civile sia

---

(1) Diverso è il valore della classificazione dei processi fatta dal Carnelutti, *Sistema,* I, nn. 38 e segg.; dove quella diversità di effetti sostanziali che, secondo me, è inerente al provvedimento (§ 27), è addirittura considerata come criterio differenziale di tutto il processo, e non del solo provvedimento che lo chiude.

quella attinente alla diversa natura della norma sostanziale che il giudice deve applicare *in iudicando*: in realtà, proprio questa diversa natura della norma sostanziale che il giudice è chiamato ad applicare nel suo provvedimento retroagisce su tutta la struttura del processo e imprime ad esso quella particolare fisionomia per cui, anche prima di giungere al provvedimento finale, il processo civile si distingue da quello penale. Queste distinzioni dei procedimenti *per materia* obbediscono, tutte le volte che nelle legislazioni positive se ne sente la necessità, a quella già ricordata legge generale per cui la relazione tra i poteri dell'organo giudiziario e quelli delle parti si configura nel processo in armonia coll'equilibrio di forze che nel diritto sostanziale è stato storicamente raggiunto tra l'autorità dello Stato e l'autonomia privata. Per far osservare in via giurisdizionale un diritto sostanziale la cui osservanza fuori del processo sia affidata in prima linea alla iniziativa privata (cfr. § 12) è strumento idoneo un procedimento in cui l'attività del giudice sia condizionata alla disposizione della parte; e viceversa il procedimento dovrà configurarsi in modo da dar la prevalenza alla iniziativa del giudice quando l'osservanza del diritto sostanziale, di cui nel processo si persegue l'applicazione, sia d'ordine pubblico. Questa è la ragione profonda per la quale, ad esempio, il processo civile e il processo penale, pur essendo entrambi indirizzati allo stesso scopo di fare osservare la legge, differiscono così notevolmente nella loro struttura; più in generale si può dire che ogniqualvolta nel diritto processuale si differenzia un tipo di procedimento per ragioni di materia, questo è in funzione della più o meno intensa « colorazione » pubblicistica o privatistica che è propria di quelle norme di diritto sostanziale, alle quali il processo deve servir di strumento (così, ad esempio, il differenziarsi del processo del lavoro dall'ordinario processo civile è in corrispondenza colla maggiore accentuazione dell'interesse pubblico, che presenta il diritto del lavoro a paragone con altri rami del diritto civile).

Classificazione dei proc. secondo l'organo.

c) La diversità dei procedimenti può anche derivare dalla *diversa composizione personale dell'organo giudiziario* dinanzi al quale il procedimento si svolge. E' facile intendere che le attività che devono essere compiute per arrivare al provvedimento finale sono più semplici quando l'organo procedente è costituito da una sola persona fisica, e più complicate quando esso è composto da più persone (collegio): in questo secondo caso non solo sono necessari nel procedimento una quantità di accorgimenti formali volti a far funzionare il collegio come se fosse una persona sola, fornita di una sola volontà, ma anche le comunicazioni tra le parti e l'organo giudiziario e lo svolgimento dell'udienza devono essere regolate in modo meno diretto ed immediato di quello che è possibile quando il giudice è uno solo. Se poi si considera che di solito

nell'ordinamento giudiziario alla diversa struttura dell'organo si accompagna una diversità di competenza, si comprende come a ciascun tipo di organo giudiziario possa corrispondere un diverso tipo di procedimento, intonato tanto alle esigenze della composizione personale dell'organo quanto a quelle delle cause su cui esso è chiamato a provvedere.

Si distingue così, per limitarci a qualche esempio tolto dalla fase di cognizione, il procedimento davanti al tribunale, organo collegiale (art. 163-310 C.p.c.) da quello davanti al pretore o davanti al conciliatore, organi costituiti da una sola persona fisica (art. 311 a 322); anche il procedimento che si segue nei giudizi di appello (art. 339-359) e di cassazione (art. 374-391) ha caratteri suoi propri. Può accadere così che la causa, prima di arrivare al provvedimento definitivo, debba passare, nelle varie fasi (gradi), tutte appartenenti allo stesso processo, che si susseguono dinanzi a giudici diversi, attraverso diversi procedimenti: una causa, trattata in primo grado dinanzi al pretore col procedimento semplificato che si segue dinanzi a questo organo costituito da una sola persona fisica, sarà trattata in appello col procedimento che si segue innanzi agli organi collegiali, e potrà essere trattata in cassazione, qualora vi sia ricorso, col procedimento che si segue dinanzi alla corte suprema. Può accadere così che pur rimanendo unico il processo, i procedimenti da seguire siano diversi nelle diverse fasi del medesimo: ecco uno dei casi in cui si vede che le parole « processo » e « procedimento » non sono sempre sinonime.

ART. 163-310.
ART. 311-322.
ART. 339-359.
ART. 374-391.

d) Un'altra distinzione che si incontra anche nel nostro Codice è quella tra procedimenti *ordinari* e procedimenti *speciali* (il lib. IV del C.p.c. si intitola appunto « dei procedimenti speciali ») (1). Questa distinzione ha un valore essenzialmente relativo: solo quando sia stato stabilito, in base a criteri che possono variare in ogni legislazione positiva, qual è il procedimento tipico che deve essere osservato *in mancanza di diverse disposizioni* come normale e ordinario, il procedimento speciale si presenta come una deviazione del medesimo, che la legge permette solo per i casi espressamente previsti, in considerazione di particolari esigenze determinate o dalla materia di certe cause o dalla costituzione di certi organi giudiziari. Può accadere così che la contrapposizione tra procedimento ordinario e procedimenti speciali corrisponda a quella, che a suo tempo si vedrà, tra autorità giudiziaria ordinaria e organi giudiziari speciali (le cosiddette « giurisdizioni speciali »: cfr. Ord. giud. art. 1); ma questa corrispondenza non è indispensabile, perchè può avvenire che anche difronte alla autorità giudiziaria ordinaria si possa o si debba in certi casi seguire un proce-

Proc. ordinari e speciali.

ORD. GIUD. ART. 1

(1) Cfr. REDENTI, *Profili*, nn. 88 e 95.

dimento diverso da quello ordinario, cioè speciale (per es. « il procedimento di ingiunzione », art. 633 e segg. C.p.c.).

Una categoria molto importante dei procedimenti speciali è quella dei procedimenti *sommari* (lib. IV, tit. I C.p.c.); i quali difronte al procedimento ordinario, disteso e spiegato, presentano il carattere di una abbreviazione e compendiosità di forme (da cui la loro denominazione) che permette di arrivare con rapidità, quasi per una scorciatoia, alla stessa meta alla quale porterebbe per una via più lunga il procedimento ordinario: la differenza non attiene dunque agli effetti del provvedimento finale, ma alla maggiore rapidità colla quale si riesce per questa via ad ottenere il provvedimento (1). Il Cod. del 1865 accoglieva espressamente la contrapposizione tra procedimento *formale* e *sommario* (art. 155): difronte al procedimento ordinario solenne e complicato che si denominava « formale », era permesso, per certe categorie di cause che presentassero particolari caratteri di semplicità e di urgenza, un procedimento assai più sbrigativo che denominavasi appunto « sommario » (art. 389 e segg.). In seguito alla riforma operata dalla l. 31 marzo 1901, il procedimento formale fu abolito e rimase solo come procedimento ordinario dinanzi ai tribunali quello sommario, la denominazione del quale perse così l'originario significato; ma nel nuovo Codice questa denominazione ha ripreso, come osserva la rel. Grandi (n. 19), il suo significato etimologico, in quanto essa è stata nuovamente adoprata per indicare, in contrapposto al procedimento ordinario, « tutti i procedimenti speciali nei quali la cognizione avviene in forma compendiosa e abbreviata ».

Proc. sommari

§ 51. — Nozione di diritto processuale.

Soltanto a questo punto del nostro discorso, dopo aver chiarito le tre nozioni fondamentali di *giurisdizione, azione* e *processo,* è possibile mettere in evidenza i caratteri per i quali da tutti gli altri rami del diritto oggettivo si distingue quello che è materia del nostro studio, cioè il *diritto processuale;* e sopra tutto è possibile cogliere le differenze per le quali il diritto *processuale* si contrappone al diritto *sostanziale* (o *materiale*).

Il *prius* da cui bisogna partire è la nozione di diritto oggettivo *sostanziale*: costituito dal complesso di quelle norme giuridiche che disciplinano *direttamente* la condotta dei singoli nella convivenza sociale,

Dir. processuale e dir. sostanziale.

(1) Di diversa opinione è il Chiovenda, *Istituzioni,* I, § 10, il quale insegna che a questi procedimenti sommari corrisponde uno speciale tipo di azioni (azioni « sommarie ») e quindi una speciale categoria di provvedimenti (« accertamenti con prevalente funzione esecutiva »).

regolando i rapporti di interessi (di conflitto o di collaborazione) in cui essi vengono a trovarsi, in vista della distribuzione e del godimento dei beni della vita. Il rispetto delle norme sostanziali è in un primo momento affidato (§ 11) alla libera volontà dei singoli ai quali esse sono indirizzate; solo in un secondo momento, ove esse non siano osservate volontariamente, lo Stato interverrà a imporne l'osservanza mediante la messa in opera della garanzia giurisdizionale. E' in questo secondo momento che entra in giuoco il diritto processuale: il provvedimento in cui questa garanzia si concreta non può infatti esser dato se dall'organo giudiziario e dalle persone interessate al provvedimento non siano state compiute certe attività preordinate a quello scopo comune, nella forma e nell'ordine che la legge prescrive; e sono appunto le norme giuridiche regolanti il compimento di queste attività, ossia la condotta che le parti e l'organo giudiziario devono tenere nel processo, che costituiscono nel loro complesso il *diritto processuale.*

La differenza essenziale che passa tra il diritto sostanziale e il diritto processuale si è già vista in atto, quando si è mostrato come diversamente si comporti il giudice nel processo difronte alle norme di diritto sostanziale, che egli considera come temi di indagine *in iudicando,* e difronte alle norme di diritto processuale, che egli considera come regole del suo operare *in procedendo.* Per arrivare ad accertare se *prima e fuori del processo* il diritto sostanziale è stato osservato e per dare i provvedimenti volti a farlo osservare, bisogna che *nel processo* la condotta dell'organo giudiziario si conformi al diritto processuale: la osservanza del diritto processuale nel processo è dunque il *mezzo* preordinato al *fine* di ristabilire fuori del processo l'osservanza del diritto sostanziale.

Carattere strumentale del dir. processuale.

Si capisce così che cosa si voglia dire quando, in contrapposto al diritto sostanziale, il diritto processuale si trova qualificato come *strumentale* o anche come *formale* (1): strumentale, in quanto l'osservanza del diritto processuale non è fine a sè stessa, ma serve come mezzo per fare osservare il diritto sostanziale; formale, in quanto il diritto processuale non regola direttamente il godimento dei beni della vita, ma stabilisce le forme delle attività che si devono compiere per ottenere dallo Stato la garanzia di quel godimento.

Anche qui, per rendersi conto della fondamentale differenza che passa tra il diritto sostanziale e il diritto processuale, bisogna pensare alla diversa importanza pratica che hanno, per chi si rivolge agli organi giudiziari in cerca di giustizia, le norme della prima specie e quelle della seconda; chi ricorre ai giudici non si contenta di vedere

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni,* I, n. 23; BETTI, *Dir. proc. civ.,* n. 2; e sopra tutto CARNELUTTI, *Sistema,* I, nn. 19 e 26.

gli atti del procedimento puntualmente svolgersi secondo le regole formali del diritto processuale, ma aspira ad ottenere alla fine un provvedimento che gli dia ragione secondo le norme del diritto sostanziale. Non si fa un processo (e chi lo facesse sarebbe affetto da mania litigiosa!) per il gusto estetico di veder funzionare a vuoto i congegni della procedura; per chi cerca giustizia, è il contenuto del provvedimento che conta, non la forma.

Se per cogliere le differenze che passano tra il diritto processuale e il diritto sostanziale ci poniamo dal punto di vista delle persone che si trovano ad operare nel processo come organi giudiziari o come parti, può sembrare dunque che il diritto sostanziale e il diritto processuale appartengano a due diversi e separati mondi giuridici. Mentre il diritto processuale è sentito dal giudice e dalle parti come norma attuale del loro operare nel processo in un rapporto dinamico ancora in formazione di cui essi sono i soggetti viventi e presenti, il diritto sostanziale non entra nel processo come regola di condotta attuale, ma come tema di indagine e di ricostruzione storica, del quale si discute unicamente per stabilire come doveva essere e se fu osservato fuori del processo in un rapporto ormai esaurito che si considera staticamente come già appartenente al passato (cfr. § 19).

Ma allora, se veramente il diritto sostanziale e il diritto processuale operassero in compartimenti stagni (come potrebbe far credere il diverso angolo visuale in cui si presentano nel processo), non si riuscirebbe a spiegare come il processo abbia nei confronti del diritto sostanziale quel carattere strumentale di cui più sopra si è parlato: deve esservi quindi qualche via di comunicazione e di raccordo, attraverso la quale il diritto sostanziale possa ricollegarsi al diritto processuale, in modo che questo possa operare come strumento per stabilire l'osservanza di quello.

Queste osservazioni bastano a far comprendere come la distinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale non sia così semplice e così netta come finora ci era sembrata: e come, tra i due termini della distinzione si inserisca, ad annebbiarne i confini, una zona intermedia, alla quale allude la relazione Grandi quando si esprime così (n. 7): «Certi istituti bifronti, che costituiscono come il ponte di passaggio tra il processo e il diritto soggettivo, possono utilmente esser presi in considerazione per il modo con cui si comportano nel processo, ovvero per gli effetti che essi esercitano sui rapporti di diritto sostanziale fuori del processo: essi sono pertanto suscettibili di diversa sistemazione secondo il punto di vista da cui si guardano».

Per intendere, nel modo più semplice ed elementare possibile, la natura di queste norme giuridiche che servono da collegamento tra il diritto sostanziale e il processo, bisogna ricordare quanto già si è detto

precedentemente (§ 13), a proposito della struttura delle norme di diritto sostanziale: le quali, mentre si indirizzano in un primo momento alla volontà dei singoli affinchè tengano una certa condotta, in un secondo momento, in caso di inosservanza, *cambiano di direzione* e si indirizzano agli organi giurisdizionali affinchè mettano in opera sul singolo riluttante i predisposti mezzi di coazione. In questo secondo aspetto le norme del diritto sostanziale entrano nel processo, e valgono difronte al giudice non soltanto come tema di indagine e di ricostruzione storica, ma altresì come comandi ai quali egli deve far corrispondere non le sue attività esteriori *in procedendo,* ma il *contenuto* del suo provvedimento *in iudicando.* Se il diritto processuale regola la forma e l'ordine esteriore delle attività che devono esser compiute per mettere l'organo giudiziario in grado di provvedere sul merito, il *contenuto* del provvedimento di merito deve conformarsi al diritto sostanziale: il che significa che il diritto sostanziale, se in un primo momento si indirizza ai singoli che prima e fuori del processo dovrebbero *osservarlo,* in un secondo momento si indirizza al giudice che nel suo provvedimento deve *applicarlo.* Questa conversione delle norme giuridiche sostanziali da regole di condotta per i singoli in regole di giudizio per il giudice, risulta testualmente dall'art. 113 C.p.c. nel quale è detto che « nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme di diritto »: le norme di diritto di cui parla questo art. 113 sono le norme del diritto *sostanziale,* le quali devono essere « seguite » dal giudice non già nel senso che egli debba osservarle allo stesso modo in cui avrebbero dovuto osservarle coloro ai quali in un primo momento esse erano dirette fuori del processo (ad esempio, la norma del Codice civile che impone al compratore l'obbligo di pagare il prezzo, non dovrà essere osservata dal giudice nel senso che il prezzo non pagato dal compratore inadempiente debba pagarlo il giudice!), ma nel senso che il giudice debba provvedere a mettere in opera in concreto la garanzia giurisdizionale corrispondente al momento sanzionatorio della norma sostanziale. Non sarebbe dunque esatto dire che il diritto sostanziale non ha nel processo altra rilevanza che quella di un tema di indagine e di ricostruzione storica: in realtà, quando il giudice attraverso questa ricostruzione ha accertato che il precetto primario scaturente da una certa norma sostanziale non è stato osservato nel passato da chi aveva il dovere di osservarlo, *da questa stessa norma sostanziale scaturisce il dovere presente del giudice di dare al suo provvedimento un certo contenuto,* corrispondente al momento sanzionatorio della norma violata. Anche dalle norme di diritto sostanziale scaturiscono dunque precetti indirizzati al giudice: non solo il giudice ha l'obbligo generico, che gli deriva dal suo rapporto d'ufficio, di decidere secondo il diritto (*iudex iudicando iudicet secundum ius*),

Aspetto processuale del dir. sostanziale.

ma altresì volta per volta l'obbligo specifico di giudicare secondo la norma sostanziale applicabile al caso concreto.

Resulta dunque da quanto finora si è detto che ogni norma di diritto sostanziale può penetrare nel processo come fonte del dovere dell'organo giudiziario di dare al suo provvedimento un certo contenuto: ed è proprio questo aspetto processuale, che ogni norma di diritto sostanziale può prendere quando si tratta di applicarla in giudizio, il ponte di passaggio attraverso il quale il diritto soggettivo ed il processo comunicano tra di loro, e si riafferma la fondamentale unità dell'ordinamento giuridico.

Diritto processuale sostanziale.

Così, accanto al diritto processuale che regola la forma e l'ordine esteriore degli atti processuali (*in procedendo*) la dottrina parla, per queste norme sostanziali alle quali il giudice deve conformarsi *in iudicando,* di *diritto processuale-sostanziale* (1) o anche di *diritto giudiziario sostanziale* (2). Ma non si deve credere che si tratti di un *tertium genus* di norme giuridiche che stiano a mezza strada tra il diritto sostanziale e il diritto processuale: si tratta piuttosto, se ci è permesso di dire così, dell'aspetto processuale dello stesso diritto sostanziale, necessaria conseguenza della coercibilità del diritto, in forza della quale ad ogni norma giuridica che comanda ai singoli un certo comportamento, si accompagna, esplicitamente o implicitamente, una norma sussidiaria che comanda agli organi giudiziari di provvedere in un certo modo per garantire l'osservanza. Possiamo ora comprendere la ragione, non soltanto storica ma anche sistematica, per la quale anche nella nuova codificazione si sono lasciate nel Codice di diritto sostanziale le norme giuridiche regolanti l'ammissibilità e l'efficacia dei mezzi di prova (C.c., art. 2697-2739) e i tipi ed effetti della tutela giurisdizionale dei diritti (art. 2907-2933 dello stesso Cod.): quantunque si tratti di norme la cui importanza pratica si fa sentire prevalentemente nel processo, esse non possono andar confuse colle norme di diritto processuale in senso stretto, perchè, a differenza di queste, non regolano le forme del provvedimento e delle attività esteriori che debbono esser compiute *in procedendo* per arrivare ad ottenerlo, ma fanno sentire la loro efficacia regolatrice sul contenuto del medesimo, stabilendo qual è la garanzia giurisdizionale che l'organo giudiziario deve far corrispondere *in iudicando* alla concreta situazione di diritto sostanziale prospettata dall'azione. Si potrebbe anche dire che mentre il diritto sostanziale regola il *rapporto sostanziale fuori del processo,* e il diritto

(1) Chiovenda, *Istituzioni,* I, n. 23, pag. 65.

(2) È la traduzione della espressione tedesca «*materielles Iustizrecht* » proposta da J. Goldschmid, la cui dottrina si può trovare fedelmente riassunta da Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata* (Padova, 1937), pag. 50 e segg.

processuale regola il *rapporto processuale dentro il processo*, queste norme che costituiscono il raccordo fra i due termini regolano l'*azione* (o anche, si potrebbe dire, il *merito della causa*): appartengono cioè al diritto sostanziale in quanto si fa valere nel processo non più come diritto alla prestazione dell'obbligato, ma come diritto alla garanzia giurisdizionale promessa dallo Stato.

Appartenenza del dir. processuale al dir. pubblico.

Un più lungo discorso sui caratteri generali del diritto processuale uscirebbe dai limiti imposti a questa trattazione elementare; basta qui ricordare, a chiusura di questo capitolo, che il diritto processuale, come quello che regola un rapporto di cui soggetto preminente è sempre un organo dello Stato, *appartiene tipicamente al diritto pubblico* (1).

---

(1) Per una più ampia trattazione sui caratteri della legge processuale, sulla sua interpretazione, sulla sua efficacia nel tempo e nello spazio (cfr. art. 17 delle disp. sull'applicazione delle leggi in generale, premesse al lib. I del nuovo C. c.), consulta CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, § 4; CARNELUTTI, *Sistema*, I, cap. III, nn. 26-37.

Capo Terzo

GLI ORIENTAMENTI ORIGINALI DEL NUOVO CODICE

Sommario. — § 52. — Le direttive tendenziali della riforma. — § 53. - Il principio della adattabilità del procedimento alle esigenze della causa. — § 54. - Il principio della adattabilità dell'organo alle esigenze del processo. — § 55. - Il principio della funzionalità del procedimento. — § 56. - Il principio di preclusione elastica delle deduzioni. — § 57. - Il principio di autorità nel processo. — § 58. - Impulso processuale e direzione del processo. — § 59. - Iniziativa di parte e iniziativa ufficiale nell'accertamento dei fatti: il principio dispositivo come regola generale del nuovo processo. — § 60. - Il processo civile inquisitorio. — § 61. - Rafforzamento del dovere civico di collaborazione alla giustizia. — § 62. - Carattere sociale del nuovo processo: nuovo significato del principio di uguaglianza delle parti. — § 63. - L'umanità del nuovo processo.

Bibliografia essenziale. — Calamandrei, *Il processo inquisitorio nel nuovo Codice civile*, in « Giur. it. », 1939, IV, 237; Id., *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, I, pag. 53; Id., *Delle buone relazioni tra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile* (Firenze, 1941); Carnelutti, *Carattere del nuovo processo civile italiano*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, I, pag. 35; Conforti, *Codice rivoluzionario*, ivi, pag. 14; D'Amelio, *Le tendenze sociali del nuovo Codice*, ivi, pag. 3; Messina S., *L'ordinamento fascista del processo nel nuovo Codice di procedura civile*, Roma, 1941; Micheli, *Considerazioni sull'interpretazione evolutiva delle norme processuali (principio corporativo e processo civile)*, in « Arch. giur. », 1942; Redenti, *L'umanità nel nuovo processo civile*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, pag. 25; Id., *Trattato*, II, nn. 1-10; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, cap. IV, pag. 101 e segg.

§ 52. — Le direttive tendenziali della riforma.

Dopo aver visto, nel capitolo terzo del Capo precedente, quali sono in generale i caratteri di cui bisogna tener conto per cogliere la fisionomia tipica di qualsiasi processo, possiamo accingerci allo studio del nuovo Codice, per riconoscere in esso, in base ai criteri finora posti, gli aspetti originali che lo distinguono dal processo civile già in vigore e che gli danno nella storia degli istituti processuali la importanza di un avvenimento capitale, dal quale si inizia una nuova epoca della pratica giudiziaria italiana e dei nostri studi.

L'analisi dei caratteri del nuovo Codice non potrà essere adeguatamente compiuta che attraverso il commento delle sue disposizioni, che sarà fatto nelle parti seguenti di questo Corso.

Tuttavia, per dare allo studioso una prima informazione preliminare sui più notevoli segni di originalità coi quali il nuovo Codice si inserisce nella tradizione patria per continuarla e ringiovanirla, ritengo opportuno chiudere questa Parte introduttiva con una rassegna sintetica, preannuncio dello studio analitico che a suo tempo seguirà, di quelle che mi sembrano costituire le direttive fondamentali della nuova legge processuale: sicchè, mettendo in luce fin d'ora queste tendenze generali alle quali la riforma ha voluto ispirarsi, potremo più avanti trovare in esse i primi orientamenti per la interpretazione pratica del nuovo Codice.

§ 53. — Il principio della adattabilità del procedimento alle esigenze della causa.

Legalità delle forme come regola.

Abbiamo già avuto occasione di accennare (§ 43) che il nuovo Codice, anche per quanto attiene alle forme processuali, è rimasto fedele al sistema della *legalità*: le forme sono state semplificate e ridotte al minimo indispensabile, ma questa semplificazione è consacrata in apposite disposizioni di legge, e non è stata lasciata nè al giudice nè alle parti la libertà di non osservare le forme stabilite dalla legge, sotto il pretesto di raggiungere così una maggiore semplicità. Su questo argomento penso quindi che non si debba correr troppo, come mi sembra che faccia il Carnelutti, quando considera la libertà della forma come « una delle chiavi » del nuovo Codice (1): una tale affermazione mi sembra non solo pericolosa, ma contraria al testo e allo spirito della nuova legge. Il

ART. 121

principio della libertà delle forme, che il Codice enuncia nell'art. 121 (« Gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determi- « nate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungi- « mento del loro scopo ») troverà in pratica assai rara applicazione, perchè in realtà anche secondo il nuovo Codice la forma degli atti processuali è, nella maggior parte dei casi, espressamente determinata dalla legge: mentre per quegli atti per i quali la legge non provvede, anche sotto il vecchio Codice era di fatto praticata, quando occorreva, questa libertà di forme oggi espressamente enunciata. Ma se il nuovo Codice mantiene come regola il principio della legalità delle forme, numerose disposizioni di esso mirano a combattere il formalismo, cioè la tendenza a dar valore alle forme in sè stesse senza metterle in relazione collo scopo per cui sono dettate: tipiche in tal senso sono

(1) *Carattere del nuovo processo civile,* pag. 49-50.

le disposizioni dell'art. 156, secondo le quali la nullità di un atto per inosservanza delle forme può essere pronunciata anche se la legge non la commina « quando l'atto manca dei requisiti indispensabili per « il raggiungimento dello scopo », e viceversa, anche se la legge la commina, non può essere pronunciata « se l'atto ha raggiunto lo « scopo a cui è destinato ».

Non mi pare dunque che sia esatto affermare che nel nuovo Codice « la libertà di forma è la regola e il vincolo l'eccezione » (1); la verità è che la semplificazione delle forme e la loro migliore adeguazione agli scopi del processo è stata ottenuta dal nuovo Codice non attraverso la libertà delle forme, ma attraverso una migliore disciplina legale delle medesime (cfr. rel. GRANDI, n. 15).

La innovazione veramente fondamentale introdotta in materia di forme dal nuovo Codice è invece un'altra: quella che la rel. GRANDI, n. 16, denomina « *il principio di adattabilità del procedimento alle esigenze della causa* », o come altri dice, di « *elasticità processuale* » (2). La portata di questo principio si trova così illustrata nella stessa relazione: « ...Ma pur non allontanandosi, anche qui, dal principio della legalità, il Codice ha cercato di temperarne la eccessiva rigidezza, coll'adottare, invece di un tipo di procedimento unico e invariabile per tutte le cause, un procedimento adattabile alle circostanze, che può essere all'occorrenza abbreviato o modificato, sì da poter assumere molteplici figure, in corrispondenza colle esigenze di ciascuna causa ».

La adattabilità del pr. come temperamento della legalità delle forme.

« La rigidezza di un procedimento regolato in modo uniforme per tutte le possibili cause, ha il grande inconveniente di non prestarsi a sodisfar contemporaneamente la esigenza di accurate ed esaurienti indagini, che è specialmente sentita in certe cause più complicate e difficili, e la esigenza di pronta risoluzione, che prevale nelle cause più semplici e urgenti. Per conciliare armonicamente queste contrapposte esigenze nel sistema della legalità, il Codice si è ispirato al principio della *adattabilità* (o, come anche autorevolmente fu detto, della *elasticità*) del procedimento: ad ogni tappa del loro *iter* processuale le parti e il giudice trovano dinanzi a sè, proposte dalla legge alla loro scelta, molteplici strade, e sta a loro scegliere, secondo i bisogni del caso, la via più lunga o le scorciatoie ».

« Non si ricade così nei pericoli che deriverebbero dal lasciare il giudice arbitro assoluto del procedimento, perchè il procedimento è fissato in anticipo dalla legge; ma la legge, invece di costruirlo tutto d'un sol pezzo, lo ha costruito come un congegno composto di pezzi

(1) CARNELUTTI, scritto cit., pag. 50.

(2) Così questo principio si trova enunciato da CARNELUTTI, in *Studi*, IV, pag. 398; cfr. dello stesso CARNELUTTI, lo scritto sopra citato, pag. 49; MESSINA, scritto cit. in bibl., n. 13; REDENTI, scritto cit. in bibl., pag. 26-27.

smontabili e tra loro variamente combinabili, che sta alla sensibilità delle parti e alla saggezza del giudice rimontare caso per caso nel modo più conforme ai fini della giustizia ».

Di questa adattabilità del procedimento alla causa, si vedranno, nel seguito di questo Corso, esempi svariati. Essa non consiste soltanto nella possibilità data in certi casi alla parte di scegliere inizialmente tra diversi tipi di procedimento (per es. tra il procedimento ordinario e il procedimento d'ingiunzione, art. 633 e segg.); ma altresì nel potere dato al giudice o alle parti di seguire, nel corso del procedimento scelto, l'itinerario che meglio si confaccia alla difficoltà e al ritmo della causa. La legge, insomma, non traccia un solo cammino obbligato per arrivare alla meta, ma offre una serie di varianti, di deviazioni e di raccordi, ciascuno dei quali può avere i propri vantaggi e i propri inconvenienti. Così le scritture preparatorie possono essere più o meno numerose, come si vedrà, secondo che le questioni da trattare siano più o meno complicate; le udienze della fase istruttoria possono essere una o più, secondo le prove da assumere; la preclusione delle deduzioni può essere più o meno rigorosa secondo i casi; il giudice istruttore può rimettere preliminarmente al collegio la decisione delle più gravi questioni pregiudiziali, ovvero provvedere con ordinanza e continuare ininterrottamente la istruzione fino alla fine; le parti possono accordarsi per attribuire al giudice il potere di decidere secondo equità, o ricorrere direttamente in cassazione saltando la fase di appello.

ART. 633

Esempi di adattabilità

Non si tratta dunque di libertà delle forme, e neanche di potere discrezionale del giudice nel determinare le forme caso per caso (1). È la legge che, di regola, determina in anticipo le forme da seguire; ma assai spesso, invece di fissare una sola forma possibile, ne indica alternativamente più d'una, in modo che uno stesso atto o una stessa fase del procedimento possano esser validamente compiuti in più modi, a scelta degli interessati. Si tratta dunque di una combinazione del principio della *legalità* con quello della *pluralità* delle forme: il giudice e le parti devono seguire, di regola, le forme stabilite dalla legge, ma possono scegliere caso per caso tra i varî tipi di forme che la legge lascia a loro disposizione.

§ 54. — Il principio della adattabilità dell'organo alle esigenze del processo.

Giudice istruttore e collegio.

Una delle manifestazioni più caratteristiche di questa adeguazione dei mezzi processuali alle esigenze sostanziali della giustizia, è la distinzione del procedimento ordinario dinanzi ai tribunali in due fasi,

(1) Cfr. Calamandrei, *Il nuovo processo civile*, pag. 68.

alle quali corrisponde una diversa costituzione dell'organo giudicante: che nella prima fase è formato da una sola persona fisica (*giudice istruttore* nel processo di cognizione, art. 172 e segg.; *giudice dell'esecuzione* nel processo esecutivo, art. 484) e nella seconda fase è formato da più persone riunite in collegio (art. 275 C.p.c.; art. 48 Ord. giud.). Su questa distinzione di fasi e di organi dovremo trattenerci a lungo nella seconda e terza parte di questo Corso, quando studieremo più da vicino la costituzione e le attribuzioni degli organi giudiziari e la struttura del procedimento; ma di essa è opportuno far parola anche qui, tra le caratteristiche generali del nuovo Codice, perchè essa ne costituisce veramente la innovazione capitale, alla quale, come al suo centro, si ricollega tutta la riforma: « cardine del nuovo processo » è chiamata questa distinzione dalla stessa rel. GRANDI (1).

ART. 172 E 484.

ART. 275

ART. 48 ORD. GIUD.

A introdurre questa innovazione fondamentale il legislatore è stato guidato dal proposito di trarre il maggior rendimento possibile dalle diverse attitudini che comparativamente presentano il sistema del giudice unico e quello del giudice collegiale: nella polemica tra i fautori degli opposti sistemi, il nuovo Codice, invece di dar la preferenza ad uno ad esclusione dell'altro, ha preferito un ordinamento processuale in cui si trovassero combinati i pregi di entrambi « messi a profitto insieme, non per escludersi ma per integrarsi a vicenda » (rel. GRANDI, n. 20). Questa combinazione si è potuta praticamente raggiungere considerando che non in tutti i momenti del processo le qualità di cui deve dar prova l'organo giudiziario sono le stesse: mentre al momento finale della decisione si pregia su ogni altra qualità del giudicante la serena ponderazione, che rifugge da ogni improvvisazione e si rafforza attraverso il reciproco controllo della deliberazione collegiale, nel momento della preparazione e della raccolta dei dati su cui dovrà intervenire la decisione è richiesto piuttosto quello spirito di pronta iniziativa che può manifestarsi con maggiore scioltezza e semplicità quando l'organo è costituito da una sola persona fisica. Già nell'ordinamento giudiziario precedente queste diverse attitudini, che rispettivamente presentano il giudice collegiale e il giudice unico, erano state messe a profitto (ed è sistema antico) nel senso di affidare al giudice unico la decisione delle cause di minor valore, nelle quali sono sopra tutto apprezzabili i vantaggi di semplicità e rapidità inerenti al giudice unico, e al giudice collegiale la decisione delle cause di maggiore importanza, nelle quali sopra tutto si pregia la garanzia di meditata serenità e di imparzialità che offre il collegio. Ma il Codice nuovo ha fatto un ulteriore passo; in quanto ha stabilito che anche

Variabilità della composizione dell'organo nello stesso grado.

(1) Cfr. sul carattere profondamente innovativo di questa riforma, CONFORTI, *Codice rivoluzionario*, specialmente pag. 23; CARNELUTTI, *Carattere del nuovo processo civile*, n. 4 e n. 9.

nelle cause di maggiore importanza, sulle quali la decisione è riservata al collegio, i vantaggi del giudice unico siano messi a profitto in quelle fasi del processo in cui non si tratta ancora di decidere, ma di preparare la decisione: « la preparazione e la istruzione della causa al giudice unico, la decisione al collegio » (rel. GRANDI, n. 20).

Non è questo il momento di illustrare le modalità pratiche di questo meccanismo processuale, nel quale la repartizione di funzioni tra i due organi cooperanti nello stesso processo si trova attuata in modo originale ed ingegnoso. Qui basti osservare che in questa repartizione meglio si manifesta il costante proposito di tutta la riforma di costruire il processo non come uno schema rigido in cui le energie siano disperse a vuoto anche quando non servono allo scopo, ma come un congegno sensibile e adattabile a tutte le esigenze, nel quale l'organo giudicante possa agevolmente, anche nel corso dello stesso grado del processo, cambiare struttura secondo i bisogni della causa, sì da potere offrire alle parti, nelle varie fasi di cui il processo si compone, le qualità che meglio servono a raggiungere gli scopi propri di quel momento.

Così, mentre nella legislazione precedente la composizione dell'organo giudiziario (giudice unico o collegio) rimaneva costante per ogni grado del giudizio, oggi tale composizione si modifica, più strettamente aderendo allo svolgersi progressivo dell'attività processuale, *nel corso dello stesso grado.*

§ 55. — IL PRINCIPIO DELLA FUNZIONALITÀ DEL PROCEDIMENTO.

Come nel corso dello stesso procedimento l'organo giudiziario è diversamente composto secondo le diverse esigenze del giudizio, così varia la figura del procedimento in corrispondenza colle variazioni dell'organo.

Quei caratteri tipici dai quali, come già si è veduto (§ 45), si può ricostruire la fisionomia formale di un processo, non si trovano adottati dal nuovo Codice in maniera omogenea e costante in ogni fase: anche qui il nuovo Codice, invece di attaccarsi con rigorismo dogmatico a una formula fissata in anticipo, ha subordinato i caratteri formali alle necessità funzionali del procedimento.

Oralità e scrittura.

Così, se si parte dal dilemma « oralità o scrittura » (§ 45), non si può dire che il nuovo Codice abbia scelto in maniera assoluta l'oralità, nè che, viceversa, abbia sacrificato questa al sistema della scrittura: si deve dire piuttosto che la scrittura e l'oralità si alternano, secondo che l'una o l'altra meglio si adeguino ai fini del procedimento ed alla composizione dell'organo (1).

(1) Cfr. rel. GRANDI, n. 27.

Oralità nella fase istruttoria.

La oralità è nettamente prevalente in quella fase del procedimento che si svolge dinanzi al giudice istruttore: « la trattazione della causa davanti al giudice istruttore è sempre orale » (art. 180).

Ma adozione dell'oralità non significa, neanche in questa fase, esclusione della forma scritta, poichè la fase orale è preceduta da uno scambio di scritture *preparatorie* (art. 163 e art. 166), il numero delle quali può aumentare con ulteriori scambi, quando il giudice ne ravvisi la necessità (art. 183); significa piuttosto che, in questa fase, la scrittura non è la forma necessaria delle deduzioni delle parti, le quali possono sempre dinanzi al giudice istruttore formulare oralmente le loro richieste e questioni (art. 183, 185), che sono raccolte sul verbale (cfr. anche, per il processo di esecuzione, l'art. 486). La scrittura prevale invece nella fase collegiale, nel senso che le conclusioni su cui il collegio è chiamato a decidere devono essere formulate per iscritto, in quella scrittura riassuntiva che si denomina « comparsa conclusionale » (art. 190): il che non esclude che anche nell'udienza collegiale l'oralità possa aver la sua parte, se pur accessoria, in forma di illustrazione orale delle conclusioni scritte (art. 275).

ART. 180, 163, 166, 183, 184, 486.

Scrittura nella fase collegiale.

ART. 190 E 275.

Diversa è anche, secondo le fasi del procedimento, la soluzione che il nuovo Codice dà al problema della immediatezza. Questo principio è stato pienamente applicato nella fase istruttoria, in cui il giudice istruttore si trova continuamente a diretto contatto colle parti (delle quali può in ogni momento ordinare la comparizione personale: art. 117) e può adoprarsi, trattando oralmente con loro e coi difensori, a chiarire attraverso il dialogo tra i presenti i punti dubbi della causa e ad isolare le questioni veramente rilevanti (art. 183): e poichè è il giudice istruttore che assume le prove da lui stesso ordinate (art. 188), egli è in grado di ricevere, da questo immediato contatto che ha colle parti e coi testimoni, la impressione più genuina sui fatti. Viceversa, quando si passa alla fase collegiale, prevale il sistema della mediatezza, in quanto l'organo che deve giudicare sulle prove raccolte dal giudice istruttore non si trova a diretto contatto colle persone da cui le prove derivano, e deve rimettersi ai verbali redatti dal giudice istruttore, che funziona da intermediario, e alla relazione colla quale egli li illustra in udienza (art. 275 e 276). Su questo punto del nuovo procedimento autorevoli studiosi hanno espresso qualche riserva, sembrando ad essi che tutti i vantaggi della immediatezza nella fase istruttoria vengano distrutti dalla mediatezza collegiale (1): e si è parlato argutamente di « oralità mediata » (2) o anche di soluzione che « realizza solo media-

Mediatezza e immediatezza.

ART. 117, 183, 188.

ART. 275, 276.

(1) Cfr. SATTA e SEGNI, in « Ius », 1940, pag. 93 e pag. 215; in senso contrario CARNELUTTI, *Carattere del nuovo processo civile*, cit., nn. 9-10.

(2) SEGNI, scritto cit.

tamente la immediatezza » (1). Non bisogna però dimenticare che la mancanza di immediatezza, che certamente deriva da questa scissione dinanzi a due organi diversi della fase istruttoria da quella decisoria, si trova in qualche misura corretta dalla norma secondo la quale il giudice istruttore fa parte del collegio in qualità di giudice relatore (art. 174), e da quella secondo la quale il collegio può sempre disporre la riassunzione dinanzi a sè di uno o più mezzi di prova (art. 281) (2).

ART. 174, 281.

Anche la concentrazione è attuata solo in parte, quanto lo permette la divisione del procedimento in due fasi: se si considera il procedimento tutto intero, è certo che la distinzione di esso in due fasi produce necessariamente a metà del suo corso una vera e propria frattura che è certamente contraria al principio della concentrazione; e una pluralità di fratture può eccezionalmente verificarsi quando il giudice istruttore rimette al collegio la decisione di una questione separata (art. 187) o quando il collegio rimette la causa al giudice per la continuazione dell'istruzione (art. 279). Ma se si considera in sè stessa ciascuna delle due fasi, si vede che nell'interno di essa è realizzabile il massimo di concentrazione: tanto nella fase istruttoria, nella quale il giudice istruttore dovrà svolgere l'opera sua *continuativamente,* in una sola udienza o in poche udienze ravvicinate e coordinate (di « continuità e concentrazione dell'istruzione » parla a questo proposito la stessa rel. GRANDI, n. 23), quanto nella fase decisoria, che si esaurirà di solito in una sola udienza, senza possibilità di rinvii su accordo delle parti (art. 275).

Parziale concentrazione.

ART. 187, 279, 275.

Da questi pochi cenni (che saranno sviluppati al luogo opportuno) appare dunque che il nuovo procedimento, pur inspirandosi come a un modello ideale all'« oralità » intesa in quel senso comprensivo in cui la intendeva GIUSEPPE CHIOVENDA, ha dovuto necessariamente allontanarsene in tutti quei punti in cui i caratteri formali del processo orale rigorosamente inteso sarebbero stati in contrasto colle necessità funzionali proprie di ciascuna fase: si può dire dunque che in questo procedimento i caratteri formali tipici si inspirano al principio della *funzionalità,* in quanto, anzichè obbedire a una formula programmatica stabilita *a priori,* si adattano nel corso del procedimento alle diverse esigenze corrispondenti al variare della funzione dell'organo giudiziario.

§ 56. — IL PRINCIPIO DI PRECLUSIONE ELASTICA DELLE DEDUZIONI.

Speciale menzione merita, poichè costituisce una decisa innovazione sul sistema finora seguito, il modo con cui nel nuovo codice è stato

(1) SATTA, *Guida pratica,* cit., pag. 12.

(2) CARNELUTTI, *Carattere del nuovo processo civile,* cit., pag. 45.

attuato, con opportuni temperamenti, il principio di preclusione (§ 45 *e*).

Preclusione alla fine dell'istruttoria.

Caratteristica è, nel processo di cognizione, la netta frattura tra la fase istruttoria e la fase decisoria, che ricorda il vecchio procedimento formale, nel quale la trattazione della causa innanzi al collegio avveniva, come si diceva, « a istruttoria chiusa » (C. 1865, art. 176, 177). Anche secondo il nuovo Codice la chiusura dell'istruzione (art. 188) segna il termine estremo oltre il quale le parti non possono più modificare in alcun modo le loro conclusioni (art. 189); sicchè nella fase decisoria il collegio può prendere in esame, riassunte nelle comparse conclusionali, « le sole conclusioni già fissate davanti al giudice istruttore » (art. 190), rimanendo preclusa alle parti ogni facoltà di sollevare nuove questioni, di dedurre nuove prove, di opporre nuove eccezioni. Questa severa disposizione, la quale non si concilia, come già si è detto, coi principî dell'oralità e della immediatezza, è in armonia col sistema, al quale tutto il procedimento si ispira, di non sottoporre all'esame dell'organo decidente se non le questioni che prima siano state passate al vaglio dell'organo istruttore e corredate a sua cura di tutti gli elementi occorrenti per deciderle con piena cognizione di causa: se si potessero proporre direttamente al collegio nuove conclusioni, il collegio si troverebbe a dover prendere in esame questioni non ancora « istruite », e dovrebbe compiere su di esse quelle indagini preparatorie al cui compimento è funzionalmente idoneo il giudice istruttore. La severità di questa regola (la quale non vale per le questioni « rilevabili d'ufficio », che il collegio può sempre prendere in esame di propria iniziativa, e sulle quali quindi le parti nell'udienza collegiale possono utilmente richiamare l'attenzione del collegio anche se non le hanno dedotte nella fase istruttoria) (art. 276) è temperata dai poteri che ha il collegio di rimandare la causa al giudice istruttore « perchè ritiene necessaria una ulteriore istruzione » (art. 279).

ART. 188, 189, 190.

ART. 276, 279.

Le preclusioni nella fase istruttoria.

Il principio di preclusione opera anche nell'interno della fase istruttoria (cfr. rel. GRANDI, n. 24): in quanto le parti non sono libere di modificare o ampliare a piacer loro le proprie deduzioni fino a che non sia chiusa l'istruzione, ma debbono anche dinanzi al giudice istruttore osservare certi termini, la cui decorrenza può operare contro di loro con forza preclusiva. Il nuovo Codice non ha adottato il sistema, seguito da altre legislazioni ed esperimentato con esito non sempre sodisfacente nel processo del lavoro (art. 12 r. decr. 21 maggio 1934, n. 1073) di separare in due distinte fasi la proposizione delle questioni attinenti al processo (*litis ingressum impedientes*), da quelle attinenti al merito: « la difficoltà che spesso si presenta nella pratica di distinguere in concreto le questioni preliminari dalle questioni di merito ha sconsigliato, per amor di semplicità, dall'adottare tale distinzione di

questioni e di udienze: e solo per singole eccezioni si è stabilito, con disposizioni specifiche, che esse debbano esser proposte a pena di decadenza nella prima risposta scritta o nella prima udienza istruttoria (cfr. art. 38, 40, ecc.) » (rel. GRANDI, n. 24). Salvi casi eccezionali, dunque, la proposizione delle deduzioni attinenti al rapporto processuale e di quelle attinenti al merito può e deve farsi contemporaneamente: e i termini posti per disciplinare il tempo delle deduzioni valgono ugualmente per le une e per le altre.

ART. 38, 40.

Tali termini sono i seguenti: di regola tutte le deduzioni (e sopra tutto le « conclusioni », comprese quelle contenenti proposte di mezzi di prova) devono essere concentrate nelle scritture preparatorie, cioè nella citazione dell'attore (art. 163) e nella comparsa di risposta del convenuto (art. 167); deduzioni ulteriori, a modificazione o in aggiunta di quelle contenute in queste scritture, possono esser fatte anche nel periodo istruttorio, ma solo entro certi limiti e sotto certe condizioni, che vanno aumentando di rigore quanto più si protrae lo svolgimento di questa fase. Nella prima udienza dinanzi al giudice istruttore le parti possono precisare e modificare le deduzioni già formulate in iscritto, aggiungere domande ed eccezioni che siano conseguenza di quelle, ed anche « proporre altre eccezioni o chiedere nuovi mezzi di prova e produrre nuovi documenti » (art. 183); ma questo solamente « quando il giudice istruttore riconosce che sono rispondenti ai fini di giustizia ». Nell'ulteriore corso della fase istruttoria modificazioni delle conclusioni sono consentite soltanto quando esse siano conseguenza della avvenuta assunzione di mezzi di prova (art. 189); all'infuori di questo caso, la produzione di nuovi documenti, la richiesta di nuovi mezzi di prova o la proposta di nuove eccezioni non è ammessa se non vi sia autorizzazione del giudice istruttore che può concederla « soltanto quando concorrono gravi motivi » (art. 184). Appare così, da queste disposizioni (che più ampiamente saranno illustrate al luogo opportuno) che la libertà delle parti di modificare o completare le loro deduzioni non si protrae incondizionata per tutta la fase istruttoria, ma è soggetta, già nel corso di questa, a una serie di preclusioni che, a partire dalla prima udienza fino alla chiusura dell'istruttoria, si fanno sempre più rigorose: le espressioni adoprate dalla legge (che, mentre nella prima udienza limita le nuove deduzioni alla sola condizione molto vaga che siano « rispondenti ai fini di giustizia », le consente nelle udienze successive solo quando « concorrono gravi motivi ») indicano chiaramente questo graduale restringersi di freni, che colla fine della fase istruttoria giunge alla chiusura totale.

ART. 163, 167

ART. 183, 189 E 184.

Le ragioni per le quali il nuovo Codice ha adottato questo sistema di preclusioni sono chiaramente enunciate dalla rel. GRANDI: « È noto che tra i più abusati espedienti di quella malafede che il nuovo Codice

Vantaggi e svantaggi del sistema.

si propone di sradicare dai processi è stata sempre deplorata la tattica furbesca di certi litiganti che i loro migliori argomenti difensionali tengono in serbo fino all'ultimo momento, per farli valere soltanto quando essi credono che l'avversario non sia più in grado di contrapporvi una replica esauriente. Siffatte arti sono contrarie ai fini della giustizia sotto un doppio punto di vista: prima di tutto perchè con esse il litigante più scaltro cerca di turbare a suo vantaggio quella uguaglianza delle parti che trova la sua miglior garanzia nel contraddittorio; in secondo luogo perchè il normale corso del processo è ritardato oltre misura da queste schermaglie dilatorie, che spostano il centro di gravità del processo dalla fase iniziale alla fase finale, e che spesso fanno apparire il giudizio di primo grado come preannuncio appena abbozzato delle vere difese riservate al grado di appello ».

Senonchè questo sistema ha, coi suoi vantaggi, i suoi inconvenienti: la stessa relazione GRANDI non lo nasconde: « Anche qui si trovano in giuoco due esigenze contrastanti: da una parte c'è l'interesse al raggiungimento della verità, il quale consiglia di lasciare, fino al momento della decisione definitiva, la porta aperta a tutte le deduzioni anche tardive, perchè queste possono apportare al giudice nuovi elementi di convinzione, giovevoli ai fini della giustizia; dall'altra c'è l'interesse alla rapidità e alla buona fede processuale, il quale esige che le parti non mandino in lungo il processo con un ben dosato stillicidio di deduzioni tenute in riserva e vuole che esse fino da principio vuotino il sacco delle loro ragioni, senza preparare gli espedienti per le sorprese dell'ultima ora. In un sistema processuale che appaghi in pieno la prima esigenza si rischia, per amor della verità, di lasciar libero il campo alla tattica dilatoria; mentre, se si appaga in pieno la seconda esigenza, si rischia, per amor della rapidità, di sacrificare la giustizia ».

Il principio di eventualità.

Il sistema della preclusione può presentare il grave inconveniente di rendere indispensabile l'adozione del principio di *eventualità* (1): in forza del quale le parti, per non perdere la facoltà di far valere le deduzioni di merito e di rito che possono prima o poi apparire utili alla loro difesa, debbono proporle tutte quante cumulativamente nel termine preclusivo a tale scopo assegnato, anche se alcuna di esse, destinata ad esser fatta valere solo in via subordinata (cioè solo nell'*eventualità* che le altre deduzioni proposte in via principale non siano accolte) non presenti interesse attuale al momento in cui è proposta. Mentre in un processo basato sul principio della *libertà delle deduzioni* le parti, fino a che non è chiusa la trattazione, possono seguire nel proporre le loro difese l'ordine suggerito dalla importanza logica

(1) SEGNI, *Il principio di eventualità e la riforma del processo civile* (in « Studi sassaresi », 1937).

e giuridica degli argomenti, proponendone da principio soltanto alcune e riservandosi di proporre le altre solo quando le prime siano state respinte, la *preclusione delle deduzioni* forza le parti a formulare fin da principio le difese supplementari che dovranno esser tentate se quelle principali non saranno accolte, e a sovraccaricare così fin da principio il processo con una quantità di richieste subordinate (alle quali nel gergo forense corrispondono le formule: *in tesi, in ipotesi, in ipotesi subordinata, in ipotesi subalterna, in dannatissima ipotesi,* e via di seguito), preparate in anticipo in previsione di ogni eventualità: così le parti sono costrette a presentare nello stesso momento tutte le difese che, se non vi fosse preclusione, potrebbero esser scaglionate in profondità, e tenute in riserva per farle valere al momento opportuno.

Questo sistema, se da un lato ha il vantaggio di debellare efficacemente la tattica temporeggiatrice di quei litiganti di malafede che tenderebbero a serbare i migliori argomenti per le sorprese dell'ultim'ora, può d'altro lato costituire un pericoloso incentivo alla complicazione e alla moltiplicazione iniziale delle difese; perchè le parti, per eccesso di prudenza, possono essere indotte a escogitare fin dall'inizio del processo un imponente apparato di deduzioni, nel quale le ragioni più solide saranno messe in un fascio coi più sottili virtuosismi curialeschi.

La elasticità delle preclusioni.

Per evitare questo gravissimo inconveniente il nuovo Codice, pur avendo adottato, come si è detto, il sistema della preclusione delle deduzioni, lo ha temperato, nel senso di stabilire nel corso della fase istruttoria non un solo termine preclusivo, ma più termini successivi, dei quali le parti potranno servirsi per integrare in corso di lite le loro deduzioni, alla sola condizione che il giudice istruttore lo consenta. Si tratta dunque, per così dire, di un *sistema di preclusioni elastiche,* le quali possono anche allentarsi fino a lasciar passare le deduzioni tardive, quando il giudice istruttore ritenga che l'escluderle nuocerebbe allo stesso interesse della giustizia (cfr. rel. GRANDI, n. 25 in fine). Il nuovo processo si presenta così interrotto nel suo corso da un sistema di sbarramenti, efficacemente preordinati a impedire tutti gli espedienti dilatorî: ma questi sbarramenti non sono rigidi e fissi, in quanto la legge affida al giudice, nei casi che sopra si sono ricordati, la chiave per aprirli al passaggio della buona fede. In questo senso infatti è da augurarsi che sugli art. 183 e 184 del nuovo Codice si orienti la prassi: nel senso cioè che all'ammissione delle deduzioni tardive sia solo ostacolo la provata intenzionalità del ritardo (1).

ART. 183 E 184.

§ 57. — IL PRINCIPIO DI AUTORITÀ NEL PROCESSO.

Tra tutti i caratteri del nuovo processo quello sul quale più si è

(1) Cfr. SATTA, *Guida pratica,* nn. 22-23.

insistito nei lavori preparatorî e più si insiste nei primi commenti è il rafforzamento dei poteri del giudice: tendenza inspiratrice di tutta la riforma, presentata dal CHIOVENDA nel suo progetto del 1919 (1) come esigenza di ordine tecnico, si è affermata in questi ultimi anni sopratutto come esigenza di ordine politico, quale espressione nel processo del principio di autorità rimesso in onore nell'ordinamento costituzionale, dello Stato (2). Dal considerare la giurisdizione, anche in materia civile, come funzione pubblica, si desume la necessità tecnica di dare al giudice tutti i poteri occorrenti per poter attivamente cooperare alla sodisfazione dell'interesse pubblico che anche nel processo civile è in giuoco; e basta il riconoscere il carattere pubblico della funzione giurisdizionale per dover considerare come tecnicamente inadeguato ai fini della giustizia un sistema in cui « il giudice assista spettatore impassibile, e talvolta impotente quasi fosse un arbitro in un campo ginnastico che si limita a segnare i punti e a controllare che siano osservate le regole del giuoco, ad una lotta che impegna direttamente la più gelosa e la più alta funzione e responsabilità dello Stato » (rel. GRANDI n. 12). Ma questa esigenza tecnica si trasforma in un postulato di ordine politico quando il rapporto tra il giudice e le parti si considera come la proiezione nell'ambito del processo della più generale concezione alla quale si ispirano nello Stato i rapporti tra il cittadino e l'autorità: allora appare naturale che ad ogni variazione di equilibrio politico tra autorità e libertà corrisponda nel microcosmo del processo una analoga variazione del punto d'incontro tra i poteri del giudice e quelli delle parti; e che là dove prevale l'autoritarismo nell'ordinamento generale dello Stato, si parli volentieri del principio di autorità anche nel processo civile.

Rafforzamento dell'autorità del giudice come esigenza tecnica e politica.

Tuttavia, per evitare che questo richiamo al principio di autorità nel processo diventi un luogo comune privo di significato preciso, bisogna cercare di uscir dal generico e di chiarire entro quali limiti concreti questo principio sia stato praticamente accolto dalla riforma. Già si è avvertito che, se i poteri dell'organo giudiziario non trovassero un limite nella iniziativa delle parti, il processo stesso verrebbe a dissolversi nello sconfinato arbitrio del giudice, ed ogni diritto dei cittadini scomparirebbe in una mera soggezione all'autorità (§ 49). La riaffermazione del principio d'autorità nel processo non può dunque voler dire, *se deve avere un senso giuridico*, onnipotenza del giudice concepito come assolutamente svincolato da ogni iniziativa delle parti, ma può significare soltanto, a paragone del vecchio processo, fissazione di

(1) Cfr. relazione sul progetto, § XI, in *Saggi*, II, pag. 37 e segg.

(2) Cfr. relazione al progetto preliminare SOLMI, nn. 1, 2, 3; discorso GRANDI al senato 10 maggio 1940, un capitolo del quale si intitola « il principio di autorità nel processo civile ».

un nuovo ordine di limiti e di rapporti tra l'iniziativa delle parti e l'iniziativa del giudice; non negazione di libertà, ma nuova disciplina della libertà delle parti.

Autorità del giudice nella direzione del processo.

Per chiarire le idee intorno a questo problema essenziale della riforma, la relazione GRANDI opportunamente avverte (n. 12) che quando si parla di rafforzamento dei poteri del giudice nel processo bisogna guardarsi dal confondere tra loro due esigenze che sono, non solo teoricamente ma anche in pratica, distinte, e dal contemperamento delle quali dipende la soluzione del problema. Da un lato il carattere di funzione pubblica che ha la giurisdizione, *anche quando si esercita su cause di diritto privato,* porta a stabilire il principio che « il giudice anche nel processo civile dev'essere in ogni caso fornito dei poteri indispensabili per amministrare la giustizia in modo attivo, rapido e sicuro »: non varrebbe obiettare che, quando la materia della contesa appartiene al diritto privato, anche l'andamento del processo si può considerare « come affare privato, le cui sorti possano essere abbandonate all'interesse individuale dei contendenti »; al contrario « anche nei processi su controversie di diritto privato entra in giuoco, appena si invoca l'intervento del giudice, quell'interesse eminentemente pubblico che è la retta e sollecita applicazione della legge al caso concreto: non deve esser dunque permesso ai privati di invocare la giustizia per farla servire a scopi contrastanti con essa, nè di ingannare i tribunali colle loro schermaglie dilatorie alle quali il giudice sia costretto ad assistere inerte, fino a che piaccia ai contendenti di farle durare ».

Ma se da una parte il carattere privato del rapporto controverso non deve ostacolare la natura pubblica della funzione che ha tale rapporto per oggetto, d'altra parte neppure è desiderabile che il carattere pubblico della funzione si manifesti con tale energia da distruggere nelle parti quei poteri di disposizione sulla propria sfera giuridica, che danno al rapporto l'impronta privata. Come si fa a conciliare il carattere pubblico del processo col carattere privato della controversia? Come si fa a dare al giudice i poteri di iniziativa corrispondenti alle finalità pubbliche del suo ufficio, senza invadere con questo il campo di autonomia privata che il diritto sostanziale riserva alle parti? E come si fa, viceversa, a lasciare alle parti il potere di disporre dei propri diritti privati, senza con questo menomare il potere del giudice?

L'autorità del giudice e il rapporto sostanziale.

Per rispondere a queste domande, nelle quali si riassume il problema delle relazioni e dei reciproci influssi tra diritto sostanziale e diritto processuale, il nuovo Codice si è uniformato ad un principio che si trova chiaramente enunciato nei lavori preparatorî: « realizzare tra i poteri del giudice e la iniziativa delle parti un equilibrio parallelo ed analogo a quello che nel campo del diritto sostanziale si trova raggiunto tra l'autonomia della volontà privata e l'intervento della pubblica auto-

rità » (1); ed anche: « il diritto processuale... deve attuare tra il giudice e le parti lo stesso equilibrio che in quel momento storico si trova raggiunto nel diritto sostanziale tra l'intervento dello Stato e l'iniziativa privata » (rel. GRANDI, n. 13).

In forza di questo principio (cfr. § 50 *b*) i poteri del giudice nel processo civile non possono esser delimitati in maniera uniforme per tutte le cause; secondo la diversa colorazione, « privatistica » o « pubblicistica », della materia della causa, dovrà diversamente atteggiarsi anche nel processo il principio di autorità, per evitare che su quei rapporti giuridici nei quali la nuova codificazione sostanziale ha voluto mantenere l'autonomia privata, questa sia indirettamente snaturata o compromessa da soverchie ingerenze ufficiali del giudice, incompatibili col potere di disposizione delle parti.

Vedremo nei paragrafi seguenti (§§ 58-61) come questa adeguazione del meccanismo del processo all'equilibrio di forze raggiunto nel diritto sostanziale abbia potuto esser felicemente realizzata dal nuovo Codice di procedura civile, perchè esso ha avuto la singolare ventura di venire alla luce non come riforma isolata, ma come essenziale coronamento di tutta la nuova codificazione, e quindi come omogenea espressione dello stesso momento storico che ha dato vita alla legislazione sostanziale (rel. GRANDI, n. 6).

§ 58. — IMPULSO PROCESSUALE E DIREZIONE DEL PROCESSO.

Il nuovo processo civile mantiene il tradizionale *principio della domanda* (*nemo iudex sine actore*), per il quale la giurisdizione non si mette in moto se non su domanda di persona (o di organo) diversa dal giudice. Tale principio è consacrato non solo nel C.p.c. (art. 99: « chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente »), ma è altresì confermato nel Codice civile, il quale come regola generale stabilisce che « alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte... » (art. 2907). Il principio della domanda è insieme riconoscimento del potere di disposizione spettante ai privati sui propri diritti, e garanzia di imparzialità dell'organo giudicante: il far valere un diritto in via giurisdizionale è un modo di disporre del medesimo, e quindi il condizionare la tutela giurisdizionale alla richiesta dell'interessato è una logica conseguenza della autonomia negoziale riconosciuta al privato sulla propria sfera giuridica; ma anche in questi casi in cui l'interesse pubblico esige che la messa in opera della garanzia giurisdizionale sia svincolata dalla iniziativa privata, la necessità di conservare al giudice quella *indifferenza ini-*

ART. 99

(1) GRANDI, Discorso del 10 maggio 1940 al Senato: cfr. CALAMANDREI, *Il processo inquisitorio nel nuovo Codice civile*, in « Giur. it. », 1939, IV, pag. 237 e segg.

Il principio della domanda.

ziale senza la quale sarebbe compromessa la sua imparzialità (§ 31) fa sì che invece di attribuire al giudice il potere di procedere *d'ufficio*, cioè di propria iniziativa, senza che alcuno glielo richieda, si preferisce conferire ad un apposito organo pubblico (pubblico ministero), il potere di stimolare colla sua domanda l'esercizio della giurisdizione, la quale dunque anche qui non si muove se non in quanto sia provocata dall'iniziativa di questo apposito organo requirente (§ 49). In tutto questo il nuovo Codice di procedura civile non ha introdotto alcuna novità: i casi nei quali è oggi riconosciuto al pubblico ministero il potere di procedere per via d'azione in materia civile sono più numerosi che per il passato (1); ma questo aumento, risultante da disposizioni speciali contenute nelle leggi sostanziali, non tocca in alcun modo i poteri del giudice, i quali restano anche nel nuovo Codice condizionati in ogni caso all'iniziativa dell'organo agente.

Piuttosto si può domandare se il nuovo Codice, pur avendo mantenuto il principio fondamentale « *nemo iudex sine actore* », che fa dipendere la messa in moto della giurisdizione dallo stimolo iniziale dell'organo agente, non abbia provveduto a eliminare o a limitare l'impulso di parte, e a sostituirlo coll'impulso ufficiale nell'ulteriore corso del processo: come accade nel processo penale dove l'organo giudicante, pur essendo inizialmente vincolato all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero (art. 1 e art. 74 C.p.p.), può e deve, una volta messo in moto, procedere d'ufficio fino alla pronuncia del provvedimento giurisdizionale, senza che l'inattività e la lentezza degli altri soggetti del processo possano ostacolare o ritardare l'esaurimento della sua funzione.

Il potere delle parti di far cessare il processo.

In realtà il nuovo Codice ha notevolmente ridotto, nell'ulteriore corso del processo, l'ambito lasciato all'impulso di parte, e di altrettanto ha accresciuto l'impulso ufficiale; ma non fino al punto di sostituire interamente questo a quello (cfr. rel. GRANDI, n. 28). Anche qui si è dovuto lasciare in vigore il sistema dell'impulso di parte, tutte le volte che questo poteva apparire come una conseguenza del potere di disposizione delle parti sul rapporto sostanziale: come il richiedere la giurisdizione a tutela del proprio diritto è un modo di disporre del medesimo, così dal potere che il privato ha di rinunciare ai propri diritti o di alienarli negozialmente deriva per logica conseguenza il potere di rinunciare alla tutela giurisdizionale anche dopo averla richiesta, o di accordarsi coll'avversario in modo da far cessare, prima che il giudice abbia deciso, la « materia del contendere », rendendo così priva di scopo pratico la continuazione del processo. In tutti questi casi l'impulso di parte deve essere riconosciuto in questo suo aspetto negativo, nel senso cioè che le

(1) Cfr. CALAMANDREI, *Il processo inquisitorio nel nuovo Codice civile*, cit.

parti, come avevano il potere di far sorgere il processo, così debbano avere quello di farlo cessare: quando esse sono concordi nel dichiarare che non hanno più nulla da chiedere al giudice, il continuare il processo a vuoto, per sola sodisfazione dell'impulso ufficiale, sarebbe in contraddizione collo stesso principio della domanda.

Rafforzamento dell'impulso ufficiale.

La prevalenza dell'impulso di parte è dunque riconosciuta dal nuovo Codice non solo nel momento iniziale del processo, ma altresì nel momento finale, nel senso che le parti possono sempre, quando sono d'accordo, porre fine al processo anche prima che esso abbia raggiunto la sua meta normale, che è il provvedimento giurisdizionale: ma, finchè il processo è in corso tra questi due momenti estremi, il Codice ha notevolmente rafforzato la prevalenza dell'impulso ufficiale (1). Il concetto informatore che sta a base di tale rafforzamento è il seguente: libere le parti di non chiedere la tutela giurisdizionale, e libere le parti, purchè d'accordo, di rinunciare ad essa anche dopo averla richiesta, ma, una volta messa in moto la macchina della giustizia, la velocità di marcia della medesima non può dipendere dalla velocità delle parti, e il giudice dev'esser fornito di « tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento » (art. 175). Nel Codice precedente le parti potevano a piacer loro rallentare il ritmo del processo accordandosi per interporre tra i varî atti processuali lunghi intervalli di inerzia; ed era ad esse consentito di astenersi da ogni attività per un periodo di più anni, durante i quali il rapporto processuale rimaneva quiescente, quasi immerso in letargo, senza che il giudice potesse far nulla per rimetterlo in moto e tuttavia senza che questa continua inerzia delle parti ne producesse l'estinzione. Questa si verificava se la inattività si protraeva oltre i tre anni (perenzione d'istanza, art. 388 e segg., C.p.c. 1865); ma bastava che all'ultimo giorno del terzo anno una delle parti compiesse un atto di procedura, perchè con questo la sopravvivenza del processo fosse assicurata per altri tre anni, durante i quali le parti potevano di nuovo limitarsi a lasciarlo tranquillamente dormire. Questo sconcio è stato eliminato dal nuovo Codice (rel. GRANDI, n. 28): il quale, mentre ha abolito ogni possibilità di rinvii concordati tra le parti, ha dato all'organo giudiziario (e specialmente al giudice istruttore) il potere di imprimere al processo l'andatura più o meno celere che meglio corrisponda alle speciali necessità della causa, di fissare il numero delle udienze e l'intervallo che deve passare tra l'una e l'altra, e di assegnare alle parti, nei casi in cui già non vi abbia provveduto la legge, il termine per il compimento delle attività ad esse riservate (art. 182, 183, 187, 188, 189, 202 ecc.). In questo modo il processo, durante il suo svolgimento, non rimane mai in quello stato di indeterminata pendenza

ART. 175.

ART. 182, 183, 187, 188, 189, 202.

(1) Cfr. SATTA, *Guida pratica*, n. 8.

in cui rimaneva secondo il vecchio Codice quando la continuazione di esso era rimessa all'illimitato arbitrio delle parti: in nessun momento del processo la serie degli atti già compiuti rimane interrotta, perchè sempre, dopo ogni atto, comincia a decorrere, per disposizione di legge o per ordine del giudice, il nuovo termine che funziona per le parti come stimolo al compimento dell'atto successivo. E se le parti, non tenendo conto di questo stimolo, trascurano di compiere nel termine l'attività ad esse riservata, la conseguenza è la decadenza dal diritto di compierla dopo decorso il termine (es. art. 208) o addirittura l'*estinzione del processo per inattività delle parti* (art. 307): così, mentre secondo il Codice passato il processo si estingueva per perenzione solo dopo un lunghissimo periodo di inattività delle parti, secondo il nuovo Codice questa estinzione sopraggiunge a brevissima scadenza tutte le volte che non sia stato compiuto dalle parti un atto processuale entro il breve termine assegnato per il suo compimento (cfr. art. 44, 50, 392, 393 ecc.: e rel. GRANDI, n. 28).

ART. 208.

Estinzione del processo:

ART. 307.

ART. 44, 50, 392, 393.

Questa innovazione del nuovo Codice, che mira ad evitare il ristagno del procedimento, è stata oggetto di qualche critica (1): si è detto che essa riproduce aggravati i più noti inconvenienti della perenzione, tra i quali quello spreco di attività processuale che si verifica quando, caduti nel nulla per estinzione tutti gli atti già compiuti in un processo pervenuto alla soglia del provvedimento giurisdizionale, le parti sono libere di ricominciare da principio un altro processo sulla stessa causa, costringendo così l'organo giudiziario a un duplicato di attività che avrebbe potuto essere evitato se il primo processo fosse rimasto in vita. Per parte nostra non crediamo fondate queste critiche: dal potere che le parti hanno di disporre del rapporto sostanziale, non deriva come logica conseguenza il potere di trascinare i litigi dinanzi al giudice e di ingombrare le aule giudiziarie per un tempo più lungo di quello che il giudice ritiene sufficiente per render giustizia; anche se la giustizia civile appare alle parti come tutela dei loro privati interessi, non cessa per questo di essere una funzione pubblica, il ritmo della quale non può esser abbandonato alla mercè dei litiganti. Per assicurare praticamente che la giurisdizione civile si svolga senza ristagni fino alla sua meta, il nuovo Codice avrebbe potuto, teoricamente, adottare il sistema proprio del processo penale, consistente nell'introdurre l'assoluto impero dell'impulso ufficiale svincolando il congegno processuale, una volta messo in moto, da ogni ulteriore ingerenza delle parti, e considerando perciò irrilevante, al pari della loro attività, la loro inerzia. Ma se il processo civile deve continuare a consistere in una collabora-

Pregi del sistema.

(1) SATTA, *Riflessioni sul nuovo Codice*, cit., pag. 8-9 dell'estratto; CARNELUTTI, *Carattere del nuovo processo italiano*, cit., n. 17.

zione attiva tra l'organo giudiziario e le parti, il sistema adottato dal nuovo Codice appare come il migliore possibile, come quello che mentre da un lato riconosce la importanza vitale dell'impulso di parte, dall'altra, col prefiggere all'esercizio di esso rigorosi termini preclusivi, crea in questo modo nell'interno del processo un sistema di stimoli psicologici, dal quale le parti sono continuamente ammonite, se vogliono evitare il pericolo di veder cadere nel nulla il lavoro già compiuto, alla puntualità ed alla diligenza.

Così il nuovo Codice, tra il sistema dell'impulso di parte e quello dell'impulso ufficiale, introduce un sistema intermedio che si potrebbe chiamare dell'*impulso di parte stimolato dal giudice*. Questa è una conseguenza naturale del principio secondo il quale, anche se le parti conservano il potere di disporre della causa, la « direzione del processo » deve essere concentrata nelle mani del giudice: nessuno forza il privato, come figuramente è stato detto, a salire sulla nave della giustizia, e se esso delibera di imbarcarvisi, a lui solo spetta fissare l'inizio e la meta del suo viaggio; ma, una volta intrapresa la navigazione, il timone deve essere affidato esclusivamente al giudice, che ha durante il viaggio la responsabilità della rotta.

La direzione del processo.

§ 59. — Iniziativa di parte e iniziativa ufficiale nell'accertamento dei fatti: il principio dispositivo come regola generale del nuovo processo.

Dal principio della domanda (art. 99) deriva, come necessaria conseguenza, il principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato (art. 112): « il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti ». Non solo dunque il giudice non può provvedere se prima non ci sia stato qualcuno che glielo abbia chiesto, ma deve altresì, nel provvedere, mantenersi entro il *tema* posto dalle parti: nel senso che nell'indagare se esistono le condizioni per accogliere la domanda, deve prendere in considerazione i soli fatti allegati dalle parti, e deve altresì limitarsi ad accordare o a rifiutare in base ad essi il provvedimento richiesto, senza poter indagare d'ufficio se eventualmente per i medesimi sarebbe meglio appropriato un provvedimento diverso (*ne eat iudex ultra petita partium*) (1). Questi principî, che la dottrina ha specialmente studiato in relazione alla fase di cognizione, valgono ugualmente per quella di esecuzione forzata: nella quale dipende dalla volontà del privato creditore non soltanto l'inizio del procedimento esecutivo (art. 479: cfr. art. 2910 C.c.), ma altresì la scelta dei mezzi esecutivi (art. 483) e, nella espropriazione

ART. 99 E 112.

Principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato.

ART. 479, 483, 555.

(1) Cfr. su tutte queste questioni, Chiovenda, *Istituzioni*, II, § 43.

immobiliare, quella dei beni su cui deve vertere la esecuzione (art. 555).

Principio dispositivo e pr. inquisitorio.

Al principio secondo il quale il giudice non può nel processo civile prendere in considerazione altri fatti se non quelli che le parti abbiano *allegati* (cioè quelli sui quali abbiano richiamato, espressamente indicandoli, la sua attenzione) si accompagna tradizionalmente il principio secondo il quale deve essere riservata ugualmente alle parti la scelta e l'indicazione dei mezzi di prova idonei ad accertare nel processo i fatti allegati (« *iudex secundum allegata et probata partium decidere debet* »): ed è sopra tutto in relazione alla allegazione ed alla prova dei fatti che nella sistematica processuale si trova contrapposto (cfr. § 49 *c*) il *principio dispositivo* al *principio inquisitorio,* intendendosi designare colla prima denominazione quella direttiva, prevalente nel processo civile, secondo la quale l'iniziativa per la raccolta del materiale di cognizione è riservata alle parti, e colla seconda la direttiva opposta, prevalente nel processo penale, secondo la quale il giudice, svincolato dalla iniziativa delle parti, può d'ufficio compiere tutte le indagini che ritiene opportune per l'accertamento della verità.

Disponibilità delle prove.

ART. 115.

Il nuovo Codice ha mantenuto fondamentalmente, come regola, il principio dispositivo (1), non soltanto nel senso che le parti possono disporre dell'azione e fissare i limiti del *thema decidendum,* ma altresì nel senso che alle parti spetta la scelta e la proposizione dei mezzi di prova: l'art. 115 (che ha il titolo significativo di « *disponibilità delle prove* ») stabilisce infatti che « salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove *proposte dalle parti...* ». Il nuovo Codice, così, si è mantenuto fedele alla tradizionale concezione secondo la quale non solo l'esercizio dell'azione, ma altresì l'allegazione dei fatti e la proposta dei mezzi di prova si considerano come la proiezione nel processo di quel potere di disporre della propria sfera giuridica che è caratteristica del diritto privato: « Il principio dispositivo è in sostanza la proiezione nel campo processuale di quella autonomia privata nei confini segnati dalla legge, che trova la sua più energica affermazione nella tradizionale figura del diritto soggettivo: fino a che la legislazione sostanziale riconoscerà (sia pure per coordinarla sempre meglio ai fini collettivi) tale autonomia, il principio dispositivo dovrà essere coerentemente mantenuto nel processo civile come insopprimibile espressione del potere riconosciuto ai privati di disporre della propria sfera giuridica ».

« Si sono perciò conservati nel Codice (art. 112 e seguenti) come affermazione di principio gli aforismi dell'antica sapienza: *ne procedat*

---

(1) Cfr. SATTA, *Guida pratica,* n. 132. Cfr. CRISAFULLI V., *Profili costituzionali del diritto processuale,* in « Stato e diritto », II (1941), n. 1; e la replica di MICHELI, ivi, n. 6.

iudex ex officio; ne eat iudex ultra petita partium; iudex secundum allegata et probata decidere debet. Sopprimere questi principî avrebbe voluto dire, più che riformare il processo, riformare il diritto privato: dare al giudice il potere di iniziare d'ufficio una causa che gli interessati vorrebbero evitare, o di giudicare su fatti che le parti non hanno allegati, vorrebbe dire ritogliere in sede processuale quell'autonomia individuale che in sede sostanziale è riconosciuta dal diritto vigente » (rel. GRANDI, n. 13) (1).

Si deve peraltro rilevare che, se il principio dispositivo è stato mantenuto, ha però trovato nel nuovo Codice attenuazioni e limitazioni notevoli, delle quali non si può qui tacere (con riserva di parlarne di proposito nella parte speciale del nostro corso) se si vuol cogliere fin d'ora nei suoi tratti generali più caratteristici la fisionomia del nuovo processo civile. Tali attenuazioni e limitazioni riguardano soprattutto la scelta e la proposizione dei mezzi di prova: in relazione ai quali i poteri di iniziativa del giudice sono stati notevolmente ampliati in confronto a quelli, assai più ristretti, ammessi dal Codice precedente. In verità, mentre per l'esercizio dell'azione e per la concreta determinazione del tema della domanda ogni potere di iniziativa riconosciuto al giudice sarebbe incompatibile colla natura stessa del diritto privato, non ugualmente si può dire che il carattere disponibile del rapporto sostanziale controverso porti necessariamente a far dipendere dall'iniziativa di parte la scelta e la messa in opera dei mezzi di prova.

Attenuazioni del pr. dispositivo.

Si hanno indubbiamente, anche nel nuovo processo civile, alcuni mezzi di prova, quali la confessione e il giuramento decisorio, il cui meccanismo processuale, come si vedrà, è in stretta relazione col potere che le parti hanno di disporre del rapporto sostanziale: sicchè il pieno rendimento probatorio di questi istituti è possibile soltanto quando l'esperimento dei medesimi sia condizionato all'istanza di parte, ed alla valutazione che ciascuna di esse fa del proprio interesse. Ma in generale il conferimento al giudice del potere di scegliere e di sperimentare da sè i mezzi di prova che egli ritiene più idonei ad accertare la vertià nell'ambito delineato dalle richieste delle parti, non è in contrasto col carattere disponibile del rapporto controverso: il potere di disposizione delle parti si manifesta nel segnare i limiti del *thema probandum,* ma entro questi limiti il riconoscere allo stesso giudice che deve indagare sulla verità dei fatti allegati dalle parti una certa autonomia nella scelta dei metodi di indagine appare come una necessità di *ordine tecnico,* che non ha niente a che vedere col rispetto della volontà delle parti. Si capisce pertanto come il nuovo Codice di procedura civile,

(1) Cfr. CALAMANDREI, *Il processo inquisitorio nel nuovo Codice civile,* cit., n. 1.

Iniziativa probatoria del giudice.

pur avendo energicamente proclamato il mantenimento del principio dispositivo da esso considerato come « proiezione nel processo del diritto soggettivo » (rel. GRANDI, n. 13), abbia potuto senza contraddirsi accrescere notevolmente, anche nell'ordinario processo a tipo dispositivo, la iniziativa probatoria del giudice, consentendogli poteri assai più ampi di quelli che aveva sotto il vecchio Codice: come appare dalle disposizioni, ricordate a titolo di esempio dalla stessa relazione GRANDI (n. 29), che permettono al giudice di giovarsi della collaborazione del consulente tecnico con maggiore facilità, ampiezza e continuità di quanto non gli consentisse la perizia scritta del vecchio Codice (art. 191 e segg.), di ordinare d'ufficio l'ispezione di persone o di cose (art. 118) o la esibizione in giudizio di queste ultime (art. 210); di ordinare riproduzioni meccaniche o esperimenti (art. 258 e segg.); di chiedere informazioni alla pubblica amministrazione (art. 213); e sopra tutto di ordinare in qualunque stato e grado del processo la comparizione personale delle parti per interrogarle liberamente sui fatti della causa (art. 117). Va ricordata la disposizione (art. 317) secondo la quale dal pretore e dal conciliatore (non dal tribunale, fuor che nelle cause del lavoro: cfr. § 60) può essere ordinata d'ufficio anche la prova testimoniale.

ART. 191, 118, 210, 258, 213, 118, 317.

Si può concludendo rilevare che il nuovo Codice ha fatto corrispondere alla natura disponibile del rapporto sostanziale controverso l'adozione nel processo del principio dispositivo; ma ha ritenuto che il mantenimento di questo principio non sia in generale inconciliabile (come tradizionalmente si insegnava) col potere del giudice di scegliere da sè i propri metodi di indagine. Il vecchio aforisma che imponeva al giudice di decidere « *secundum allegata et probata partium* » rimane dunque intatto solo per ciò che riguarda gli « *allegata partium* », che costituiscono sempre il confine invalicabile dell'accertamento del giudice; ma in quanto ai « *probata partium* » il nuovo processo ne diminuisce notevolmente l'importanza, in quanto conferisce al giudice, in misura assai più ampia del vecchio Codice, il potere di trovare da sè, senza attendere il suggerimento delle parti, i mezzi più idonei al raggiungimento della verità.

§ 60. — IL PROCESSO CIVILE INQUISITORIO.

Dal principio fondamentale (§ 57) secondo il quale ogni spostamento, che si verifichi nel diritto sostanziale, del punto di incontro fra interesse pubblico e interesse privato porta ad un corrispondente diverso equilibrio delle forze motrici del processo, deriva la contrapposizione, che nel nuovo Codice è stata fatta in modo consapevole ed esplicito, tra il processo *dispositivo* e il processo *inquisitorio*, come due diversi tipi di

processo civile corrispondenti alla natura « disponibile » o « indisponibile » dei diritti sostanziali di cui si contende.

Finora, parlando del processo a tipo dispositivo (§ 59) siamo partiti dalla ipotesi, corrispondente ancora in materia civile alla grandissima maggioranza dei casi, che la causa verta su uno di quei rapporti che, dal potere riconosciuto alla persona di disporre della propria sfera giuridica, si denominano « disponibili » (§ 12); ma se la causa verte su un di quei rapporti in cui l'interesse pubblico esclude o limita l'autonomia privata (rapporti o diritti cosiddetti « indisponibili » o « attinenti all'ordine pubblico ») è naturale che subito si renda necessario nel processo un diverso atteggiamento delle relazioni tra l'attività del giudice e l'attività delle parti, nel senso di dare una prevalenza più accentuata ai poteri del giudice. Sorge così, nell'interno del processo civile, una figura di processo che si denomina *inquisitorio,* sul quale così si esprime la relazione GRANDI (n. 14): « Le stesse considerazioni che mi hanno indotto a mantenere di massima il principio dispositivo in tutte le cause attinenti a rapporti disponibili, mi hanno portato per coerenza ad adottare in più larga misura il principio inquisitorio in tutte quelle cause che concernono rapporti giuridici non disponibili o, come tradizionalmente si dice, attinenti all'ordine pubblico: rapporti il cui numero si è notevolmente accresciuto e più si accrescerà nella nuova legislazione sostanziale, in corrispondenza colla influenza sempre maggiore del diritto pubblico sul diritto privato ».

Il processo inquisitorio su rapporti indisponibili.

Per risolvere questo problema di creare un tipo di processo particolarmente adatto alle cause su rapporti indisponibili, due diversi sistemi avrebbero potuto esser seguiti: o stabilire, regolato in un apposito titolo, un procedimento speciale riservato a queste cause, ovvero inserire nel corso del processo ordinario a tipo dispositivo opportune deroghe a tutte quelle disposizioni, basate sulla autonomia e sulla responsabilità delle parti, che apparirebbero inconciliabili colla natura indisponibile del rapporto controverso. Il nuovo Codice ha seguito questo secondo sistema: non esiste dunque in esso uno speciale titolo che tratti congiuntamente del processo inquisitorio, ma le differenze tra questo e il processo dispositivo sono messe in rilievo nel corso del Codice, con disposizioni distribuite nei vari punti dove se ne è sentita la opportunità.

Stabilire quali siano, in un dato momento storico, i rapporti indisponibili, è ufficio delle leggi sostanziali: mentre è ufficio del diritto processuale stabilire quale sia il procedimento da osservare nelle cause vertenti su tali rapporti. Anche quella disposizione del Codice di procedura civile (art. 70) che, sotto l'apparenza di regolare l'intervento del pubblico ministero, viene mediatamente a stabilire qual è la materia del processo inquisitorio (la presenza del pubblico ministero è infatti uno dei più tipici sintomi di questo processo), si limita a menzionare

ART. 70

alcune categorie di rapporti (cause matrimoniali, cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone, cause del lavoro), ma per il resto rinvia agli « altri casi previsti dalla legge »: alludendo, ben s'intende, alla legge sostanziale, la quale potrà sempre aumentare o diminuire, secondo le variabili necessità storiche, le categorie di rapporti da assoggettarsi a questa disciplina processuale più accentuatamente pubblicistica. Così il processo inquisitorio, congegno elastico *a capacità variabile,* rimane aperto a tutte le esigenze dell'avvenire, pronto a seguire senza scosse l'evoluzione del diritto privato (1).

Principali caratteri del processo inquisitorio.

Avremo ripetute occasioni nel seguito di questo Corso, di fermarci a commentare le numerose disposizioni, sparse in varie parti della codificazione, che segnano le divergenze tra il processo dispositivo e il processo inquisitorio. Qui possiamo intanto, per tracciare fin d'ora nelle sue linee caratteristiche la fisionomia del processo inquisitorio (2), ricordare che le più importanti tra queste divergenze riguardano: il carattere pubblico dell'azione, che può in certi casi essere esercitata dal pubblico ministero (art. 69: cfr. retro, § 38); il dovere del pubblico ministero, anche se l'azione è privata, di intervenire nel processo (art. 70), fornito degli stessi poteri di iniziativa probatoria che competono alle parti (art. 72); in certi casi il conferimento di maggiori poteri di iniziativa probatoria allo stesso organo giudicante (art. 439, nelle cause del lavoro; art. 419 C. c., nelle cause di interdizione); l'inderogabilità della competenza (art. 29); la inapplicabilità di certi mezzi di prova basati sul potere di disposizione delle parti (confessione, art. 2730 C. c., giuramento decisorio, art. 2736); il divieto di compromettere in arbitri queste cause (art. 806), al quale corrisponde la inidoneità delle medesime ad essere conciliate (art. 185, secondo il quale la conciliazione è ammessa solo « se la natura della causa lo consente ») e ad essere transatte (art. 1966 C.c.); il divieto della pronuncia secondo equità a richiesta di parte (art. 114); il conferimento di speciali poteri di impugnazione al pubblico ministero contro la « collusione posta in opera dalle parti per frodare la legge » (art. 397); ecc. (cfr., in generale, rel. Grandi, n. 14).

ART. 69, 70, 72, 439, 29.

ART. 806, 185, 114, 397.

§ 61. — Rafforzamento del dovere civico di collaborazione alla giustizia.

Come conseguenza del rafforzamento del principio di autorità, sono

(1) Su tutto questo, cfr. il più volte citato studio del Calamandrei, *Il processo inquisitorio nel nuovo Codice civile;* Id., *Sul progetto preliminare Solmi* (in *Studi,* IV, pag. 103 e segg.), nn. 8 e 23.

(2) Cfr. Calamandrei, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio* (in *Studi,* II, pag. 321 e segg.).

state introdotte nel nuovo processo civile numerose disposizioni colle quali si rende più esteso e più rigorosamente sanzionato il dovere dei cittadini di mettersi a disposizione degli organi giudiziari per collaborare al raggiungimento dei fini della giustizia. Ciò è particolarmente rilevabile nei confronti dei terzi estranei al processo, per i quali il nuovo Codice (avvicinandosi in ciò alle corrispondenti disposizioni del Codice di procedura penale) stabilisce, sullo stesso piano del dovere di testimonianza (art. 255, 256), il dovere, ignorato dal Codice precedente, di consentire sulla loro persona o sulle cose in loro possesso le ispezioni che appaiono indispensabili per conoscere i fatti della causa (art. 118), o anche di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui il giudice ritenga necessaria la acquisizione al processo (art. 210) (1). Il Carnelutti parla a questo proposito di un « *servizio pubblico giudiziario* prettamente analogo al *servizio militare* » (2), e non a torto: perchè in realtà queste disposizioni, che assoggettano all'interesse pubblico della giustizia non solo i beni, ma anche la persona del cittadino estraneo al processo, si afferma un vero e proprio dovere civico, in forza del quale l'interesse privato è sacrificato alle superiori finalità di una pubblica funzione (cfr. oltre, § 102). Con ciò si manifesta in maniera tipica l'orientamento pubblicistico del nuovo processo (cfr. rel. Grandi, n. 29); ma non si deve dimenticare che questa subordinazione dell'interesse privato ai fini pubblici della giustizia era già accolta dal vecchio Codice per il dovere di testimonianza, del quale il dovere di assoggettare all'ispezione giudiziale la propria persona o le proprie cose non è che una logica estensione. Nella rigida concezione privatistica dell'assoluta autonomia del singolo sulla propria sfera giuridica si aprono con ciò nuove breccie; ma non mancano nel nuovo Codice, come a suo tempo si vedrà, opportune cautele per far sì che la ispezione o la esibizione possa compiersi « senza grave danno » per l'obbligato (art. 118), sì da « conciliare nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo » (art. 211).

Dovere di collaborazione dei terzi.

ART. 255, 256, 118, 120.

Tutela dei diritti del terzo.

ART. 118, 211.

Tutto questo è perfettamente chiaro finchè si tratta di doveri imposti a *terzi* estranei al processo. Ma le cose non sono altrettanto semplici nei confronti delle *parti* in causa: per le quali si tratta di vedere se sia concepibile un vero e proprio dovere di collaborazione alla giustizia che riesca a non essere negazione del diritto della difesa.

Nella concezione tradizionale del processo civile a tipo dispositivo la molla di tutto il congegno processuale era costituita dal conflitto degli interessi individuali delle parti, che trovava il suo terreno di lotta nel *contraddittorio*. A ciascuna parte si lasciava piena libertà di com-

Funzione dello interesse individuale nel contraddittorio.

(1) Cfr. Satta, *Guida pratica* cit., n. 29; Carnelutti, *Istituzioni*, nn. 232-235.

(2) *Carattere del nuovo processo civile italiano* cit., n. 3.

portarsi nel processo così come le veniva suggerito dal suo proprio interesse; ma questo stimolo dell'interesse individuale si trovava alla fine indirizzato, senza che la parte ne fosse consapevole, alla sodisfazione dell'interesse pubblico, perchè l'attività di ciascun litigante incontrava difronte a sè il controllo e la reazione della parte avversaria, sicchè questo urto di contrapposti sforzi individuali, da cui scaturiva per il giudice imparziale la verità, si risolveva involontariamente in una collaborazione ai fini della giustizia. Quel delicato meccanismo di precisione che era, nella sua concezione tradizionale, il principio dispositivo, era destinato a funzionare come una ingegnosa combinazione di liberi *oneri* (§ 46), senza bisogno di ricorrere alla pressione di *obblighi,* che forzassero le parti a compiere, nell'interesse della giustizia, qualcosa che fosse in urto col loro interesse individuale. Questo valeva sopratutto per l'accertamento della verità nel processo di cognizione: la parte non aveva di regola l'obbligo di dire la verità, ma aveva soltanto l'onere di provare, coi mezzi da essa forniti, che le sue affermazioni fossero vere; se essa non vi riusciva, le sue affermazioni, vere o mendaci che fossero, non valevano che come posizione di un *thema probandum,* a cui il giudice aveva il dovere di non credere fino a che non era provato. E così il mendacio era innocuo, mentre era utile ai fini della giustizia questo impegno che ciascuna parte metteva nel provare la verità dei fatti favorevoli al suo interesse, in modo che il giudice, paragonando gli apporti dei due contraddittori, era in grado di ricostruire dinanzi a sè la verità tutta intera.

L'attività delle parti nel processo a tipo inquisitorio.

Difronte a questa concezione tradizionale si potrebbe astrattamente concepire un sistema in cui anche l'attività delle parti nel processo civile fosse regolata secondo un rigido congegno di obblighi posti nell'esclusivo interesse della giustizia: allo stesso modo dei terzi estranei al processo, che per aiutare la giustizia a raggiungere i suoi fini sono obbligati, anche con sacrificio del loro interesse individuale, a dire al giudice la verità o a lasciar ispezionare la loro persona o i loro beni, anche le parti potrebbero essere concepite non più come soggetti di diritti che stanno in causa per difendersi e non per accusarsi, ma come strumenti dell'interesse pubblico, tenuti, se questo lo esige, a testimoniare contro di sè e ad adoprarsi, se occorra, per la propria sconfitta (1).

---

(1) A una siffatta concezione rigidamente « inquisitoria » del processo si inspirava quel tal generale, ricordato da MONTAIGNE (*Essais,* liv. II, ch. V) che per accertare se fosse vera l'accusa, rivolta a un suo soldato da una povera donna, di averle rubato e mangiato quel po' di cibo che le rimaneva per sfamare i bambini, ordinò che senz'altro si aprisse lo stomaco dell'accusato per accertar la verità. La storia non dice quale fu l'esito dell'indagine: ma è facile intendere che se lo stomaco si riscontrò vuoto, l'imputato, come privato, morì, ma la giustizia si trovò in grado di proclamare, nell'interesse pubblico, la sua innocenza.

Verso questa concezione del processo civile, che significherebbe in realtà l'abolizione del diritto soggettivo e il totale assorbimento dell'interesse individuale nell'interesse pubblico, era incamminato il progetto preliminare SOLMI (cfr. retro, § 3) il quale, segnando come uno dei fini della riforma la cosiddetta « moralizzazione » del processo, aveva introdotto a carico delle parti, accompagnato da severe sanzioni penali contro di esse e contro i difensori, l'obbligo di dire la verità, ponendole così sullo stesso piano dei terzi estranei al processo, e abolendo i principî tradizionali « *nemo testis in re sua auditur* », « *nemo tenetur edere contra se* ».

Conciliazione tra l'interesse pubblico e l'interesse delle parti.

Il nuovo Codice ha saputo seguire anche su questo punto il giusto mezzo (cfr. rel. GRANDI, nn. 17 e 29): in quanto, pur avendo stabilito per le parti e per i difensori « il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità » (art. 88), e pur avendo conferito al giudice il potere di ordinare la comparizione personale delle parti e di interrogarle liberamente sui fatti della causa (art. 117), di ordinare ispezioni sulla loro persona o sui loro beni (art. 118), o di ordinare ad esse la esibizione di documenti o di cose (art. 210), ha però evitato di accompagnare queste prescrizioni con sanzioni penali che avrebbero dato ad esse il carattere di veri e propri obblighi, ed ha preferito affidare la osservanza di esse allo stesso interesse delle parti, le quali, pur non essendo giuridicamente obbligate ad osservarle, sanno che, se non le osservano, vanno incontro al pericolo di vedere il giudice trarre da questo loro comportamento negativo, argomenti di prova per decidere la causa a loro sfavore (art. 116 cpv., art. 118 cpv.).

ART. 88, 117, 118, 210, 116.

Differenza di posizione tra terzi e parti.

Così il dovere di dire la verità o di prestarsi alle ispezioni del giudice, che per i terzi è un vero e proprio obbligo sanzionato con pene (art. 118 cpv. ultimo; art. 255, 256), diventa per le parti un *onere*: si riconosce così la differenza che passa tra la posizione del terzo, che nel processo è soltanto uno strumento dell'interesse pubblico, e quella della parte, che nel processo è prima di tutto un soggetto di diritti, che agisce a tutela del proprio interesse individuale.

ART. 255, 256.

Speciale struttura degli oneri di collaborazione delle parti.

Si noti peraltro come anche nella struttura di questi oneri posti alle parti si faccia sentire quello spirito di collaborazione e di solidarietà che anima tutto il nuovo Codice. Quando il giudice ordina alla parte di comparire personalmente per essere interrogata, o di lasciare ispezionare dal giudice la propria persona o i propri beni, la invita a fare qualcosa che può riuscire a vantaggio dell'avversario: la parte può rifiutarsi di fare ciò a cui il giudice la invita; ma se si rifiuta perchè sa che dalle sue risposte o dalla ispezione verrebbero alla luce elementi probatorî a suo carico, si espone ugualmente al rischio di nuocere a sè stessa e di giovare all'avversario, fornendo al giudice, col suo rifiuto o colla sua inerzia, elementi indiretti per decider la causa contro di lei.

Così, in un modo o nell'altro, la parte che ha torto non può trincerarsi dietro la sua inerzia: sa ormai che se tenta di difendersi col silenzio o col mendacio, rischia, difronte a questa nuova arma che ha il giudice
ART. 116 di « desumere argomenti di prova... dal contegno delle parti stesse nel processo » (art 116), di danneggiarsi più che se dicesse francamente la verità.

C'è in tutto questo qualcosa di profondamente nuovo: si continua a parlare di oneri, ma sono oneri che possono risolversi, anzichè in una egoistica difesa del proprio interesse, in un vantaggio dell'avversario, e in ogni caso in una collaborazione alla giustizia. Efficacemente osserva in proposito la rel. GRANDI (n. 17) che « i litiganti si accorgeranno che la furberia non solo non servirà a vincere le cause, ma potrà spesso servire a farle perdere: e saranno tratti a comportarsi secondo la buona fede, non solo per obbedire alla loro coscienza morale, ma altresì per seguire il loro interesse pratico, il quale li renderà avvertiti che alla fin dei conti la disonestà non costituisce mai, neanche nei processi, un buon affare ».

§ 62. — CARATTERE SOCIALE DEL NUOVO PROCESSO: NUOVO SIGNIFICATO DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA DELLE PARTI.

Nella relaz. GRANDI (n. 18) si pone come uno degli scopi del nuovo processo civile l'« avvicinamento della giustizia al popolo », consistente nel « rendere il processo civile più popolare, cioè più vicino e più accessibile anche alle persone umili e non abbienti, a danno delle quali ricadono principalmente i costosi tecnicismi delle procedure troppo complicate ». E già da varie parti è stato messo in evidenza questo aspetto che si può chiamare « sociale » del nuovo Codice (1).

Sotto questo aggettivo, piuttosto indeterminato e generico, si fanno rientrare i caratteri più disparati del nuovo processo, tra i quali quella sua generale tendenza alla semplificazione delle forme, all'abbreviazione, alla chiarezza delle disposizioni ed alla immediatezza dei contatti tra le parti e gli organi giudiziari, di cui già si è parlato, o si parlerà (§ 63) in questo stesso Capitolo. Ma, se si vuole dare a questa espressione un significato più concreto e meno vago, possiamo dire che il proposito del legislatore di rendere il nuovo processo civile « più accessibile anche alle persone umili e non abbienti » si rivela soprattutto nelle misure con cui si è cercato di rendere praticamente operativo e garantito in ogni causa quel principio di *uguaglianza delle parti* (2)

(1) Cfr. D'AMELIO, *Le tendenze sociali del nuovo C.p.c.*, cit. in bibl.; JAEGER, *Gli aspetti sociali della riforma del processo civile*, in « Arch. studi corp. », XII, I; MICHELI, *Considerazioni sull'interpretazione evolutiva delle norme processuali*, cit.

(2) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pag. 91.

che nel vecchio processo rimaneva assai spesso una enunciazione puramente teorica. Anche nel processo precedente era riconosciuta in numerose manifestazioni (principio del contraddittorio, repartizione dell'onere della prova, norme che garantivano la difesa e la comunicazione reciproca dei documenti, ecc.) la massima generale dell'*uguaglianza delle parti,* che si formulava così: « le parti, in quanto chiedono giustizia, devono esser poste nel processo in assoluta parità di condizioni » (1); ma il nuovo processo si è reso conto che la affermazione puramente giuridica della uguaglianza delle parti può rimanere lettera morta, se poi avviene che in concreto la disparità di cultura e di mezzi economici metta una delle parti in condizione di non potersi servire di questa uguaglianza giuridica, perchè il costo e le difficoltà tecniche del processo, che la parte abbiente e colta può facilmente superare coi propri mezzi e col farsi assistere senza risparmio da competenti difensori, posson costituire invece per la parte povera un ostacolo spesso insormontabile sulla via della giustizia.

Livellamento sociale del processo civile.

Per eliminare nel corso del processo i pericoli derivanti da queste sperequazioni sociali, il nuovo Codice ha avuto speciale cura di dare sviluppo a tutti quegli istituti che posson servire a mettere la parte socialmente più debole in condizione di parità iniziale difronte alla parte più forte, e ad impedire che a causa della inferiorità di cultura e di mezzi economici la uguaglianza di diritto possa dinanzi al giudice trasformarsi in una disuguaglianza di fatto.

A questo che potrebbe ben dirsi « livellamento sociale del processo » mirò, fin dalla sua istituzione, la giurisdizione del lavoro (l. 3 aprile 1926, n. 563 e r. decr. 1° luglio 1926, n. 1130; r. decr. 21 maggio 1934, n. 1373, ecc.), colla quale fu creato un procedimento specialmente idoneo alla risoluzione rapida, semplice ed umana delle controversie, collettive e individuali, tra i lavoratori ed i datori di lavoro (cfr. retro, § 4): e l'importanza di tale conquista è oggi riconosciuta e perfezionata coll'avvenuta inclusione nel nuovo Codice delle « norme per le controversie in materia corporativa » (art. 409-473: cfr. rel. Grandi, n. 10) (2).

Il processo del lavoro.

ART. 409-473.

Ma nel nuovo Codice questo proposito di avvicinare la giustizia al popolo non trova espressione soltanto nel particolare procedimento riservato alle controversie in materia corporativa: in realtà in tutto il sistema del nuovo processo civile l'« aspetto sociale della giustizia, intesa come protezione del lavoro e come garanzia dei beni da esso prodotti, è stato portato in primo piano » (rel. Grandi, n. 19). Ciò traspare in una

Ispirazione sociale del processo ordinario.

(1) Chiovenda, l. c.

(2) Cfr. Zanobini, *Il nuovo C.p.c. e alcuni problemi del diritto corporativo,* in « Riv. dir. pubbl. », 1941, 16; Lugo, *Lineamenti del processo corporativo nel nuovo C.p.c.,* in « Stato e diritto », 1940, n. 3.

quantità di disposizioni: nell'innalzamento della competenza dei pretori e dei conciliatori (art. 7-8) che « avrà la immediata conseguenza di far risentire i vantaggi di un procedimento più semplice e più familiare, com'è quello che si può seguire dinanzi al giudice unico, a un più vasto numero di controversie di modesto valore economico, nelle quali sono in giuoco gli interessi del popolo meno abbiente »; nei poteri di iniziativa dati, anche nelle cause di valore superiore, al giudice istruttore, che gli permetteranno di supplire ai difetti processuali derivanti da inesperienza delle parti (art. 182); nel più largo campo dato al tentativo di conciliazione (art. 185) ed ai giudizi di equità (art. 113-114); in certe disposizioni del processo esecutivo che mirano a conciliare col diritto dei creditori l'interesse del debitore, in quei casi in cui ragioni di umanità e di dignità sociale lo fanno degno di speciale considerazione (cfr. art. 545; e rel. GRANDI, n. 31).

ART. 7-8

ART. 182, 185, 113, 114, 545.

In tutte queste disposizioni, e in molte altre che si potrebbero citare traspare una ispirazione che a buon diritto si può chiamare « sociale », se con questa parola si vuol intendere l'antitesi di quella concezione strettamente individualistica che riduceva il processo a una accanita lotta di egoismi. Si tratta così, pur non negando che la molla del processo civile rimane l'interesse individuale, di attenuare le eccessive asprezze dei dibattiti, le schermaglie defatigatorie, i tranelli, l'infecondo e gretto ripicco. Sembra, se non ci illudiamo, che circoli nel nuovo processo un fecondo desiderio di collaborazione e di solidarietà.

§ 63. — L'UMANITÀ DEL NUOVO PROCESSO.

Non possiamo chiudere queste considerazioni sugli orientamenti generali del nuovo Codice senza ricordare un carattere, che forse li riassume tutti: quello che felicemente è stato chiamato l'« umanità » del nuovo processo civile (1).

Ritorno alla naturalezza.

Tutte le innovazioni di cui finora si è parlato si risolvono, in fin dei conti, in un ritorno del processo alla semplicità ed alla naturalezza: ridotti al minimo gli schermi del formalismo, si mira a rimettere in diretto contatto, in modo che possano rapidamente e lealmente intendersi, gli uomini che prendon parte al dramma giudiziario, il giudice e i giudicabili, il magistrato e i difensori (2).

Il nuovo Codice è stato costruito colla chiara consapevolezza di questa verità elementare; « che il problema della riforma delle leggi è prima di tutto *un problema di uomini* ». Così, a questo proposito, si

(1) REDENTI, *L'umanità nel nuovo processo civile*, cit., in bibl.

(2) Cfr. CALAMANDREI, *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile*, cit.

chiude la relaz. GRANDI (n. 33): « Questo Codice, il quale è stato dettato col costante intendimento di mettere in valore le attitudini individuali delle persone che dovranno far vivere nella realtà la nuova legge, è affidato alla loro comprensione ed al loro zelo: e specialmente all'intelligenza ed alla buona volontà di quelle due categorie di persone, i magistrati e i difensori, che dovranno essere non solo i custodi, ma gli animatori e quasi si potrebbe dire i creatori del nuovo processo civile » (1).

A questo fondamentale orientamento umano, dovrà secondo noi inspirarsi l'opera scientifica dei commentatori del nuovo Codice: come ci industrieremo di fare da parte nostra, nel miglior modo che ci sarà possibile, nelle Parti seguenti di questo nostro Corso.

---

(1) Questa tendenza « umanistica » del nuovo Codice si rivela anche nella semplicità dello stile e nella chiarezza della terminologia, che si è cercato di rendere il più possibile intelligibile anche ai profani: cfr. rel. GRANDI, n. 19; CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, n. 3; REDENTI, *Trattato*, II, n. 7; MESSINA S., *Il linguaggio giuridico nella tecnica della legislazione*, Roma, 1941.

Viene in mente il FOSCOLO, che nel suo progetto di codice militare (in *Scritti*, ed. Laterza, I, pag. 220) si riprometteva di « compilare tutta l'opera in uno stile rapido, calzante, conciso, che non lasci pretesto all'interpretazione delle parole... Si baderà anche a una religiosa esattezza della lingua italiana ».

PARTE SECONDA

DISPOSIZIONI GENERALI: LE PERSONE DEL PROCESSO

INDICE

§ 64. Premessa.

CAPO PRIMO

Le persone del processo.

§ 65. Materia e partizione di questo capo.

TITOLO PRIMO

Gli organi giudiziari.

§ 66. Organi ed uffici giudiziari: Ordinamento giudiziario e diritto processuale; fonti.

CAPITOLO PRIMO

L'ordinamento interno degli organi giudiziari.

§ 67. Gli organi giudiziari come organi complessi. — § 68. A) L'ufficio giudicante: Composizione personale. — § 69. Nomina e stato giuridico dei funzionari addetti all'ufficio giudicante: garanzie della loro indipendenza e imparzialità. — § 70. B) L'ufficio di cancelleria. — § 71. C) L'ufficiale giudiziario.

CAPITOLO SECONDO

L'ordinamento esterno degli organi giudiziari

§ 72. Principio della pluralità degli organi giudiziari. — § 73. A) Pluralità di tipi di organi giudiziari. — § 74. B) Pluralità degli organi giudiziari dello stesso

tipo. — § 75. La gerarchia degli organi giudiziari ordinari. — § 76. Organi giudiziari speciali. — § 77. Sezioni speciali degli organi ordinari. — § 78. La corte di cassazione, come « organo supremo della giustizia ».

Capitolo Terzo

I limiti della giurisdizione.

§ 79. Vari criteri di delimitazione della giurisdizione (Limiti esterni e limiti interni). — § 80. Momento determinativo della giurisdizione e della competenza.

Sezione Prima

I limiti esterni della giurisdizione (questione di giurisdizione).

§ 81. A) Limiti internazionali della giurisdizione: Giurisdizione nei confronti degli stranieri. — § 82. Giurisdizione ecclesiastica sulle cause matrimoniali. — § 83. Efficacia in Italia dei provvedimenti giurisdizionali stranieri. — § 84. B) Limiti costituzionali della giurisdizione. — § 85. Limiti tra giurisdizione e attività legislativa. — § 86. Limiti tra giurisdizione e attività amministrativa. — § 87. C) Limiti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali.

Sezione Seconda

I limiti interni della giurisdizione (questione di competenza).

§ 88. La questione di competenza e i vari criteri per risolverla. — § 89. Osservazioni generali. — § 90. Regole della competenza oggettiva in particolare: Criterio qualitativo (per materia). — § 91. Regole della competenza oggettiva in particolare: Criterio quantitativo (per valore). — § 92. Regole della competenza funzionale in particolare. — § 93. Nozioni generali sulla competenza per territorio. — § 94. Regole della competenza per territorio: Criterio personale e criterio reale. — § 95. Regole della competenza per territorio: Criterio organico.

Sezione Terza

Modificazioni e garanzie dei limiti (esterni e interni) della giurisdizione.

§ 96. Osservazioni generali. — § 97. Modificazioni della giurisdizione e della competenza per volontà delle parti. — § 98. Modificazioni della giurisdizione e della competenza derivanti dalla identità delle cause o da comunanza di elementi tra esse. — § 99. Poteri del giudice e delle parti a garanzia dell'osservanza delle regole di giurisdizione e di competenza. — § 100. Decisioni sulla giurisdizione e sulla competenza: Effetti e rimedi.

TITOLO SECONDO

Gli ausiliari.

§ 101. Nozioni generali. — § 102. a) L'incarico giudiziario. — § 103. b) Il servizio giudiziario. — § 104. c) L'arbitrato. — 105. d) Cooperazione alla giustizia di organi non giurisdizionali.

TITOLO TERZO

Le parti.

§ 106. Programma.

CAPITOLO PRIMO

Le parti (in senso stretto) e i loro difensori.

SEZIONE PRIMA

Le posizioni delle parti nel processo.

§ 107. Struttura del processo a parti contrapposte (bilateralità del processo). — § 108. Nozione processuale di parte. — § 109. Posizione reciproca delle parti nel processo. — § 110. Pluralità di parti (Litisconsorzio). — § 111. Intervento in causa. — § 112. Mutamento delle parti nel corso del processo.

SEZIONE SECONDA

La parte considerata in sé stessa.

§ 113. Capacità di esser parte. — § 114. Capacità processuale: Rappresentanza legale degli incapaci e delle persone giuridiche nel processo. — § 115. Rappresentanza volontaria nel processo: Capacità di chiedere in giudizio e rappresentanza necessaria dei difensori. — § 116. La sostituzione processuale.

SEZIONE TERZA

I difensori della parte

§ 117. Il patrocinio forense: Terminologia e fonti. — § 118. Interesse privato e interesse pubblico nel patrocinio forense. — § 119. Natura giuridica del rapporto tra il difensore e la parte. — § 120. L'ordinamento delle professioni forensi.

CAPITOLO SECONDO

Il pubblico ministero.

§ 121. Ordinamento organico degli uffici del pubblico ministero. — § 122. Funzione del P.M. nel processo in generale. — § 123. Il P.M. come parte nel processo civile. — § 124. Il P.M. agente nel processo civile. — § 125. Il P.M. interveniente nel processo civile. — § 126. Carattere vincolato o discrezionale della funzione del P.M. nel processo civile.

§ 64 — Premessa.

Fedele al programma di uniformare più che è possibile la partizione ed il sistema di questo Corso all'ordine seguito dal nuovo Codice, tratterò in questa seconda Parte le materie che nel nuovo Codice si trovano regolate dal Libro primo, adottando per essa la stessa intitolazione di « *Disposizioni generali* ».

Il Libro I° (art. 1-162), che costituisce, come già si spiegò (§ 5), una innovazione del nuovo Codice, « contiene tutte quelle norme sugli organi giudiziari e sulle parti, sui loro poteri e doveri e sugli atti processuali in generale che sono comuni e si applicano, in mancanza di disposizioni speciali, ad ogni tipo di procedimento, ordinario o speciale, di cognizione o di esecuzione » (rel. Grandi, n. 19).

Queste norme che sono « comuni ... ad ogni tipo di procedimento », e la cui illustrazione è per questo opportuno premettere alla descrizione dei varî procedimenti che il Codice regola nei tre libri successivi, si possono distinguere in due grandi gruppi: quelle che concernono le *persone del processo* (tit. I « degli organi giudiziari », art. 1-68; tit. II « del pubblico ministero », art. 69-74; tit. III « delle parti e dei difensori », art. 75-98) e quelle che concernono gli *atti del processo* (tit. VI, art. 121-162) (1). Le disposizioni appartenenti ai due titoli intermedi IV e V (« dell'esercizio dell'azione » art. 99-111; « dei poteri del giudice », art. 112-120) saranno nella illustrazione sistemate nell'uno o nell'altro di questi due gruppi, quando non si ritenga più conveniente rinviarne il commento alle parti successive della trattazione.

---

(1) Per ragioni tipografiche, il Capo su « *gli atti del processo* » sarà pubblicato unitamente alla terza Parte, che tratterà del processo di cognizione.

Capo Primo

LE PERSONE DEL PROCESSO

§ 65. — Materia e partizione di questo capo.

Soggetti del processo e persone del processo.

La intitolazione adottata per questo Capo è più vasta di quella che a prima vista potrebbe parere equivalente, di *soggetti del processo.* Quest'ultima denominazione infatti (cfr. § 46) comprenderebbe soltanto le persone tra le quali corre il rapporto processuale, cioè l'*organo giudiziario* e le *parti;* mentre qui, sotto questo Capo, saranno considerate anche tutte quelle altre persone, che senza essere soggetti del rapporto processuale, svolgono nel processo o in margine al medesimo qualche attività sia pure in posizione secondaria o subordinata, e che si possono comprendere sotto la qualificazione generica, ora adottata dallo stesso Codice, di « ausiliari del giudice » (cfr. art. 61 e segg.; art. 68).

ART. 61 E 68.

Dopo aver dato nella parte introduttiva di questo Corso l'idea generale del processo, come di una serie di attività coordinate compiute da uomini, bisogna ora conoscere più da vicino e classificare, secondo la natura delle loro posizioni nel processo, le persone che concorrono al compimento di queste varie attività. Abbiamo più volte paragonato il processo a un dramma: si può qui continuare il paragone, dicendo che, prima di seguirne l'intreccio (cioè prima di descrivere come si svolge il procedimento), bisogna conoscere quali sono i « personaggi » che prendono parte alla vicenda, e qual è il « ruolo » (in senso, si potrebbe dire, teatrale) che a ciascuno di essi è affidato nel dramma giudiziario.

Organi giudiziari, ausiliari, parti.

La classificazione di queste figure o posizioni soggettive si può, fondamentalmente, schematizzare in una tripartizione: *organi giudiziari, ausiliari, parti;* e a questo schema faremo appunto corrispondere tre Titoli della nostra trattazione. Ma giova avvertire fin d'ora che, come assai spesso accade, non sempre il profilo di certi istituti è nella realtà pratica così nettamente ritagliato da poter esser fatto rientrare con esattezza negli schemi della dottrina, la cui importanza è sopra tutto didattica e mnemonica; ci accadrà così di imbatterci in figure che,

mentre per certi loro caratteri potrebbero esser fatte rientrare in uno dei tre gruppi sopra ricordati, per certi altri aspetti sembrerebbero meglio collocabili in un gruppo diverso: questo vedremo accadere, ad esempio, per il pubblico ministero che, per il carattere pubblico delle sue funzioni ha posizione molto vicina a quella degli organi giudiziari, ma per il contenuto di esse è piuttosto da considerarsi sullo stesso piano delle parti (1); lo stesso, per considerazioni analoghe, si può dire dei difensori, che pur essendo in un certo senso ausiliari della giustizia (anzi i più importanti tra gli ausiliari), hanno una posizione a sè che li avvicina necessariamente alle parti.

Il pubblico ministero.

I difensori.

Si deve infine avvertire che numerose disposizioni contenute nei titoli IV e V (« dell'esercizio dell'azione » e « dei poteri del giudice ») sono già state illustrate nella Parte introduttiva, come quelle che codificano principî attinenti alle tre fondamentali nozioni del sistema processuale (giurisdizione, azione, processo); e che le disposizioni del Libro I° attinenti al regolamento di giurisdizione e di competenza (art. 41-50) troveranno adeguata illustrazione nella Parte terza di questo Corso, come quelle che appartengono, piuttosto che alla teoria delle persone, a quella del procedimento.

(1) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 108.

TITOLO PRIMO

GLI ORGANI GIUDIZIARI

§ 66. — Organi ed uffici giudiziari: ordinamento giudiziario e diritto processuale; fonti (1).

Organi giudiziari.

La funzione giurisdizionale, come tutte le funzioni dello Stato, deve necessariamente (poichè lo Stato non esiste nel mondo sensibile se non attraverso gli uomini che agiscono in suo nome) essere affidata a persone fisiche; le quali, in quanto chiamate a esercitare determinate somme di attribuzioni prestabilite dalla legge (*uffici giudiziari*), costituiscono quelli che si dicono gli *organi giurisdizionali* o *giudiziari*. Ufficio giudiziario ed organo giudiziario sono dunque aspetti diversi di uno stesso fenomeno: alla nozione di ufficio giudiziario, come sfera di poteri e doveri oggettivamente prestabilita, corrisponde dal punto di vista soggettivo la nozione di organo giudiziario, come pluralità di persone (funzionari giudiziari) chiamate a ricoprire tale somma di attribuzioni.

Alla formazione degli organi giudiziari presiedono due fondamentali principî, quello della *specializzazione* e quello della *pluralità*.

Principio della specializzazione.

In quanto alla *specializzazione*, già si disse (§ 22) che, nello Stato di diritto, alla tripartizione delle funzioni della sovranità corrisponde approssimativamente la tripartizione degli organi: gli organi ai quali è affidato l'esercizio della giurisdizione sono appositamente costituiti per esercitare soltanto questa funzione, e sono quindi, di regola, soggettivamente separati e distinti da quelli chiamati a esercitare la funzione legislativa e quella amministrativa. In quanto alla *pluralità*, si intende facilmente come le esigenze così varie e numerose della giustizia nello Stato moderno impongano di distribuirne l'amministrazione tra numerosi uffici, ai quali corrispondono, dal punto di vista soggettivo, numerosi organi (2).

---

(1) Rocco (U.), *Il giudice e i suoi ausiliari* (in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, 269 e segg.).

(2) Cfr. Chiovenda, *Istituzioni*, II, n. 154; Carnelutti, *Sistema*, I, n. 198; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 197 e segg.

Questa pluralità di organi specialmente istituiti per esercitare la funzione giurisdizionale appare dunque, nell'ordinamento costituzionale dello Stato, come una branca a sè, costituente la *organizzazione giudiziaria* o *ordinamento giudiziario.*

E' da ricordare a questo punto che le norme giuridiche che regolano la costituzione degli organi giudiziari non sono contenute nel Codice di procedura civile, ma in una legge separata (30 gennaio 1941, n. 12) che si intitola appunto « Ordinamento giudiziario »: espressione che si può intendere dunque in due significati, cioè come il complesso degli organi giudiziari, o come il complesso delle norme che ne regolano la costituzione. In realtà la massima parte di esse, e specialmente quelle che regolano il rapporto di impiego tra lo Stato ed i funzionari giudiziari, appartengono al diritto amministrativo e non al diritto processuale, e non costituiscono quindi materia di questo Corso; ma d'altro lato, poichè il processo non sorge se non in quanto vi sia un organo giudiziario dinanzi al quale possa esser proposta la domanda, e poichè il dovere di esso di provvedere sulla domanda non sorge se non in quanto abbia certi requisiti soggettivi che lo rendano idoneo a giudicar sul merito di essa, anche la osservanza delle norme attinenti alla costituzione dell'organo giudiziario può ripercuotersi sulla regolarità del processo e quindi anche lo studio dell'ordinamento giudiziario entra necessariamente nel diritto processuale attraverso la teoria dei « presupposti processuali » (§ 48). Dovremo dunque in questo titolo prendere in esame sotto il suddetto profilo le norme che regolano l'ordinamento *interno* ed *esterno* degli organi giudiziari, quantunque non comprese nel Codice di procedura civile; e per un'analoga considerazione dovremo prendere in esame, quantunque appartenenti al diritto costituzionale (1), i principî fondamentali sulla costituzione degli organi giudiziari che si trovano nello Statuto del Regno sotto il titolo « dell'ordine giudiziario » (art. 68-73).

Ordinamento giudiziario.

Tra questi principî costituzionali si deve ricordare fin d'ora la norma, costituente una limitazione e una direttiva per lo stesso legislatore, secondo la quale « non si potrà derogare all'organizzazione giudiziaria se non in forza di una legge » (art. 70 dello Statuto: cfr. art. 1 della l. 31 gennaio 1926 n. 100, secondo la quale « debbono in ogni caso esser « stabilite per legge le norme concernenti l'ordinamento giudiziario, la « competenza dei giudici... nonchè le guarentigie dei magistrati »); la importanza di questo principio in relazione alla indipendenza ed alla imparzialità dei giudici, sarà a suo tempo illustrata (cfr. § 69).

Disposizioni dello Statuto sull'ordine giudiziario.

---

(1) Cfr. CRISAFULLI V., *Profili costituzionali del diritto processuale,* in « Stato e Diritto », 1941, 41.

Capitolo Primo

L'ORDINAMENTO INTERNO DEGLI ORGANI GIUDIZIARI

Sommario. — § 67. - Gli organi giudiziari come organi complessi. — § 68. - *A*) L'ufficio giudicante: composizione personale. — § 69. - Nomina e stato giuridico dei funzionari addetti all'ufficio giudicante: garanzie della loro indipendenza e imparzialità. — § 70. - *B*) L'ufficio di cancelleria. — § 71. - *C*) L'ufficiale giudiziario.

Bibliografia essenziale: Chiovenda, *Istituzioni*, II, § 22; Carnelutti, *Istituzioni*, nn. 114-124; Jaeger, *Dir. proc. civile*, nn. 69 e segg.; Rocco (U.), *Il giudice e i suoi ausiliari*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, I, 269 e segg.; Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, pag. 197 e segg.

§ 67. — Gli organi giudiziari come organi complessi.

Organi giudiziari: significato della espressione.

Gli organi ai quali è affidato l'esercizio della giurisdizione sono genericamente denominati dal C.p.c. « organi giudiziari » (cfr. epigrafe del I° titolo). La espressione, adoprata dal Codice precedente, di « autorità giudiziaria », è stata abbandonata, per la sua indeterminatezza (1), dal nuovo Codice, e sostituita da quella di « giudice » (2).

A proposito di queste denominazioni è opportuna qualche avvertenza per evitare le confusioni che potrebbero sorgere in chi le interpretasse in modo troppo aderente alla loro origine etimologica. Abbiamo già notato (§ 20) che mentre, secondo l'etimologia, la parola « giurisdizione » si dovrebbe intendere ristretta alla sola fase di cognizione, che termina colla pronuncia della sentenza (*iuris dictio*), nel linguaggio della legge e della pratica tale parola è ormai adoprata per indicare la funzione nella estensione più vasta, comprendente anche la fase di esecuzione forzata; analogamente bisogna rilevare ora che la denominazione di « organi giudiziari » non deve intendersi ristretta a quei soli

---

(1) Cfr. Redenti, *Profili*, n. 165. L'espressione si trova però conservata nel nuovo C. civile: es. art. 2907.

(2) Si ponga per esempio a raffronto l'art. 35 del C.p.c. 1865 coll'art. 99 del nuovo Codice.

organi ai quali è affidato più specificamente l'ufficio di *giudicare,* ma a tutti gli organi che comunque partecipano, come ora si vedrà, allo esercizio della giurisdizione, anche se con attribuzioni coordinate e complementari che non consistono nel giudicare (in questo senso, ad esempio, anche il cancelliere può esser considerato un organo giudiziario).

Carattere complesso degli organi giudiziari.

Ma la espressione « organo giudiziario » è adoprata dalla legge in un senso più comprensivo e pregnante: nel senso cioè di organo *complesso,* comprendente in sè una pluralità di uffici giudiziari raggruppati, ai quali, nell'interno dell'organo complesso, corrispondono altrettanti organi semplici; l'organo giudiziario, inteso in questo senso più vasto, appare così come un aggregato di organi semplici, tra i quali si trovano ripartite le varie attribuzioni coordinate all'esercizio della funzione giurisdizionale (1).

La tripartizione dell'organo giudiziario complesso in tre organi semplici.

Se ricerchiamo, seguendo il corso di un processo, in quanti modi si può manifestare, nel corso del medesimo, il potere della pubblica autorità che si contrappone all'attività delle parti, ci troviamo di fronte a una quantità di manifestazioni disparate delle quali il provvedimento giurisdizionale costituisce di regola l'epilogo: atto di autorità è, ad esempio, la notificazione della citazione, in cui si esplica un potere di *coercizione* al quale il destinatario non può sottrarsi, perchè anche se egli si rifiuta di ricevere materialmente la copia dell'atto, questa si ha ugualmente per consegnata; atto di autorità è la redazione del verbale di udienza, in cui si esplica un potere di *documentazione,* volto a far fede di quanto è avvenuto; atto di autorità è infine e sopra tutto la pronuncia della sentenza, in cui si esplica il potere di *decisione,* che, nella fase di cognizione, è il potere tipico della giurisdizione (2). Ora si potrebbe pensare astrattamente un ordinamento giudiziario in cui le svariate attribuzioni corrispondenti a questi poteri fossero concentrate in un solo organo semplice (in cui, ad esempio, alla notificazione della citazione o alla redazione dei verbali d'udienza dovesse provvedere da sè lo stesso giudice); ma la legge ha preferito, per intuitive ragioni di convenienza, distinguere la sfera di attribuzioni del giudice che decide, da quella dell'ufficiale giudiziario che esegue le notificazioni e da quella del cancelliere che documenta le attività del processo: ed a questa distinzione di tre sfere di attribuzioni, cioè di tre *uffici giudiziari,* ha fatto corrispondere tre diversi *organi giudiziari,* che agiscono in collaborazione. Questa triade di organi giudiziari *semplici,* aggregati in necessaria collaborazione, costituisce un « organo giudiziario » com-

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, § 22.

(2) Su questi « poteri a servizio della giurisdizione », cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, § 20.

plesso, in quello stesso ampio significato in cui si trova talvolta usata la parola « tribunale » (cfr. art. 71 e 27 dello Statuto), che più precisamente indica invece, come si vedrà, un determinato tipo di organo giudiziario.

L'organo giudiziario, inteso in questo ampio senso, comprende dunque *tre uffici permanenti*:

A) *l'ufficio giudicante* (giudici);

B) *l'ufficio di cancelleria* (cancellieri);

C) *l'ufficio degli ufficiali giudiziari* (ufficiali giudiziari ed uscieri).

Non esiste nell'interno dell'organo giudiziario, come ufficio permanente distinto dall'*ufficio giudicante,* un *ufficio esecutivo,* in cui siano specialmente concentrate le attribuzioni giurisdizionali attinenti alla esecuzione forzata: tali attribuzioni, come si vedrà, si trovano variamente ripartite fra i tre uffici già ricordati.

Posizione del p. m.

Si deve infine avvertire che *presso* gli organi giudiziari più importanti (corti e tribunali: art. 2 Ord. giud.) è istituito un *ufficio del pubblico ministero*: ma questo non si può considerare come un quarto componente dell'organo giudiziario in aggiunta alla triade sopra menzionata, perchè i poteri che esplica il pubblico ministero, quantunque coordinati colla funzione giurisdizionale, sono di natura amministrativa (cfr. oltre, § 121). Infatti il C.p.c. che sotto il tit. 1°, « degli organi giudiziari », tratta anche del cancelliere e dell'ufficiale giudiziario (art. 57-60), dedica un titolo diverso (tit. II) al pubblico ministero, con ciò dimostrando di non considerarlo tra gli organi giudiziari; l'Ord. giudiziario lo comprende però tra le « autorità alle quali è affidata l'amministrazione della giustizia » (capo I), che è evidentemente una espressione più vasta di quella di « organi giudiziari » adoprata dal Codice.

§ 68. — A) L'ufficio giudicante: composizione personale.

a) Ogni ufficio giudiziario, nel momento in cui è in funzione nel processo, si presenta personificato in un determinato funzionario (o in una pluralità di funzionari costituiti in *collegio,* come tra poco si dirà) (1); ma di regola i funzionari addetti amministrativamente ad ogni ufficio sono in numero superiore a quello che occorre per costituire lo organo al momento del suo funzionamento: così, per esempio, mentre l'ufficio giudicante della pretura si personifica, nel momento in cui concretamente esercita la giurisdizione nel processo, in un solo magistrato (pretore), la legge dispone che « la pretura è retta dal pretore titolare » ma vi possono essere addetti « uno o più magistrati in sottordine e

(1) Cfr. Chiovenda, *Istituzioni,* II, pag. 58.

vice pretori onorarî » (Ord. giud., art. 31); lo stesso avviene per il tribunale, al quale possono essere addetti giudici in numero molto maggiore di quelli che occorrono per poter di volta in volta costituire nel concreto processo l'organo giudicante collegiale, che nel processo « giudica col numero invariabile di tre votanti » (Ord. giud., art. 48). Bisogna dunque distinguere la invariabile composizione che deve avere l'organo giudiziario al momento in cui esplica le sue funzioni nel processo (che sola ha rilevanza per il diritto processuale), dalla sua variabile composizione di corpo amministrativo, determinata, secondo le esigenze del servizio, dal cosiddetto « ruolo organico della magistratura » (art. 5 Ord. giud., e tabella F annessa alla stessa legge), che ad ogni ufficio giudiziario assegna un certo numero di funzionari, posti alla dipendenza amministrativa del capo gerarchico (il « titolare » nelle preture; il « presidente del tribunale » nei tribunali; il « primo presidente » nelle corti d'appello e nella corte di cassazione, art. 31, art. 47, art. 55, art. 66 Ord. giud.).

Funzionari addetti a ogni organo giudiziario.

ART. 5, 31, 47, 48, 55, 66. ORD. GIUD.

Alla stessa finalità di adeguare alle esigenze del servizio la composizione del personale degli organi giudiziari risponde la repartizione di essi in più *sezioni* (cfr. art. 35, 46, 54, 66 Ord. giud.), ciascuna delle quali riproduce in sè la costituzione propria dell'organo e rende possibile il contemporaneo esercizio delle funzioni giudiziarie per parte di funzionari tutti appartenenti allo stesso organo, moltiplicando così il rendimento di questo. Se ad esempio un tribunale è diviso in più sezioni (a ciascuna delle quali sarà addetto un numero di giudici sufficienti per farla funzionare), quella personificazione dell'ufficio in un concreto collegio giudicante che avviene in ogni processo potrà contemporaneamente prodursi nelle varie sezioni, in modo da render possibile la contemporanea trattazione di più processi dinanzi *allo stesso tribunale*, perchè in ciascuna sezione lo stesso tribunale si troverà personificato da persone fisiche diverse (1). Vedremo in seguito come ad alcuna tra le varie sezioni in cui si suddivide un organo giudiziario, possano essere assegnate dalla legge speciali attribuzioni (per es. art. 57, 58, 63 Ord. giud.).

Sezioni.

ART. 35, 46, 54, 57, 58, 63, 66. ORD. GIUD.

b) La parte che propone all'organo giudiziario la sua domanda, si rivolge *impersonalmente* all'ufficio: l'atto di citazione, ad esempio (art. 163 C.p.c.) deve contenere « l'indicazione *del tribunale* davanti al quale la domanda è proposta », ma non l'indicazione individuale dei giudici che comporranno il collegio, in cui quel tribunale si personificherà al momento della decisione: e se il tribunale è diviso in più sezioni, anche in questo caso la domanda dev'essere rivolta genericamente al tribunale e non alla sezione, che sarà designata in un momento

ART. 163 C. P. C.

(1) Cfr. su tutto questo, ampiamente, CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 161.

Individuazione della sezione e del giudice.

successivo (art. 173 C.p.c.): sezioni e giudici, fino a che la individuazione per il singolo processo non è avvenuta, sono in questo senso fungibili (1). Una volta avvenuta tale individuazione essa è di regola invariabile per tutta la fase processuale che si svolge dinanzi a quello organo (art. 174 C.p.c. per il giudice istruttore; per il collegio, cfr. art. 114 e 115 D. a.) (2).

ART. 173-174 C. P. C.; ART. 114-115 D. A.

c) L'organo giudicante può essere composto da una sola persona fisica (giudice *unico* o *monocratico*) o da una pluralità di persone fisiche, cooperanti in modo che le loro attività appaiono nel processo come espressione di una volontà unitaria (giudice *collegiale*).

Giudice unico e giudice collegiale.

Nella terminologia della legge la parola « giudice », che talvolta è adoprata nel senso generico di « organo giudiziario » (come organo complesso, comprendente gli uffici già visti: § 67), è per lo più usata nel senso di organo *giudicante,* qualunque sia il numero di persone fisiche che lo compone al momento in cui esercita la giurisdizione: anche il collegio composto di una pluralità di persone fisiche (cioè di più magistrati) è, nel linguaggio del Codice, un « giudice », cioè un ufficio giudicante costituente giuridicamente un'unità (cfr. art. 112 e segg. C.p.c.).

Antica è la polemica tra i fautori del giudice unico e quelli del giudice collegiale (3); i primi lodano nel giudice unico la semplicità e rapidità di informazione e di decisione, non raggiungibile quando la sentenza deve essere il risultato spesso faticoso di una osservazione e di una deliberazione collegiale, e il maggior senso di responsabilità che tien desta la coscienza del giudice unico e ne acuisce l'attenzione, mentre, quando il peso della decisione è repartito fra i componenti di un collegio, ciascuno di essi è portato a lasciar fare agli altri e a risparmiare le proprie forze; i secondi lodano nella collegialità la garanzia di imparzialità derivante dal controllo che i componenti esercitano reciprocamente l'uno sull'altro, e la maggior ponderazione delle deliberazioni alle quali ciascuno porta il contributo delle proprie qualità personali, che servono di integrazione e insieme di freno alle diverse qualità degli altri componenti. La questione, com'è facile intendere, non è di quelle che comportino una soluzione unica per tutti i tempi e per tutti i luoghi: anche l'ordinamento giudiziario è il portato di condizioni storiche

---

(1) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 214.

(2) Il reg. gen. giudiziario del 14 dicembre 1865, n. 2641, stabiliva altresì all'art. 213 la invariabilità della sezione: la disposizione non è stata riprodotta nelle D. a., ma è implicita nelle norme concernenti il giudice istruttore ed il collegio; cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 60.

(3) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 155, *b*); CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 213, e *Istituzioni*, n. 119; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 206 e segg., n. 13.

concrete, e tra i fattori che possono contribuire a dar la preferenza al collegio deve avere la sua importanza anche la opinione popolare, la quale, inspirandosi al detto proverbiale che « vedono più quattro occhi che due », ha sempre manifestato maggior fiducia nella giustizia resa da organi giudiziari composti di più persone, mentre considera il giudice unico più esposto all'errore ed alla parzialità.

Nell'ordinamento giudiziario italiano, anche prima della riforma processuale, la questione aveva ricevuto una soluzione eclettica: si era adottato cioè un sistema *misto,* in cui il giudice unico era messo a profitto nella formazione degli organi giudiziari inferiori (conciliatori e pretori), mentre la formazione collegiale era riservata agli organi giudiziari superiori, a partire dai tribunali in su (tribunali, corti d'appello, corti di cassazione). Durante i lavori preparatorî della riforma, la polemica tra i fautori del giudice unico e quelli del giudice collegiale si riaccese a proposito della composizione dei tribunali: l'occasione fu offerta dal progetto Solmi (§ 3), il quale, partendo dall'idea che il giudice unico si prestasse meglio di quello collegiale alla attuazione della oralità nel procedimento, aveva riesumato la proposta (che già nel 1912 ebbe un breve e non felice esperimento: cfr. § 3) di abolire anche nei tribunali la formazione collegiale, riservandola soltanto alle corti superiori. Ma il progetto non ebbe su questo punto buona accoglienza; e la conservazione del collegio nei tribunali fu una delle premesse colle quali il ministro Grandi iniziò e portò a compimento la sua riforma.

Sistema misto, adottato dal C. p. c.

La posizione assunta in proposito dal nuovo Codice è chiaramente illustrata dalla relazione Grandi (n. 20): « ... Per parte mia ritengo che, come avviene in tutte le istituzioni umane, tanto il sistema del giudice collegiale quanto il sistema del giudice unico abbiano ciascuno proprie virtù e proprie deficienze, che poi si traducono in una fondamentale diversità di attitudini e di funzione; sicchè ottimo ordinamento processuale sarà quello in cui si trovino combinati i pregi dei due sistemi messi a profitto insieme, non per escludersi, ma per integrarsi a vicenda ».

Questa combinazione dei due sistemi è stata attuata dal nuovo Codice senza uscire dalla tradizione: « per tutte queste considerazioni mi sono convinto che, se nelle cause di minor valore sono sopra tutto apprezzabili i vantaggi di semplicità e rapidità inerenti al giudice unico... nelle cause di maggiore importanza riservate ai tribunali non sarebbe conveniente rinunciare a quella suprema garanzia di giustizia che è, per tradizionale consenso di popolo, la collegialità ». Ma tuttavia il nuovo Codice, pur mantenendo il sistema misto nei modi in cui esso era attuato dalla legislazione precedente, ha fatto anche dinanzi ai tribunali un ulteriore passo verso un più adeguato sfruttamento del

giudice unico, in quanto ha conservato la formazione collegiale del tribunale nel momento in cui decide, ma ha affidato la fase preparatoria ed istruttoria della causa al *giudice istruttore,* che è un organo costituito sempre da una sola persona fisica: e questa, come sappiamo già, è una tra le più originali innovazioni della riforma (cfr. § 54) (1).

Formazione della volontà del collegio.

Affinchè l'organo giudicante collegiale possa funzionare come corpo unitario, occorrono appositi espedienti processuali volti a far apparire come fuse in una volontà unica le volontà delle varie persone fisiche che compongono il collegio: sotto la direzione del presidente, i varî componenti procedono a votazione, e « la decisione è presa a maggioranza dei voti » (art. 276 C.p.c.): così la volontà della maggioranza dei componenti appare, giuridicamente, come la volontà del collegio. Proprio allo scopo di render possibile la formazione di una maggioranza, il numero dei componenti il collegio giudicante è sempre *dispari*: tre nei tribunali (art. 48 Ord. giud.), cinque nelle corti d'appello (art. 56 Ord. giud.), sette nella corte di cassazione (quindici a sezioni unite: art. 67 Ord. giud.). E' sparito dal nuovo ordinamento giudiziario l'unico caso di collegio giudicante costituito da un numero pari di membri (la corte d'appello nelle cause penali, che, per l'art. 43 dell'Ord. precedente, giudicava col numero di quattro votanti: *in dubio pro reo,* art. 473 C.p.p.).

ART. 276 C. P. C.; ART. 48, 56, 67. ORD. GIUD.

Collegi omogenei ed eterogenei.

La composizione del collegio può essere *omogenea* o *eterogenea*: secondochè le qualità in vista delle quali sono scelti i componenti siano uguali per tutti, ovvero diverse per alcuni di essi. La composizione omogenea è la regola: i magistrati che compongono i tribunali e le corti sono tutti scelti come giuristi. Ma vi sono anche nel nuovo ordinamento giudiziario diversi esempi di collegi eterogenei: in materia penale la corte d'assise che è composta di due magistrati giuristi e di cinque assessori non giuristi (art. 61 Ord. giud.); in materia civile la magistratura del lavoro che, quando giudica nelle controversie collettive, è composta di tre magistrati giuristi e di due *esperti* (art. 63 Ord. giud.; e art. 14 l. 3 aprile 1926, n. 563, che parla di « cittadini esperti nei problemi della produzione e del lavoro ») (2); il tribunale regionale delle acque pubbliche, composto di due magistrati giuristi e di un funzionario tecnico del genio civile; il tribunale per i minorenni (che, come si vedrà, ha anche funzioni civili) composto di due magistrati giuristi e di un esperto (art. 50 Ord. giud.), e la sezione per i minorenni della corte di appello (art. 58 Ord. giud.).

ART. 61 E 63. ORD. GIUD.

ART. 50 E 58. ORD. GIUD.

---

(1) Cfr. sulla repartizione di funzioni tra collegio e giudice unico nel nuovo processo, CALAMANDREI, *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile* (Firenze, 1941).

(2) Cfr. art. 4-12 D. a.

Non si deve confondere il caso del collegio eterogeneo, nel quale i varî componenti, quantunque scelti con criteri diversi, partecipano in posizione di parità alla votazione della sentenza, col caso del *collegio omogeneo assistito da consulenti tecnici* (cfr. oltre, § 102) che non fanno parte del collegio e non concorrono col loro voto alla deliberazione. E neanche si deve confondere l'organo giudicante collegiale (omogeneo o eterogeneo), la cui decisione appare come atto unico in cui le volontà dei singoli componenti si trovano fuse e come volontà individuali rimangono esteriormente irrilevanti, coll'*organo giudicante complesso,* nel quale il potere di cognizione è repartito tra organi diversi, ciascuno dei quali concorre esternamente, colla propria manifestazione di volontà giuridicamente rilevante, alla formazione della decisione (sentenza *soggettivamente complessa*) (1); tale era nel processo penale la figura della corte d'assise, come era costituita prima della riforma del 1935 (t. u. approvato con r. decr. 4 ottobre 1935, n. 1899), quando la questione di fatto era decisa dalla giuria che pronunciava il verdetto, e la questione di diritto era decisa dal presidente che applicava la legge penale al fatto accertato dai giurati; ed in un certo senso si potrebbero oggi considerare come organi giudicanti complessi anche i tribunali e le corti, nei quali i poteri di cognizione sono repartiti, in fasi diverse, tra il giudice istruttore ed il collegio.

Collegio con assistenza di consulenti.

Organo giudicante complesso.

d) Tra i componenti dell'organo giudicante la legge distingue diverse figure, alle quali corrispondono speciali attribuzioni (2); tali sono (limitandoci a quelle che hanno importanza nel processo civile, e riservandoci di illustrare le loro attribuzioni nei luoghi opportuni):

Repartizione di funzioni nell'interno dell'organo giudicante.

il *presidente dell'organo giudiziario,* che ne è sotto l'aspetto amministrativo il capo gerarchico, ma che ha speciali attribuzioni anche nel processo (per es. art. 172, 273, 274, 340, 374, 484, ecc.);

il *presidente della sezione* (per es. art. 173 comma 3°);

il *presidente del collegio* (per es. art. 127, art. 276);

il *giudice istruttore* (art. 172 e segg.; cfr. § 54);

il *giudice* (*pretore*) *delegato* ad assumere le prove fuori della circoscrizione del tribunale (art. 203);

ART. 127, 172, 173 ECC.

il *giudice relatore* (art. 276);

il *giudice estensore della sentenza* (art. 276);

il *giudice dell'esecuzione* (art. 484);

il *giudice delegato al fallimento* (art. 25 e segg. r. decr. 16 marzo 1942, n. 267; nel caso previsto dall'art. 156 le funzioni di giudice delegato possono essere attribuite al pretore).

---

(1) Cfr. CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa* (in *Studi,* II, pag. 211 e segg.); ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, pag. 211.

(2) CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, pag. 59-60; CARNELUTTI, *Istituzioni,* n. 161.

Speciali attribuzioni di giurisdizione volontaria ha presso le preture il *giudice tutelare* (art. 33 Ord. giud.; art. 344 C.c.; art. 43 e segg. delle Disp. per l'attuazione del C. c.), e presso i tribunali il *giudice del registro* (giudice delegato alla vigilanza sul registro delle imprese: art. 2188 e segg. C. c.). Il *giudice di sorveglianza* (art. 45 Ord. giud.; anche quello presso il tribunale dei minorenni, art. 51 Ord. giud.) ha attribuzioni soltanto di carattere penale.

ART. 33. ORD. GIUD.

§ 69. — NOMINA E STATO GIURIDICO DEI FUNZIONARI ADDETTI ALL'UFFICIO GIUDICANTE: GARANZIE DELLA LORO INDIPENDENZA E IMPARZIALITÁ (1).

I funzionari addetti agli uffici giudiziari costituiscono, nel loro complesso, uno speciale ramo dei pubblici funzionari che si denomina « ordine giudiziario » (art. 4 Ord. giud.) o « magistratura »: ad esso appartengono i magistrati (denominazione che comprende i funzionari addetti agli uffici giudicanti, ossia i *giudici* in senso stretto, e i funzionari addetti al pubblico ministero: detti anche rispettivamente « magistratura giudicante » e « magistratura requirente », cfr. art. 19 Ord. giud.) ed il « personale delle cancellerie e segreterie giudiziarie ». Gli ufficiali giudiziari sono considerati dalla legge come « ausiliari dell'ordine giudiziario ».

La Magistratura. ART. 4, 19, ORD. GIUD.

I funzionari degli uffici giudicanti sono, di regola, assunti dallo Stato alla propria dipendenza e stipendiati per esercitare permanentemente i loro uffici; solo per alcune categorie di essi, che pur rivestono, al momento in cui sono in funzione, la qualità di pubblici funzionari, lo ufficio è temporaneo e non retribuito con uno stipendio fisso (i cosiddetti *magistrati onorari*, cioè « i giudici conciliatori, i vice conciliatori, i vice pretori e gli esperti del tribunale e della sezione di corte d'appello per i minorenni ed, inoltre, gli assessori della corte di assise e gli esperti della magistratura del lavoro nell'esercizio delle loro funzioni giudiziarie »: art. 4 cpv. Ord. giud.). Tutti gli altri (giudici di ogni grado delle preture, dei tribunali e delle corti, e magistrati del pubblico ministero) si trovano dunque nella condizione di *impiegati* dello Stato, costituiti, come si dice, in « carriera giudiziaria » (2).

Carriera giudiziaria. ART. 4. ORD. GIUD.

Il rapporto di impiego, in cui si trovano collo Stato i funzionari, appartiene al diritto amministrativo, non al diritto processuale; e lo studio del medesimo non rientra in questo Corso. Ma alcuni aspetti di questo rapporto d'impiego hanno tuttavia particolare interesse anche per il

---

(1) Cfr. ROCCO U., scritto cit., nn. 8 e segg.; e più in generale CALAMANDREI, *Governo e magistratura* (in *Studi*, II, pag. 1 e segg.).

(2) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pag. 60; ROCCO U., scritto cit., n. 8.

processo, perchè il modo di scelta e di nomina dei magistrati, e certe speciali garanzie del loro stato giuridico, che li differenziano da tutti gli altri pubblici impiegati, sono da mettersi in relazione proprio con le fondamentali esigenze della funzione giurisdizionale nel sistema della legalità. Mette conto pertanto di soffermarsi a considerare questi speciali caratteri dello stato giuridico dei magistrati, perchè con essi la costituzione degli organi viene ad essere la miglior conferma dei fini inconfondibili della funzione.

Scelta dei giudici: giudici giuristi e giudici laici.

a) Col sistema della legalità (§ 9) è in stretta connessione il principio fondamentale del nostro ordinamento giudiziario, secondo il quale i giudici sono, di regola, scelti nella categoria professionale dei *giuristi*. Se lo scopo istituzionale della funzione giurisdizionale è, nel sistema della legalità, quello di applicare ai casi concreti le norme già formulate dal legislatore, il giudice dev'essere prima di tutto versato in quella scienza giuridica che serve appunto a interpretare le leggi e a trovare in esse la decisione del caso singolo; al contrario, in un ordinamento in cui l'ufficio del giudice consistesse nel *creare* il diritto caso per caso, si dovrebbe pregiare nei giudici, più che la specializzazione scientifica, il buon senso desunto dalla diretta esperienza degli affari, la personale partecipazione a quei rapporti sociali che costituiscono la materia dei giudizi, e, si potrebbe dire, il *senso politico* (cfr. § 9).

Al dilemma « giurisdizione *di diritto o* giurisdizione *di equità* » nel campo della funzione, corrisponde, nel campo della composizione degli organi, il dilemma « giudice *giurista* o giudice *laico* »: intendendosi per *giurista* il giudice professionalmente specializzato negli studi giuridici, e per *laico* (o, come anche si dice, *tecnico*) il giudice sfornito di una cultura giuridica specializzata e tratto da categorie professionali diverse da quella dei giuristi. Negli ordinamenti giudiziari moderni queste due esigenze sono per lo più contemperate (prevale nella scelta dei giudici il criterio della specializzazione giuridica, ma nella formazione di certi organi giudiziari accanto ai giuristi si può avere una partecipazione di giudici laici o tecnici); così avviene in Italia, dove i giudici di ogni grado (delle preture, dei tribunali e delle corti) ed i magistrati del pubblico ministero sono giuristi, mentre sono laici i magistrati onorari (eccettuati i vice pretori onorari, che devono essere anch'essi laureati in giurisprudenza, art. 32 Ord. giud.), cioè i conciliatori e vice conciliatori, gli esperti del tribunale e della sezione di corte d'appello per i minorenni, gli assessori della corte d'assise e gli esperti della magistratura del lavoro (art. 4 Ord. giud.).

ART. 32, 4, ORD. GIUD.

Il diverso criterio di scelta porta come naturale conseguenza a un diverso modo di nomina, e a un diverso stato giuridico. Per i magistrati giuristi, nei quali è richiesta una cultura giuridica che non può esser raggiunta che attraverso una specializzazione di studi, l'esercizio delle

funzioni giurisdizionali costituisce un impiego retribuito che assorbe tutta la loro attività e può durare tutta la vita come unica occupazione professionale; e di conseguenza il modo della loro nomina deve mirare sopra tutto a garantire mediante un controllo tecnico che essi posseggano la preparazione specializzata propria dei giuristi. I magistrati laici, invece, esercitano le funzioni giurisdizionali non come impiego permanente, ma come incarico temporaneo e gratuito; e la loro scelta può avvenire in base a criteri selettivi più politici che culturali (così avviene nei paesi dove è in vigore il sistema della nomina elettiva dei giudici: tipico il sistema oggi vigente in Russia, dove ai larghi poteri creativi dati ai giudici corrisponde il carattere della loro nomina, ch'è essenzialmente di partito).

Nomina dei magistrati. ART. 68 ST. ART. 6. ORD. GIUD.

Nell'ordinamento giudiziario italiano la nomina dei magistrati giuristi è fatta per decreto reale, secondo il principio consacrato nello Statuto: « La giustizia emana dal re ed è amministrata in suo nome dai « giudici ch'egli istituisce » (art. 68: cfr. art. 6 Ord. giud.). Ma questa formula non deve far pensare ad una scelta politica demandata al sovrano come capo del potere esecutivo: in realtà nell'art. 68 dello Statuto il re è menzionato soltanto come capo dello Stato, per affermare la *statualità della funzione giurisdizionale*, cioè per fare intendere che la giurisdizione è funzione essenzialmente pubblica, esercitata in maniera esclusiva dagli organi giudiziari *dello Stato* (1), e non già per affermare una qualsiasi dipendenza della giustizia dal potere esecutivo (non diverso è il significato della intitolazione delle sentenze al nome del sovrano: art. 132 C.p.c.). La nomina per decreto reale non è che la conseguenza necessaria di accertamenti, compiuti da organi tecnici, della preparazione teorico-pratica degli aspiranti. Per entrare in magistratura occorre infatti superare un concorso per esame (per essere ammessi al quale sono richiesti diversi requisiti (2), tra i quali la laurea in giurisprudenza: art. 124 Ord. giud.) che comprende varie prove scritte ed orali su materie giuridiche: chi supera questo concorso è nominato prima, per decreto ministeriale, *uditore giudiziario*, e solo dopo un periodo di tirocinio e dopo un nuovo esame pratico è nominato, per decreto reale *aggiunto giudiziario* e poi, dopo tre anni, promosso al grado di *giudice* (art. 123, 127, 129, 133, 138, 139 Ord. giud.). Accanto a questa nomina

ART. 132 C. P. C.

ART. 123, 124 ECC. ORD. GIUD.

---

(1) Al principio della *statualità* della funzione giurisdizionale non contraddicono nè l'istituto dell'arbitrato (§ 104) nè la efficacia riconosciuta in certi casi, entro il territorio dello Stato, alla giurisdizione straniera (§ 83) o a quella ecclesiastica (§ 82); in tutti questi casi, infatti, il lodo arbitrale e la sentenza straniera o ecclesiastica non acquistano efficacia giuridica se non attraverso il riconoscimento di un organo giurisdizionale dello Stato.

(2) Specificati dall'art. 8 Ord. giud.: cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 221.

per concorso, che è il modo normale, si possono avere ammissioni straordinarie nella magistratura delle corti, di avvocati o professori di materie giuridiche nelle Università « in considerazione di meriti emi- « nenti nel campo del diritto e della pratica giudiziaria » (art. 122).

Requisito fondamentale per l'ammissione in magistratura è dunque la cultura giuridica dimostrata attraverso accertamenti compiuti da organi tecnici, non politici (commissioni di concorso); ed anche il sistema delle promozioni, attraverso il quale i magistrati possono salire i varî gradi della gerarchia giudiziaria (art. 118 Ord. giud.), è ordinato in modo da dar la prevalenza al « merito », cioè alle qualità intellettuali e morali, di carattere teorico-pratico, che formano il giurista.

Doveri dei magistrati. ART. 9. ORD. GIUD.

b) Nel sistema della legalità tutti i doveri del giudice si riassumono nell'imperativo: *iudex, iudica secundum ius.* Anche nella formula del giuramento che i magistrati debbono prestare nell'assumere le loro funzioni (art. 9 Ord. giud.) è consacrata la solenne promessa di « osservare lealmente lo Statuto e le altre leggi dello Stato » (1).

Non possiamo qui, per le ragioni già dette, passare in rassegna specifica i doveri e i diritti inerenti al rapporto di impiego nel quale i magistrati si trovano collo Stato; ma non si può tacere che la loro condizione giuridica si differenzia da quella di tutti gli altri impiegati pubblici, perchè lo Statuto del Regno e l'ordinamento giudiziario assicurano ai magistrati giudicanti (non, come si vedrà, a quelli del pubblico ministero) speciali garanzie non concesse ai funzionari di altri ordini, le quali sono preordinate a mettere i giudici in grado di adempiere praticamente a quel dovere supremo di osservare e fare osservare la legge, che nel sistema della legalità costituisce la sostanza stessa della funzione giurisdizionale. Tali prerogative, alle quali si allude colla espressione comprensiva di « *indipendenza della magistratura* », si possono riassumere in questo fondamentale principio: che *il vincolo di subordinazione gerarchica, che pone tutti gli impiegati pubblici alla dipendenza dei loro superiori, non ha valore per i magistrati giudicanti al momento in cui esercitano le loro funzioni.*

Indipendenza della magistratura.

Con questo non si vuol dire che manchi nell'ordine giudiziario una gerarchia di organi e di uffici simile a quella che esiste in tutti i rami della pubblica amministrazione: anche i magistrati sono alla dipendenza dei loro capi, dei quali sono tenuti ad eseguire gli ordini di servizio di carattere amministrativo, e sono sottoposti ai poteri di sorveglianza gerarchica, che culminano nel ministro di grazia e giustizia (art. 228 e segg. Ord. giud.), ed alle conseguenti sanzioni disciplinari (art. 232

ART. 228, ART. 232. ORD. GIUD.

(1) Sui doveri morali del giudice, cfr. PASQUARIELLO, *La magistratura* (Roma, Studium, 1942).

e segg.). Indipendenza dei magistrati giudicanti non significa dunque che essi possano impunemente mancare ai loro doveri o rifiutarsi di eseguire gli ordini che ad essi rivolge, nell'esercizio dei suoi poteri, il loro superiore gerarchico (se il presidente del tribunale nomina il giudice istruttore ai sensi dell'art. 173 C.p.c., non potrebbe il magistrato a ciò designato rifiutarsi di assumere tale ufficio sotto il pretesto della propria indipendenza: nè potrebbero, per lo stesso motivo, rifiutarsi di andare in camera di consiglio i giudici che il presidente convoca per deliberare la sentenza ai sensi dell'art. 276 C.p.c.); significa soltanto che *nel momento di render giustizia,* cioè nel momento di applicare il diritto al fatto controverso, il giudice non è tenuto ad obbedire ad altri che alla legge ed alla propria coscienza, senza ricevere ordini da chicchessia, anche se questi provenissero dal superiore gerarchico e perfino dal più alto di essi che è il ministro della giustizia; le istruzioni del superiore gerarchico, anche date in forma di circolari aventi portata generale, sulla interpretazione da dare a una legge, non avrebbero nei confronti del giudice alcun valore obbligatorio (cfr. oltre, § 84), in quanto il dovere amministrativo di obbedire al superiore gerarchico sarebbe annullato dal dovere costituzionale di obbedire alla legge interpretata dal giudice secondo la sua coscienza. Tutti i giudici, dal più modesto conciliatore al più alto magistrato della cassazione, pur essendo posti agli effetti amministrativi su diversi gradi gerarchici, hanno la stessa dignità al momento in cui giudicano nei limiti della loro competenza: in quel momento, nonostante la gerarchia, al di sopra di loro non c'è che la legge, che la loro coscienza deve intendere direttamente, senza suggerimenti di intermediari; ogni inframmettenza che si tenti in questo momento costituisce una offesa alla giustizia altrettanto grave per chi la compie e per chi la subisce. La indipendenza dei giudici, così intesa, non è in alcun modo, come alcuno ha sostenuto, un principio proprio degli Stati liberali (nella costituzione tedesca di Weimar del 1919, all'art. 102, tale principio si trova così formulato: « Il potere giudiziario è esercitato per mezzo di tribunali indipendenti, subordinati soltanto alla legge »), ma è un principio fondamentale dello Stato di diritto e una conseguenza inseparabile del sistema della legalità (1).

Prerogative e disciplina della magistratura.

Ad assicurare in modo pratico la indipendenza dei magistrati giudicanti contro ogni ingerenza volta a turbare il normale svolgimento della funzione giurisdizionale mirano le disposizioni che il nuovo Ordinamento giudiziario, art. 217-227, denomina « prerogative della magistratura » (la denominazione tradizionale era quella di « guarentigie

(1) L'inamovibilità dei magistrati c'era già, in Francia, sotto l'*ancien régime*: cfr. TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la Révolution,* cap. XI.

della magistratura ») integrate dalle norme sulla « disciplina della magistratura » (art. 228-254 Ord. giud.) (1). Poichè in questi ultimi anni non è mancato chi ha voluto considerare queste prerogative come un residuo di concezioni costituzionali ormai superate (2), riteniamo opportuno riportare qui le parole con cui il ministro GRANDI, nella relazione al progetto di Ordinamento giudiziario che è poi diventato la legge vigente, ha riaffermato la necessità di mantenere intatto anche nello ordinamento attuale il principio della indipendenza della magistratura: « Guarentigie e disciplina della magistratura costituiscono tradizionalmente due aspetti, due ordini di considerazioni interdipendenti, che attengono ad un concetto unico, fondamentale, universalmente accettato da tutti gli Stati politicamente bene organizzati: l'indipendenza della funzione giurisdizionale ... La necessità di assicurare alla magistratura, concepita quale depositaria di uno dei più delicati attributi della sovranità dello Stato, un *ius singulare* tanto per il suo ordinamento quanto per l'esercizio delle sue funzioni, è stata ed è concordemente ammessa da tutte le legislazioni, non nell'interesse dell'organo, nè tanto meno dei singoli componenti, e neppure sotto l'aspetto di un auto-governo, che sarebbe in antitesi col principio unitario della concezione dello Stato, come supremo regolatore di ogni attività sociale e dell'ordine giudiziario. Di *ius singulare* può parlarsi, invece, soltanto nel senso di un particolare ordinamento ispirato all'interesse generale della retta interpretazione della giustizia, che esige una particolare garanzia per l'organo chiamato ad attuarla, in modo che esso non solo sia esente da ogni indebita ingerenza e da ogni estranea preoccupazione, ma abbia altresì la sicurezza che, qualora non se ne renda indegno od altrimenti immeritevole, nessun'altra autorità abbia potere di sottrarlo alle sue funzioni o di impedirgliene o limitargliene l'esercizio. Ulteriore sviluppo di tale concetto è la parallela necessità che tutti i casi di indegnità (infrazioni disciplinari in senso lato) o di incapacità (età, malattia) o di incompatibilità (particolari situazioni di ufficio o di ambiente) siano legislativamente preveduti ed obbiettivamente accertati ».

ART. 217, 254. ORD. GIUD.

---

(1) In materia è fondamentale la legge sulle guarentigie e disciplina della magistratura del 24 luglio 1908, n. 438, che fu opera del guardasigilli VITTORIO EMANUELE ORLANDO (in parte rifusa nell'attuale Ordinamento giudiziario): cfr. dello stesso ORLANDO il discorso pronunziato al Senato il 25 giugno 1908, in *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica* (Milano, 1940) pag. 123 e segg.

(2) Questa opinione fu espressa dal guardasigilli DE FRANCISCI nel suo discorso del 3 marzo 1933 alla Camera dei deputati, nel quale il principio della inamovibilità di sede fu definito « un pregiudizio di marca liberaloide, anacronistico e pericoloso ».

Inamovibilità della magistratura. ART. 69 ST.; ART. 217. ORD. GIUD.

La più importante tra le guarentigie della magistratura (anzi, si può dire, quella in cui tutte le altre si riassumono) è l'*inamovibilità* dei magistrati giudicanti (non di quelli appartenenti al p. m.) che lo Statuto del Regno (art. 69) considera come un principio di ordine costituzionale. La portata di questa guarentigia è così delimitata nell'art. 217 del nuovo Ord. giud.: « I magistrati giudicanti che hanno conseguito il grado di « giudice o di pretore, e ne hanno esercitato per tre anni le funzioni, « sono inamovibili. I magistrati inamovibili non possono esser privati « delle funzioni o dello stipendio, nè, senza il loro consenso, essere collo- « cati in disponibilità, in aspettativa o a riposo, oppure essere destinati « ad altre funzioni o tramutati in altra sede, tranne che nei casi previsti « dalla legge e secondo le forme dalla medesima prescritte ». L'inamovibilità per i magistrati giudicanti che abbiano raggiunto l'anzianità di tre anni comprende dunque non soltanto il diritto a conservare lo ufficio, ma altresì il diritto a conservare la sede; non già nel senso che, raggiunta quella anzianità, essi non possano più in nessun caso esser rimossi o tramutati, ma nel senso che essi possono esserlo solo nei casi previsti dalla legge e attraverso quei procedimenti che la legge prescrive. E' escluso in questo modo che la carriera dei magistrati giudicanti possa trovarsi alla mercè del potere discrezionale dei superiori gerarchici: e allo stesso scopo si ispirano le disposizioni relative alla disciplina della magistratura (art. 228 e segg. Ord. giud.) ed anche quelle che (entro certi limiti) mirano a regolare secondo criteri di legalità fissati in anticipo le precedenze nelle assegnazioni alle nuove sedi per tramutamento volontario o per promozione (art. 190 e segg. Ord. giud.).

E' facile intendere come tutte queste disposizioni contribuiscano a garantire in pratica il rispetto della indipendenza dei giudici: se il superiore gerarchico potesse disporre discrezionalmente della sorte dei magistrati, potrebbe darsi che il giudice, quantunque libero in teoria di decidere le cause secondo la sua coscienza, non osasse sottrarsi in pratica alle ingerenze dei superiori, quando temesse che dal resistere ad esse potesse venirgli un danno nella sua carriera o sperasse che dal mostrarsi ossequiente potesse venirgli un vantaggio. Per garantire che la indipendenza della magistratura di fronte alle inframmettenze di ordine politico non diventi una vuota parola, bisogna dunque che lo ordinamento giudiziario ponga i magistrati in una tale situazione giuridica da eliminare dal loro spirito, nel momento in cui esercitano la loro augusta funzione, ogni timore ed ogni speranza: a questo dovrebbero mirare (ma non si può dire che la perfezione sia stata raggiunta) le disposizioni del nuovo Ord. giudiziario che finora abbiamo ricordate.

ART. 70 ST.

Si ricordi poi che allo stesso scopo di garantire la indipendenza

della magistratura contro ogni ingerenza politica, è posto nello Statuto il principio costituzionale che vieta al potere esecutivo di modificare l'organizzazione giudiziaria mediante decreto (art. 70: cfr. retro, § 66 in fine).

Garanzie di imparzialità.

c) La speciale posizione giuridica dei magistrati non può essere intesa a pieno, se non si tengono presenti le numerose disposizioni indirizzate a mantenere in essi quella che costituisce, per così dire, la loro virtù professionale: la *imparzialità*. Convergono a tale scopo varie norme attinenti alla struttura del processo, come quelle che, nettamente separando l'azione dalla giurisdizione, mirano a mantenere il giudice in posizione di indifferenza iniziale tra le parti (§ 31); o quelle che, vietando al giudice le informazioni stragiudiziali ed esigendo che tutto il dibattimento si svolga sotto il controllo del contraddittorio, mirano ad assicurare l'uguaglianza delle parti nel giudizio (§ 62); ma non bisogna dimenticare quelle altre disposizioni dell'Ordinamento giudiziario o del Codice di procedura civile che mirano a liberare il giudice nel momento in cui esercita il suo ufficio da ogni preoccupazione di ordine personale che possa turbare la sua serenità, comunque mescolando altri interessi a quello della giustizia al quale solo egli deve ispirarsi. Tali sono le norme relative alle *incompatibilità* (art. 16-19 Ord. giud.) (1); tali sono soprattutto le norme sulla *astensione* e sulla *ricusazione* dei giudici (art. 51-54 C.p.c.) (2), in forza delle quali il magistrato giudicante (anche se magistrato onorario) che nella causa a lui assegnata si trovi ad avere, direttamente o indirettamente, un interesse personale in relazione all'oggetto della medesima o alle persone che vi partecipano (secondo le varie ipotesi che la legge specificamente configura, art. 51), ha l'obbligo di astenersi dal suo ufficio; e negli stessi casi ciascuna delle parti può ricusarlo (art. 52) (3).

Incompatibilità. ART. 16-19. ORD. GIUD.

Astensione e ricusazione. ART. 51-54 C. P. C.

---

(1) Cfr. anche le specifiche disposizioni degli artt. 8, 9, 10 della legge 24 luglio 1908 n. 438, sui quali CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pag. 62.

(2) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, § 31; CARNELUTTI, *Istituzioni*, nn. 121-124; ROCCO U., scritto cit., nn. 9-11; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 286-288.

(3) I casi nei quali il giudice deve astenersi e può essere ricusato sono i seguenti: « 1°) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto; 2°) se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è 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 deposto 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 è tutore, curatore, procuratore, agente o datore

Garanzia del giudice naturale. ART. 71 ST.

Ad assicurare la imparzialità dei giudici mira anche quella fondamentale garanzia di ordine costituzionale che tradizionalmente si denomina del *giudice naturale,* secondo la espressione adoprata dall'art. 71 dello Statuto: « niuno può esser distolto dai suoi giudici naturali. Non « potranno perciò essere creati tribunali o commissioni straordinari ». Per giudice « naturale », in contrapposto a quei « tribunali o commissioni straordinarie » tristamente celebri sotto i regimi assolutistici, che erano creati volta per volta con persone di fiducia del governo per condannare con una parvenza di giudizio gli imputati di reati politici, si intende l'organo giudiziario *precostituito,* cioè l'organo giudicante che preesiste alla causa da giudicare, e i cui componenti sono stati scelti in base a criteri astratti e generali, prima che si potesse prevedere quali sarebbero state in concreto le cause che sarebbero state sottoposte al loro giudizio (1). Se poi si mette in relazione questo art. 71 dello Statuto coll'art. 70 che vieta di derogare all'organizzazione giudiziaria con un decreto del potere esecutivo invece che con una legge, si intende che il « giudice naturale » è, nello Stato di diritto, l'organo giudiziario la cui costituzione e la cui competenza sono state determinate *per legge* prima che sia sorta la causa da decidere: la quale, dunque, al momento in cui sorge, trova già, nell'ordinamento giudiziario, il proprio giudice.

Non c'è bisogno di lungo ragionamento per intendere la importanza che questa garanzia ha per il retto funzionamento della giustizia, che poi vuol dire altresì per la difesa della libertà giuridica dei cittadini. Il « giudice naturale » costituisce una necessaria integrazione della irretroattività della legge (Disp. gen. art. 11): come nel campo sostanziale « la legge non dispone che per l'avvenire », in vista di tutta una serie indefinita di casi considerati come possibili ma non ancora avvenuti, così nel campo processuale la scelta dei giudici e i limiti della loro competenza debbono essere stabiliti « per l'avvenire », cioè non in vista di una o più controversie già sorte, ma di quelle, in numero indeterminato, che potranno sorgere in seguito. Così la garanzia del « giudice naturale » è inseparabile dal sistema della legalità: il principio dell'astrattezza delle leggi, che assicura ai cittadini la certezza del diritto

---

di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di una associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa ». Anche all'infuori di questi casi, il giudice può chiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi « in ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza » (art. 52 C.p.c.).

(1) Anche nel caso dei cosiddetti arbitrati obbligatori (§ 104) l'organo giudicante è costituito per decidere una sola controversia; ma la nomina dei suoi componenti è fatta in base a criteri di scelta precostituiti al sorgere della causa.

e la possibilità di conoscere in ogni momento i limiti della propria libertà, non avrebbe praticamente alcun senso, se non fosse accompagnato da questa parallela astrattezza dell'ordinamento giudiziario, la quale impedisce che la scelta dei giudici sia fatta *ad personam*, in modo da distruggerne in anticipo la indipendenza e la imparzialità.

d) L'adempimento da parte dei magistrati dei loro doveri di ufficio è garantito da una triplice responsabilità: *disciplinare, civile, penale.*

Responsabilità dei magistrati.

A sanzioni disciplinari (la cui applicazione è demandata alla corte disciplinare per la magistratura, composta di alti magistrati, dinanzi alla quale si segue uno speciale procedimento, art. 236 e segg. Ord. giud.) è soggetto il magistrato « che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio « o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e « della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il pre- « stigio dell'ordine giudiziario » (art. 232 Ord. giud.).

Responsabilità disciplinare: ART. 232, 236. ORD. GIUD.

Verso la parte ingiustamente danneggiata da un fatto illecito del giudice, questi può incorrere in responsabilità civile per il risarcimento del danno nei soli casi stabiliti dalla legge (cioè: « quando nell'eserci- « zio delle sue funzioni è imputabile di dolo, frode o concussione »; « quando senza giusto motivo rifiuta, omette o ritarda di provvedere « sulle domande o istanze delle parti, e, in generale, di compiere un « atto del suo ministero »: art. 55 C.p.c.). Il nuovo Codice ha così opportunamente conservato questa azione civile contro i giudici che il Codice precedente regolava all'art. 783 (1); ma vi ha introdotto una importante restrizione, nel senso che « la domanda per la dichiarazione « di responsabilità del giudice non può esser proposta senza l'autoriz- « zazione del ministro di grazia e giustizia » (art. 56 C.p.c.).

Responsabilità civile. ART. 55-56 C. P. C.

In quanto alla responsabilità penale, cfr. le disposizioni degli art. 314 e segg. C.p.; e specialmente in relazione al surricordato art. 55 del C.p.c., il capoverso dell'art. 328 C.p.

§ 70. — B) L'UFFICIO DI CANCELLERIA.

Attribuzioni dei cancellieri. ART. 4, 28. ORD. GIUD.

Ogni organo giudiziario, inteso in quel senso complesso che precedentemente abbiamo chiarito, comprende un *ufficio di cancelleria* (2), al quale possono appartenere uno o più funzionari (*cancellieri*). Anche i cancellieri sono impiegati dello Stato (cfr. però, per le funzioni di cancelliere presso gli uffici di conciliazione, l'art. 28 Ord. giud.) e fanno parte dell'ordine giudiziario (art. 4 Ord. giud.); il loro stato

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pag. 65; ROCCO U., scritto cit., nn. 12-15.

(2) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 65; CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 118; REDENTI, *Profili*, nn. 166-167; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.* pag. 214, n. 21.

giuridico è regolato da una legge speciale (l. 8 maggio 1924, n. 745 sulle cancellerie giudiziarie).

Le attribuzioni dei cancellieri nel processo civile, specificate da numerose disposizioni del procedimento, si trovano genericamente riassunte dagli art. 57 e 58 del nuovo C.p.c. (cfr. art. 53 del C.p.c. 1865).

ART. 57-58 C.P.C.

La funzione preminente del cancelliere è quella di redigere in iscritto con efficacia di *documentazione* i processi verbali ed i provvedimenti del giudice; non si tratta dunque di un'attività puramente materiale di scrivano, ma di una funzione indipendente che, per quanto di carattere ausiliario, è direttamente regolata dalla legge, la quale esige la presenza del cancelliere come necessaria integrazione dello ufficio giudicante e la sottoscrizione del cancelliere per dare carattere di autenticità ai provvedimenti giurisdizionali (per i commi secondo e terzo dell'art. 57, il cancelliere « assiste il giudice in tutti gli atti « dei quali deve essere formato processo verbale. Quando il giudice « provvede per iscritto, salvo che la legge disponga altrimenti, il « cancelliere stende la scrittura e vi appone la sua sottoscrizione dopo « quella del giudice »: cfr. art. 130, 134 ecc.).

Il cancelliere ha poi altre attribuzioni autonome nel corso del processo di cognizione e di esecuzione; secondo l'art. 58, attende al rilascio di copie ed estratti autentici dei documenti prodotti, all'iscrizione delle cause a ruolo (art. 168), alla formazione del fascicolo d'ufficio (art. 168) e alla conservazione di quelli delle parti (art. 169), alle comunicazioni e alle notificazioni prescritte dalla legge o dal giudice (art. 136, 137), alla tenuta e alla conservazione dei registri di cancelleria (cfr. art. 28-46 D. a.). Ma queste sono solo una parte delle sue incombenze, le quali sono molto svariate ed estese, come a suo tempo si vedrà, anche nel processo esecutivo (art. 475, 476, 488, 534, 570 ecc.).

ART. 168, 169 ECC. C. P. C.

Il potere di documentazione del cancelliere si estende anche a queste attività autonome a lui proprie; in varî casi egli assume, in relazione alle esigenze della giurisdizione, funzioni di *pubblico depositario* (art. 169 ecc.).

Il cancelliere come pubblico depositario. ART. 169 C. P. C.

Per tutto quanto attiene al reclutamento, al rapporto di impiego, alla disciplina dei cancellieri, dispone la legge speciale 8 maggio 1924, sopra ricordata. L'art. 60 del nuovo C.p.c. stabilisce in quali casi il cancelliere può incorrere in responsabilità civile.

§ 71. — C) L'ufficiale giudiziario.

Attribuzioni dell'ufficiale giudiziario. ART. 4, 28. ORD. GIUD.

La triade di uffici in cui può scomporsi ogni organo giudiziario è completata dall'*ufficio degli ufficiali giudiziari* ed *uscieri* (1), addetti

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 157; REDENTI, *Profili*, n. 168; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pagg. 216 e segg.

ad ogni corte, tribunale o pretura (per gli uffici di conciliazione, cfr. art. 28 Ord. giud.). Quantunque gli ufficiali giudiziari non facciano parte dell'ordine giudiziario (l'art. 4 dell'Ord. giud. li considera « ausiliari dell'ordine giudiziario ») essi hanno nel processo importanti funzioni direttamente demandate dalla legge, che danno ad essi il carattere di organi giudiziari autonomi. Il loro stato giuridico è regolato da leggi speciali (t. u. sull'ord. degli ufficiali giudiziari, 28 dicembre 1924, n. 2271).

ART. 59 C. P. C.

Secondo l'art. 59 C.p.c., « l'ufficiale giudiziario assiste il giudice in udienza, provvede all'esecuzione dei suoi ordini, esegue la notificazione degli atti, e attende alle altre incombenze che la legge gli attribuisce ». Ma le sue attribuzioni nel processo sono in realtà assai più importanti di quanto questa formula generica lascia intendere: esso infatti non è semplice esecutore materiale degli ordini del giudice, perchè nell'esplicazione delle funzioni che la legge gli attribuisce (con poteri propri di coercizione e di documentazione) egli non agisce come *missus iudicis,* ma come organo per sè stante « avente una sua propria sfera di iniziativa e di responsabilità » (1). Ciò si vede specialmente nella notificazione degli atti, a cominciare dalla citazione, che l'ufficiale può e deve eseguire a richiesta della parte (art. 137) senza bisogno di essere autorizzato dal giudice (2); e nelle importantissime attribuzioni che l'ufficiale giudiziario ha come organo autonomo della fase esecutiva (pignoramento, art. 492, 513, 555; vendita all'incanto, art. 534, ecc.; cfr. art. 47-51 D. a.).

ART. 137 C. P. C. ECC.

Sulla responsabilità civile degli ufficiali giudiziari, cfr. art. 60 C.p.c.

---

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni,* cit., II, pag. 68.

(2) L'art. 41 C.p.c. 1865 stabiliva espressamente che « gli uscieri (ufficiali giudiziari) procedono alle citazioni, notificazioni e agli altri atti del loro ministero *senza permissione* dell'autorità giudiziaria... »; questa disposizione non è passata nel nuovo Codice, ma il principio non è variato.

CAPITOLO SECONDO

L'ORDINAMENTO ESTERNO DEGLI ORGANI GIUDIZIARI

SOMMARIO: — § 72. - Principio della pluralità degli organi giudiziari. — § 73. - *A*) Pluralità di tipi di organi giudiziari. — § 74. - *B*) Pluralità degli organi giudiziari dello stesso tipo. — § 75. - La gerarchia degli organi giudiziari ordinari. — § 76. - Organi giudiziari speciali. — § 77. - Sezioni speciali degli organi ordinari. — § 78. - La Corte di cassazione come « organo supremo della giustizia ».

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE: CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, § 23; CARNELUTTI, *Istituzioni*, nn. 115 e segg.; JAEGER, *Dir. proc. civ.*, nn. 69 e segg.; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 109 e segg., nn. 6-11.

§ 72. — PRINCIPIO DELLA PLURALITÁ DEGLI ORGANI GIUDIZIARI.

Pluralità degli organi giudiziari.

Si potrebbe pensare astrattamente che, come esistono nell'ordinamento costituzionale organi per l'esercizio della funzione legislativa o esecutiva, che sono unici per tutto lo Stato (per es. il senato, o il sovrano), così l'esercizio della giurisdizione fosse affidato a un solo organo giudiziario (avente internamente quella struttura complessa che si è studiata nelle pagine precedenti) al quale convergessero da tutto lo Stato le cause da decidere, qualunque ne fosse la materia e la provenienza. In realtà, per poter far fronte alle esigenze della giustizia quali si affollano in estensioni territoriali vaste come quelle degli Stati moderni, è indispensabile (come già si è avvertito, § 66) una *pluralità di organi giudiziari*, i quali, funzionando contemporaneamente, possano in questo modo esaurire un lavoro giudiziario proporzionale al numero degli organi in funzione.

Le norme relative alla istituzione di questa pluralità di organi giudiziari, alla distribuzione di essi nel territorio ed ai rapporti gerarchici che passano tra essi, costituiscono quello che si suol chiamare il loro *ordinamento esterno* (1): dal quale bisogna partire per studiare le norme

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, § 23.

della competenza, che mirano in sostanza, come poi si vedrà, ad attuare fra di essi una regolare divisione del lavoro.

La pluralità degli organi giudiziari è stata attuata secondo diversi criteri, in corrispondenza colle diverse esigenze della giustizia, e cioè: *A*) esigenze attinenti alla natura delle cause costituenti l'*oggetto* della giurisdizione o alla natura delle *funzioni* comprese in essa, hanno portato a creare *più tipi di organi giudiziari* (criterio *oggettivo* e criterio *funzionale*); *B*) esigenze attinenti alla estensione del territorio hanno portato a creare *più organi dello stesso tipo* (criterio *territoriale*).

§ 73. — *A*) Pluralitá di tipi di organi giudiziari.

L'idea fondamentale che presiede alla istituzione di più tipi di organi giudiziari è questa: che invece di affidar l'esercizio della giurisdizione ad organi tutti ricalcati sullo stampo di un unico modello o tipo, sia più opportuno adeguare la loro struttura alle diverse esigenze delle cause da giudicare (criterio *oggettivo*), o alle diverse esigenze della funzione giurisdizionale nelle varie fasi del processo (criterio *funzionale*); e sia quindi conveniente a tale scopo distinguere le cause in varî gruppi e in corrispondenza con ciascuno di essi istituire altrettanti modelli o tipi di organi giudiziari, che per il numero ed i requisiti dei componenti (giudice unico o collegio; giudici giuristi o giudici laici) meglio soddisfacciano alle esigenze di ciascun gruppo; e altrettanto fare per le diverse fasi del processo, istituendo per ciascuna di esse un proprio tipo di organo giudiziario.

Criteri determinanti della pluralità.

a) *Criterio oggettivo.* - Questa repartizione ideale delle cause in gruppi, ai quali devono poi corrispondere diversi tipi di organi giudiziari, è stata fatta tenendo presente l'aspetto *oggettivo* di esse cause (cfr. § 39): cioè la *materia* (aspetto oggettivo *qualitativo*) e il *valore* (aspetto oggettivo *quantitativo*).

Il raggruppamento delle cause secondo la loro *materia* (§ 42) è basato sulla natura del rapporto controverso e del diritto sostanziale che lo regola. Si distinguono per la materia le cause *civili* dalle cause *penali,* e a questa distinzione corrisponde una parallela distinzione di organi, diversamente costituiti secondo le esigenze della diversa materia civile o penale: la speciale composizione della corte d'assise, ad esempio (art. 60-61 Ord. giud.), è in relazione colla natura dei reati che la legge penale affida alla sua competenza. Al criterio della materia obbediva un tempo la istituzione di speciali tribunali di commercio distinti da quelli civili, in corrispondenza colla distinzione fra cause *civili* e cause *commerciali;* allo stesso criterio si ispira oggi la istituzione della magistratura *del lavoro* (art. 63 Ord. giud.), o la istituzione di speciali

Criterio oggettivo qualitativo (materia).

ART. 60, 61, 63. ORD. GIUD.

organi giudiziari per l'esercizio della *giustizia amministrativa* (§ 42 lett. *c*). In tutti questi casi il criterio tratto dalla materia delle cause si ripercuote sull'ordinamento giudiziario, dando luogo alla creazione di nuovi tipi di organi giudiziari, specialmente preordinati a esercitar la giurisdizione nei modi più adatti a un determinato ramo di rapporti giuridici: *così anche l'ordinamento giudiziario si rivela, al pari del processo, strumento del diritto sostanziale.*

Criterio oggettivo quantitativo (valore).

Ad ulteriore moltiplicazione dei tipi di organi giudiziari può dar luogo il raggruppamento delle cause secondo il loro *valore*. Stabilita, secondo il criterio desunto dalla materia, l'opportunità di differenziare gli organi giudiziari civili da quelli penali o amministrativi, si è avvertita l'ulteriore esigenza di distinguere le cause civili in più gruppi corrispondenti al loro valore economico, e di creare, in relazione al diverso valore delle medesime, altrettanti tipi di organi giudiziari civili (e analogamente si è fatto per le cause penali, in corrispondenza colla diversa gravità dei reati). Poichè la giustizia richiede spese tanto più gravi quanto più numerose sono le persone che compongono l'organo giudicante e quanto più complicato e lungo è il procedimento, si è riconosciuta la convenienza di far corrispondere alle cause di minore importanza economica organi giudiziari più semplici, che permettano maggior economia di persone e di tempo e riducano il costo del processo a una misura che non sembri sproporzionata al valore della causa.

ART. 1. ORD. GIUD.

Su questo criterio del valore è basata la distinzione degli organi giudiziari civili in tre tipi: il *giudice conciliatore,* il *pretore,* il *tribunale* (art. 1 Ord. giud.). Di tutte le cause civili che idealmente si possono presentare alla cognizione degli organi giudiziari civili, sono state fatte tre masse secondo il diverso valore economico delle medesime: una comprendente le cause di valore non superiore a lire mille (art. 7 C.p.c.), per le quali è stato creato un tipo di organo giudiziario, costituito da una sola persona fisica, che è il *giudice conciliatore;* un'altra comprendente le cause il cui valore superi le lire mille ma non le lire diecimila (art. 8), per le quali è stato creato un tipo di organo giudiziario costituito da una sola persona fisica, che è il *pretore;* una terza comprendente tutte le cause il cui valore superi le lire diecimila (art. 9), per le quali è stato creato un tipo di organo costituito da più persone fisiche (collegio), che è il *tribunale.*

ART. 7, 8, 9 C. P. C.

Criterio funzionale.

b) *Criterio funzionale.* - La moltiplicazione degli organi giudiziari non si arresta qui: finora si è considerata la opportunità di creare più tipi d'organi giudiziari in vista della diversità, qualitativa o quantitativa, delle cause che costituiscono l'oggetto della giurisdizione; ora viceversa si deve considerare la opportunità di creare più tipi d'organi giudiziari in vista della diversità delle funzioni ad essi demandate su

una medesima causa o della diversità dei provvedimenti che possono esser presi nel corso di uno stesso processo (1).

Abbiamo già visto che i provvedimenti nei quali può esplicarsi la giurisdizione sono di diversi tipi (fondamentale la differenza tra i provvedimenti *dichiarativi* e i provvedimenti *esecutivi*: § 27); e si potrebbe pensare che ai diversi tipi di provvedimenti potessero corrispondere diversi tipi di organi giudiziari (per es. che gli organi ai quali è demandata la cognizione delle cause fossero diversi, e diversamente costituiti, da quelli a cui è demandata la esecuzione forzata sulle medesime). In realtà nel nostro ordinamento questa diversità tra organi della cognizione e organi della esecuzione non esiste; la funzione esecutiva è distribuita, nei modi che a suo tempo si vedranno, tra gli organi giudiziari della cognizione.

Organi di cognizione e organi esecutivi.

Organi di tipo diverso sono stati invece creati per i diversi *gradi* attraverso i quali può passare uno stesso processo di cognizione: e questo è l'esempio più caratteristico e più usuale di una pluralità di organi giudiziari basata sul criterio funzionale (2). In tutti gli ordinamenti processuali dei popoli civili, a partire da quello romano della *extraordinaria cognitio*, è stata riconosciuta la opportunità di far passare la stessa causa, prima che si formi su di essa il giudicato irrevocabile, attraverso una serie di successivi riesami, l'esperimento dei quali costituisca per i giudicabili una garanzia di eliminazione dei possibili errori del giudice. Affinchè questa garanzia riesca efficace, è necessario che il riesame abbia luogo dinanzi a un organo giudiziario diverso da quello che ha conosciuto per primo la causa, in modo che il giudizio che si svolge dinanzi al secondo giudice costituisca una riprova ed un controllo della sentenza già pronunciata sullo stesso oggetto dal giudice precedente; a tale scopo il processo, invece di conchiudersi dinanzi a un solo organo giudiziario, passa in momenti successivi dinanzi a organi giudiziari diversi, frazionato in distinte fasi che si chiamano «gradi» o «istanze» dello stesso processo (principio della *pluralità dei gradi* o della *pluralità delle istanze*).

Pluralità dei gradi.

Il nostro ordinamento giudiziario è basato sul principio, che risale alla rivoluzione francese, del *doppio grado di giurisdizione*, integrato dall'istituto della *cassazione* (3). In ogni causa, dopo la decisione pronunciata dal primo giudice (giudice *di primo grado* o *di prima istanza*), la parte soccombente è di regola ammessa a chiedere il riesame integrale della stessa causa a un organo giudiziario superiore (giudice *di*

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 191.

(2) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, nn. 163-164; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 199, n. 6.

(3) Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile* (Torino 1920), vol. I.

secondo grado o *di seconda istanza* o *di appello*), al disopra del quale è ammesso poi, per limitati motivi di diritto, un ulteriore ricorso a un organo giudiziario supremo (*corte di cassazione*: § 78).

Dalla necessità che al disopra di ogni giudice sia reperibile, in ossequio al principio del doppio grado, un organo giudiziario distinto al quale la stessa causa possa essere sottoposta in appello, deriva, come è facile intendere, un ulteriore differenziamento nei tipi degli organi giudiziari: agli organi giudiziari *di primo grado* (che sono quei tre già veduti) si aggiungono, come tipi distinti, gli organi giudiziari *di secondo grado* o *di appello*. Ma qui, in questa moltiplicazione degli organi giudiziari resa necessaria dalla pluralità delle istanze, sarebbero stati pensabili, teoricamente, diversi sistemi: un unico tipo di organo giudiziario di appello, comune a tutti e tre gli organi giudiziari di primo grado; oppure tre distinti tipi di organi di appello, corrispondenti ai tre organi giudiziari di primo grado. Il codice ha previsto, come si vedrà, un sistema eclettico: al disopra dei tre tipi di organi giudiziari di primo grado (*giudice conciliatore, pretore, tribunale*) ha istituito tre distinti tipi di organi giudiziari di secondo grado (*pretore, tribunale, corte d'appello*), ma mentre uno di essi è stato creato appositamente soltanto come giudice di secondo grado (*corte d'appello*), per gli altri due sono stati messi a profitto come giudici di appello organi che già avevano funzioni di primo grado (*pretore* e *tribunale*). Per far ciò, si è combinato il criterio funzionale col criterio del valore: mentre la corte d'appello è (di regola) giudice di appello per le cause che in primo grado appartengono per valore alla competenza del tribunale, il tribunale è giudice di appello per le cause che in primo grado appartengono alla competenza del pretore, e il pretore è a sua volta giudice di appello per le cause che in primo grado appartengono alla competenza del giudice conciliatore. Così, mentre il giudice conciliatore è *soltanto* organo di primo grado (per le cause il cui valore non supera le lire mille), e la corte d'appello è *soltanto* organo di secondo grado (per le cause il cui valore supera le lire diecimila), il pretore e il tribunale sono, secondo i casi, organi di primo o di secondo grado: il pretore, organo di primo grado per le cause il cui valore sta fra le mille e le diecimila lire, è organo di appello per le cause di valore non superiore alle lire mille, che in primo grado appartengono alla cognizione del giudice conciliatore; il tribunale, organo di primo grado per le cause il cui valore supera le lire diecimila, è organo di appello per le cause di valore non superiore alle lire diecimila, che in primo grado appartengono alla cognizione del pretore.

Organizzazione del sistema del doppio grado.

I cinque tipi di organi giudiziari ordinari.

In conclusione, i tipi di organi giudiziari civili sono *cinque* (art. 1 Ord. giud.):

il *giudice conciliatore*, organo di primo grado;

il *pretore*,
il *tribunale*, } organi, secondo i casi, di primo o di secondo grado;

la *corte d'appello*, organo di secondo grado;

la *suprema corte di cassazione*.

Al differenziamento di questi cinque tipi di organi hanno contribuito, come si è visto, criteri oggettivi e criteri funzionali. Il criterio oggettivo qualitativo (per materia) ha portato alla distinzione tra gli organi giudiziari civili e quelli penali e amministrativi; il criterio oggettivo quantitativo (per valore) ha portato alla distinzione dei tre organi giudiziari di primo grado; il criterio funzionale ha portato alla creazione degli organi di appello e di cassazione.

§ 74. — *B*) PLURALITÁ DEGLI ORGANI GIUDIZIARI DELLO STESSO TIPO.

Moltiplicazione territoriale degli organi di ciascun tipo.

Dopo aver risolto, nei modi esaminati fin qui, il problema relativo alla distinzione dei varî organi giudiziari meglio rispondenti in astratto alle diverse esigenze, oggettive e funzionali, del processo civile, rimane da risolvere un secondo problema: quello del numero di organi *di ciascun tipo* che occorre creare in concreto, affinchè siano in quantità sufficiente per esaurire il lavoro giudiziario ad essi demandato. Nello stesso modo (per fare un paragone grossolano) il fabbricante di macchine prima costruisce un modello di macchina tecnicamente rispondente in astratto a un certo scopo industriale, e poi affronta il problema della fabbricazione in serie di un numero di macchine tutte uguali al modello, che basti alle esigenze concrete di quella determinata industria.

Si presenta così anche per gli organi giudiziari il problema che si potrebbe dire della *costruzione in serie*: dopo aver inventato cinque modelli differenti di organi giudiziari, si tratta ora di costruire per ciascun modello tanti organi giudiziari *tutti uguali al modello*, che siano sufficienti ad amministrar la giustizia in tutto lo Stato. Il criterio oggettivo e funzionale ci dice, ad esempio, come deve essere costruito, in astratto, il *tribunale;* ma non ci dice *quanti tribunali* devono contemporaneamente essere in funzione nello Stato, per poter esaurire in concreto il lavoro demandato a questo tipo di organi giudiziari. Soccorre a questo punto il criterio territoriale (1).

E' facile intendere che se fosse stato istituito in concreto nello Stato un solo organo di ciascun tipo (in tutta Italia un solo giudice concilia-

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 166; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 204, nn. 10-11.

tore, o un solo pretore, e così via), non solo la sua capacità lavorativa sarebbe stata di gran lunga insufficiente ad esaurire l'enorme materiale giudiziario affidato alle sue cure, ma la sua unicità avrebbe imposto ai giudicabili residenti in tutto il territorio del regno il disagio di doversi spostare per chieder giustizia a un giudice lontano dalle loro sedi. Per ovviare a questi due inconvenienti il territorio dello Stato è stato frazionato in tante *circoscrizioni territoriali* (Ord. giud., art. 5), in ciascuna delle quali è stato istituito un organo giudiziario di un certo tipo: così ciascun organo istituito in una certa circoscrizione giudiziaria, esercita in concreto, nei limiti di quella circoscrizione, le attribuzioni che in base ai criteri oggettivi e funzionali sono astrattamente demandate a quel tipo d'organo; e su tutto il territorio dello Stato si trovano così contemporaneamente presenti, alla portata dei cittadini residenti in ciascuna circoscrizione, numerosi organi giudiziari dello stesso tipo, *funzionalmente identici ma territorialmente diversi.* In ciascuna circoscrizione è fissata una località ove l'organo giudiziario deve permanentemente risiedere (*sede giudiziaria,* art. 5 Ord. giud.): il nostro ordinamento, nel quale ogni organo giudiziario è *permanente* (cioè costituito in modo stabile e non convocato di volta in volta secondo le necessità del servizio) (1) e *sedentaneo* (cioè fisso nella propria sede), non conosce il sistema, adottato da altre legislazioni per maggior comodità dei giudicabili, del giudice *ambulante,* che periodicamente va in giro per le varie località della propria circoscrizione, a portar la giustizia, come è stato detto, sulla porta di casa di ciascun cittadino (possono esservi però, per le preture, *sedi distaccate,* nelle quali il pretore, che ordinariamente risiede nella sede principale, si reca periodicamente per render giustizia, art. 40-41 Ord. giud.; per le corti d'assise esiste la possibilità di convocazione in sedi diverse del proprio circolo, r. decr. 4 ottobre 1935 n. 1899, art. 3; per le corti d'appello possono essere istituite *sezioni distaccate,* con sede e circoscrizione diverse da quelle della corte da cui dipendono, Ord. giud., art. 59).

Circoscrizioni giudiziarie.

Sedi giudiziarie.

ART. 5, 40, 41, 59. ORD. GIUD.

Si deve però avvertire che il numero degli organi giudiziari dello stesso tipo (e delle corrispondenti circoscrizioni giudiziarie) non è uguale per tutti e cinque i tipi sopra ricordati. Le cause di valore inferiore alle mille lire sono, statisticamente, assai più numerose di quelle di valore tra le mille e le diecimila lire; lo stesso si può dire per queste in confronto a quelle di valore superiore; e analoghe considerazioni statistiche si possono fare per le cause di primo grado a paragone di quelle di appello. Per poter decidere le cause di minor valore bisogna dunque

Numero degli organi giudiziari di ciascun tipo, e diversa estensione delle circoscrizioni.

---

(1) Nel caso dei cosiddetti *arbitrati obbligatori* si può avere eccezionalmente un organo giurisdizionale (speciale) costituito per giudicare una singola causa, ma sempre in base a criteri di nomina prestabiliti: cfr. oltre, § 104.

che i giudici conciliatori siano molto più numerosi dei pretori che occorrono per decidere le cause di valore intermedio; e che i pretori siano molto più numerosi dei tribunali che occorrono per decidere le cause di maggior valore, e questi a lor volta più numerosi delle corti d'appello. In ragione inversa al numero degli organi occorrenti in concreto per ciascun tipo, sta la estensione territoriale delle loro circoscrizioni: mentre secondo l'ordinamento vigente i giudici conciliatori sono circa 8000 (uno in ogni *comune;* ma possono esservene più d'uno nei comuni divisi in borgate, frazioni o quartieri: art. 20 Ord. giud.), le sedi di pretura sono 986, con circoscrizioni, dette *mandamenti,* comprendenti più comuni; le sedi di tribunale sono 142, con circoscrizioni (un tempo denominate *circondari*), più ristrette delle provincie, comprendenti più mandamenti; le sedi di corte d'appello sono 24, (incluse 6 sezioni distaccate) con circoscrizioni, dette *distretti,* comprendenti più circoscrizioni di tribunale (cfr. art. 5, 30, 42 Ord. giud., e le tabelle annesse). Soltanto la corte suprema di cassazione, in seguito al r. decr. 24 marzo 1923 n. 601, che unificò in Roma le cinque corti di cassazione regionali esistenti fino a quel tempo, è unica per tutto il Regno, e la sua circoscrizione ha la stessa estensione territoriale dello Stato (art. 65 Ord. giud.).

ART. 5, 20, 30, 42, 65. ORD. GIUD.

§ 75. — La gerarchia degli organi giudiziari ordinari.

Gli organi giudiziari di cui si è parlato finora (*giudici conciliatori, pretori, tribunali, corti d'appello, corte di cassazione*) sono quelli che il Codice di procedura chiama *ordinari* («La giurisdizione civile, salvo « speciali disposizioni di legge, è esercitata dai giudici *ordinari* secondo « le norme del presente Codice », art. 1) in contrapposto ai giudici *speciali* (art. 37 C.p.c.; l'Ord. giud. parla di « giurisdizioni speciali », art. 1).

Contrapposizione tra giudici ordinari e giudici speciali:

ART. 1. C. P. C.

A questi organi *ordinari* è affidata l'amministrazione della giustizia in materia civile e penale (art. 1 Ord. giud.). La distinzione tra la giurisdizione civile e la giurisdizione penale (basata, come sappiamo, su una differenza di materia, non di funzione: § 42) (1), se ha portato alla assoluta separazione dei due processi, civile e penale, così profondamente diversi da esser regolati da due diversi Codici, non ha portato ad una completa separazione di organi. Se si toglie il giudice conciliatore, che non è mai investito di giurisdizione penale, tutti gli altri organi ordinari possono esercitare secondo i casi giurisdizione civile o giurisdizione pe-

ART. 1. ORD. GIUD.

Giudici civili e giudici penali.

(1) Vannini, *Istituzioni di dir. proc. penale* (Milano, Giuffrè, 1942), pagg. 28-29.

nale, senza che varî la loro costituzione: è questo uno degli aspetti del principio della *giurisdizione unica,* in ossequio al quale non esiste nel reclutamento e nella carriera dei magistrati una distinzione specializzata tra le funzioni civili e quelle penali, nè vi è di regola differenza di composizione (pur essendovi differenza di procedimento, di udienze, e di uffici) tra gli organi che giudicano in civile e quelli che giudicano in penale: è sparita nell'Ordinamento giudiziario attuale anche la differenza che c'era una volta tra il numero di cinque votanti della corte d'appello civile e quello di quattro della corte d'appello penale (ora anch'essa è di cinque: art. 56 Ord. giud.). Una certa distinzione organica tra giudici civili e penali può sussistere soltanto nella distinzione tra *sezioni civili* e *sezioni penali* dello stesso organo giudiziario: la quale distinzione può esservi nelle preture (art. 35 Ord. giud.), nei tribunali (art. 46), e nelle corti d'appello (art. 54); e sempre vi è nella corte di cassazione (art. 66). Anche la corte d'assise, la cui composizione obbedisce alle speciali esigenze della giurisdizione penale, è ordinata come una sezione specializzata delle corti d'appello (art. 53 Ord. giud.).

Sezioni civili e sezioni penali. ART. 35, 46, 54, 66. ORD. GIUD.

I giudici ordinari, distribuiti, per l'esercizio della giurisdizione civile e penale, nelle loro circoscrizioni, formano, considerati nel loro complesso, un sistema chiuso di organi omogenei, unificati dalla funzione e costituenti una gerarchia (1), che comunemente, per descriverne con un'immagine la caratteristica architettura, si trova paragonata a una piramide (2). Gli organi giudiziari di ciascun tipo si possono infatti considerare come tante stratificazioni orizzontali, disposte l'una al disopra dell'altra in ordine verticale: si comincia dalla stratificazione più numerosa che è composta dagli organi giudiziari aventi competenza sulle cause di minor rilevanza (i giudici conciliatori) e si sale via via a quelle dei pretori, dei tribunali, delle corti d'appello, culminando nella corte di cassazione che costituisce, con sede in Roma, il vertice della piramide: quanto più si sale, tanto più si restringe il numero degli organi costituenti ciascun grado, ma anche tanto più aumenta la importanza delle loro attribuzioni.

Se, infatti, in senso orizzontale tutti i giudici appartenenti alla stessa stratificazione sono uguali e indipendenti, in senso verticale è stabilita tra i varî gradi di organi giudiziari una dipendenza gerarchica (amministrativa e disciplinare) che permette di qualificarli rispettivamente, secondo la posizione che essi hanno nella scala, giudici *inferiori* e giudici *superiori.* Ciò deriva non solo dal fatto già rilevato che per il principio del doppio grado i giudici del grado superiore funzionano,

Gerarchia giudiziaria. ART. 228. ORD. GIUD.

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, n. 165.
(2) CARNELUTTI, *Istituzioni,* n. 115.

di fronte a quelli di primo grado, come organi di appello; ma altresì dalla subordinazione gerarchica che nelle relazioni amministrative di ufficio (non nell'esercizio della giurisdizione: cfr. retro, § 69) vincola gli organi e i funzionari del grado inferiore a quelli del grado superiore (art. 228 e segg. Ord. giud.). Ma questa dipendenza gerarchica trova la sua attuazione pratica e insieme il suo limite nel sistema delle circoscrizioni giudiziarie: dato che la circoscrizione di ogni giudice inferiore è territorialmente compresa, come già si è visto, nella circoscrizione più vasta di un giudice superiore, la dipendenza può attuarsi in concreto non indistintamente nei confronti di ogni giudice superiore, ma solo nei confronti di quei giudici superiori, nelle cui circoscrizioni più estese è compresa la circoscrizione del giudice dipendente (per es., per decidere sulla ricusazione di un conciliatore ha competenza il pretore del mandamento, nel quale è compreso l'ufficio di conciliazione; se è ricusato un pretore, è competente il presidente del tribunale nella cui circoscrizione è compresa quella pretura, art. 53 C.p.c.; e così, per dare un altro esempio, la sorveglianza del primo presidente della corte di appello è limitata ai magistrati appartenenti ai soli tribunali compresi in *quel distretto,* art. 229 Ord. giud.; ecc.).

§ 76. — Organi giudiziari speciali (1).

a) L'art. 1 del Codice, ponendo il principio che « la giurisdizione « civile, *salvo speciali disposizioni di legge,* è esercitata dai giudici « ordinari », lascia intendere che in certi casi contemplati da « speciali disposizioni di legge » la giurisdizione è affidata a giudici *non ordinari.* La chiusa gerarchia dei giudici ordinari non esaurisce dunque gli organi giurisdizionali; altri, svariati e numerosi, stanno fuori da questa architettura, come sovrastrutture che ricoprono e deformano le linee della piramide: sono i *giudici speciali,* chiamati anche con frase ellittica *giurisdizioni speciali* (equivalente a « organi speciali di giurisdizione »: cfr. art. 37 C.p.c.; art. 1 Ord. giud.).

Giurisdizioni speciali.

ART. 37 C. P. C.

ART. 1. ORD. GIUD.

Non è possibile dare qui neanche un semplice elenco di questi giudici speciali, poichè il loro numero assomma a varie centinaia (2); e invano si cercherebbe, per spiegare la ragione della loro moltiplicazione, un criterio unitario. In realtà il progressivo moltiplicarsi di queste cosiddette « giurisdizioni speciali », il numero delle quali si è specialmente accresciuto a partire dal dopoguerra, non ha mai corrisposto a un pre-

(1) Chiovenda, *Istituzioni,* II, n. 167 e 169.

(2) Cfr. Caliendo, *Disposizioni in materia di giurisdizioni speciali,* Roma, 1929.

stabilito programma, in armonia col quale sia dato rintracciare nell'ordinamento esterno di essi una certa architettura sistematica. Sono state le contingenze storiche le quali volta per volta hanno fatto sentire la opportunità di sottrarre certe categorie di cause alla giurisdizione degli organi ordinari, e di creare, caso per caso, organi giudiziari meglio rispondenti alle speciali esigenze di esse: sia perchè la creazione di organi speciali permetteva di scegliere i loro componenti, invece che tra i giuristi, tra le persone fornite di conoscenze tecniche ed economiche appropriate alla materia da decidere; sia perchè era possibile seguire dinanzi ad essi uno speciale procedimento, più semplice e celere di quello ordinario, e più idoneo di esso a garantire quella soluzione rapida delle controversie, di cui si sentiva più urgente il bisogno in certe categorie di rapporti; sia infine perchè la istituzione di organi speciali composti di persone esperte delle ragioni economiche di certi conflitti, rendeva possibile per essi una decisione di equità, che li sottraesse al rigore del diritto codificato, non più adeguato, in certe materie, alle mutate esigenze sociali (1). Il moltiplicarsi delle giurisdizioni speciali (ed in specie delle « giurisdizioni di equità »: cfr. § 25) dev'essere dunque considerato generalmente come un sintomo patologico, denunciatore di una crisi della legalità, cioè proprio di un periodo in cui le leggi codificate, sostanziali e processuali, appaiono in arretrato sulle correnti sociali in cui si matura il diritto nuovo. Per questo la riforma del processo civile, che ha restituito al procedimento ordinario quelle doti di semplicità e speditezza che finora parevano riservate ai procedimenti speciali, e la compiuta codificazione del diritto sostanziale, che ha incanalato le urgenti forze politiche in una nuova legalità, hanno fatto venir meno (o almeno così si dovrebbe sperare) le principali cause che finora avevano concorso al moltiplicarsi degli organi speciali di giurisdizione. Il nuovo Codice di procedura civile rappresenta anche sotto questo aspetto (nei propositi più che nella attuazione pratica) un ritorno sempre più deciso verso la *giurisdizione unica,* in quanto, partendo dal principio che, nel sistema della legalità, la giurisdizione è identica come funzione qualunque sia la materia che ne costituisce l'oggetto, tende a riassorbire nella competenza dei giudici ordinari le materie finora disperse tra le giurisdizioni speciali, e a riaffermare così, attraverso l'unità del giudice, la unità della funzione. In tal senso così si esprime la relazione GRANDI (n. 9): «Questo rafforzato senso della legalità, che vuol dire insieme più sicura coscienza della unità del diritto e della Nazione, mi ha necessariamente portato ad avvicinare in modo sempre più pieno il nuovo Codice allo ideale della giurisdizione unica, solennemente proclamato nel primo

Cause del moltiplicarsi delle giurisdizioni speciali.

(1) Cfr. CALAMANDREI, *Studi,* II, pagg. 1 e segg. [e in queste *Opere*, vol. 3°, pag. 3 ss.].

articolo: non soltanto nel senso di riportare sotto la competenza della autorità giudiziaria gruppi di controversie finora attribuiti alla competenza di giurisdizioni speciali o specializzate, ma altresì nel senso di radunare nel Codice di procedura civile i varî procedimenti finora dispersi in leggi speciali e di coordinarli tutti in un unico sistema, affidato ai giudici ordinari, sotto il controllo, vigilante dal vertice, della Corte di cassazione.

Il principio della giurisdizione unica: tendenza all'abolizione delle giurisdizioni speciali.

« Il fenomeno delle giurisdizioni speciali, che sempre si ripresenta nella storia nei periodi di crisi dello Stato, è in gran parte dovuto alla spinta del nuovo diritto, non ancora formulato in leggi, che non potendo trovare il suo riconoscimento nelle sentenze dei giudici giuristi, necessariamente fedeli al diritto codificato, cerca nella specifica competenza dei giudici tecnici una via di evasione e di sbocco. Ma queste magistrature speciali, che non a torto furono considerate, in momenti di rinnovazione dello Stato, come le valvole di sicurezza dell'ordinamento giuridico, hanno una funzione sempre transitoria e contingente: e il loro ufficio si esaurisce quando il nuovo diritto, fuori delle combattute strettoie della giurisprudenza, si afferma ormai vittorioso nella nuova codificazione ».

Non bisogna dimenticare peraltro che la riforma, pur ispirandosi all'ideale della giurisdizione unica, non ha potuto falciare d'un sol colpo tutta quella folta vegetazione di giurisdizioni speciali che le contingenze storiche di un cinquantennio hanno fatto crescere sulla originaria architettura giudiziaria. Meglio che ad abolire di un sol colpo i giudici speciali, il nuovo Codice ha mirato piuttosto a creare le condizioni per agevolare nell'avvenire il loro naturale riassorbimento nella giurisdizione ordinaria; e ciò specialmente per due vie: creando dinanzi ai giudici ordinari un procedimento basato sul principio di adattabilità (§§ 53 e 54), il quale dovrebbe permettere ad ogni categoria di cause di trovare sodisfatte nel processo ordinario le proprie speciali esigenze; favorendo la creazione di sezioni *specializzate* (§ 77), in virtù delle quali dovrebbe esser possibile adeguare alle esigenze della materia la composizione dell'organo giudicante senza uscire dall'ambito della magistratura ordinaria.

Giudici speciali e giudici straordinari.

b) I giudici *speciali,* o «giurisdizioni speciali», che anche nell'ordinamento attuale rimangono in vigore in gran numero, si contrappongono dunque ai giudici *ordinari*: e non hanno niente a che vedere con quei giudici *straordinari,* che, come si è visto (§ 69) sono vietati dall'art. 72 dello Statuto. Giudice *straordinario,* nella terminologia del nostro diritto costituzionale, è il giudice creato apposta per giudicare d'una singola causa già sorta; giudice *speciale* è il giudice istituito fuori della gerarchia giudiziaria ordinaria, ma per giudicare tutte le cause appartenenti a una speciale categoria che potranno presentarsi nell'avvenire:

anche i giudici speciali sono dunque, per quella categoria di cause, giudici «naturali».

Caratteristiche dei giudici speciali.

Le caratteristiche dei giudici speciali sono necessariamente relative: in tanto sono concepibili giudici speciali in quanto esistano giudici ordinari ai quali essi possano considerarsi contrapposti. Ogni definizione che di essi si tenti, si riduce, alla fine, ad un criterio negativo, desumibile dal diritto positivo: sono ordinari quei giudici (distinti nei cinque tipi già visti) che fanno parte della gerarchia organica regolata dalla legge sull'ordinamento giudiziario (art. 1); sono speciali quei giudici che la legge non considera ordinari, cioè che esercitano le loro funzioni al difuori di questa gerarchia. Ma la dottrina, pur basandosi in sostanza su questa contrapposizione desunta dal diritto positivo, cerca di trovare tra giudici ordinari e giudici speciali una differenza più profonda, che si può così riassumere: mentre i giudici ordinari, considerati nel loro complesso organico, sono investiti potenzialmente di tutto il potere giurisdizionale, sicchè ogni causa che sorga appartiene implicitamente, in mancanza di espressa disposizione di legge, alla loro giurisdizione (giurisdizione *ordinaria*), i giudici speciali non hanno giurisdizione altro che su quelle cause che ad essi la legge espressamente attribuisce (1). La giurisdizione degli organi giudiziari ordinari, considerati nel loro complesso (e salva l'ulteriore repartizione di competenze nell'interno della gerarchia giudiziaria), è soggetta pertanto solo a limiti *negativi*, in mancanza dei quali essa si estende a tutte le cause che ad essa non siano espressamente sottratte; la giurisdizione degli organi speciali è invece circoscritta entro limiti *positivi*, fuori dei quali essa non può estendersi alle cause che entro questi limiti non si trovino espressamente comprese.

Organi della giustizia amministrativa.

c) Un primo gruppo, e il più importante, di organi giudiziari speciali è costituito dai *giudici amministrativi*, detti anche *giurisdizioni amministrative* (Ord. giud., art. 1) o anche *organi della giustizia amministrativa* (2). Si è già visto a suo tempo (§ 42 *c*) in che cosa consista la giurisdizione amministrativa: e si è detto che essa si distingue dalla giurisdizione civile in senso stretto per ragioni di materia, in quanto essa verte su cause delle quali è soggetto passivo la pubblica amministrazione e in cui non si fa questione di un diritto soggettivo, ma della legittimità di un atto amministrativo lesivo di un interesse individuale, non tutelato in sè stesso, ma considerato come condizione per agire a tutela dell'interesse pubblico. Per l'esercizio di questa giurisdizione amministrativa così distinta per la materia, sono stati costituiti

(1) Chiovenda, *Istituzioni*, II, n. 169; Carnelutti, *Istituzioni*, n. 115.

(2) Cfr. gli autori citati al § 42, nota 2 a pag. 160.

appositi organi giudiziari che sono detti appunto giudici amministrativi; la istituzione dei quali non si può intendere se non tenendo presenti le vicende storiche che vi hanno concorso.

Prima della legge sul contenzioso amministrativo (all. E alla l. 20 marzo 1865 n. 2248) esistevano nei varî Stati italiani speciali organi *amministrativi,* dinanzi ai quali si dovevano portare tutte le controversie in cui fosse parte la pubblica amministrazione, anche se avessero per oggetto veri e propri diritti soggettivi di carattere pubblico (escluse le sole controversie di mero diritto privato); questi organi amministrativi, denominati «tribunali del contenzioso amministrativo» furono aboliti dalla suddetta legge (art. 1), e, in omaggio al principio liberale della giurisdizione unica per cui i diritti soggettivi dei cittadini devono trovar tutela anche contro la pubblica amministrazione dinanzi a magistrati *da essa indipendenti,* furono devolute alla giurisdizione ordinaria «tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico» (art. 2). Successivamente però, come già si è spiegato (§ 42 *c*), si sentì il bisogno di istituire un controllo giurisdizionale sulla legittimità (e talora sul merito) degli atti amministrativi anche per quei casi in cui la violazione del diritto oggettivo commessa dalla pubblica amministrazione avesse leso non un diritto soggettivo del singolo (nella quale ipotesi sarebbe stato aperto il ricorso alla giurisdizione ordinaria), ma un semplice interesse individuale: e questa giurisdizione *su interessi* (in contrapposizione alla giurisdizione *su diritti* devoluta ai giudici ordinari) fu affidata a giudici speciali che non furono creati *ex novo,* ma che già esistevano come organi dell'amministrazione attiva: il *consiglio di Stato* e le *giunte provinciali amministrative.* Questi organi, pur continuando ad esercitare le attribuzioni amministrative che avevano per il passato, ebbero dunque *in più* queste attribuzioni giurisdizionali: a tale scopo il consiglio di Stato, che per le sue funzioni amministrative (consultive) si divideva in tre sezioni, fu aumentato di altre due, che furono dette le sezioni giurisdizionali (la IV^a^ sezione, istituita colla l. 31 marzo 1889, n. 5992; la V^a^ sezione, istituita colla l. 7 marzo 1907). Così fu organizzata la *giustizia amministrativa,* ripartita tra gli organi provinciali (giunte provinciali amministrative *in sede giurisdizionale*: cfr. t. u. 26 giugno 1924 n. 1058), e l'organo centrale, con sede in Roma (consiglio di Stato *in sede giurisdizionale;* IV^a^ e V^a^ sezione, t. u. 26 giugno 1924, n. 1054). Dinanzi a questi organi in sede giurisdizionale si segue uno speciale procedimento; contro le decisioni degli organi provinciali si può ricorrere all'organo centrale, il quale difronte ad essi funziona così anche da organo di secondo grado.

Abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo.

Giurisdizione su diritti e giurisdizione su interessi.

Organi della giustizia amministrativa.

La istituzione della giustizia amministrativa in questi limiti non era in contrasto col principio della giurisdizione unica; perchè i giudici amministrativi svolgevano il loro controllo su un terreno (quello degli *in-*

teressi), diverso da quello (dei *diritti*) demandato alla cognizione dei giudici ordinari civili. La giurisdizione su *interessi* spettante agli organi della giustizia amministrativa si distingueva poi a sua volta in giurisdizione *di legittimità* e in giurisdizione *di merito*, secondo che il riesame del giudice speciale si limitasse ad annullare l'atto amministrativo viziato da incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge (art. 26 t. u. sul consiglio di Stato), ovvero si potesse spingere anche a controllare la sua intrinseca giustizia ed opportunità amministrativa (art. 27 t. u. sul consiglio di Stato; art. 1 t. u. sulle giunte provinciali amministrative). Il principio della giurisdizione unica non è stato invece derogato dall'attribuzione al consiglio di Stato e alle giunte provinciali amministrative della cosiddetta *giurisdizione esclusiva* (1) (l. 30 decembre 1923 n. 2840, poi rifusa nel menzionato t. u. sul consiglio di Stato art. 29, e t. u. sulle g. p. a., art. 4), nell'esercizio della quale gli organi della giustizia amministrativa esercitano su certe materie giurisdizione *su diritti soggettivi*, in quel modo, che secondo il principio della giurisdizione unica, dovrebbe essere riservato ai giudici civili ordinari: «nelle materie deferite alla esclusiva giurisdizione del consiglio di Stato, questo conosce anche di tutte le questioni relative a diritti» (art. 29 sopra citato). Ciò avviene in numerosi casi specificati dalla legge, il più importante dei quali è quello dei ricorsi relativi al rapporto d'impiego proposti dagli impiegati pubblici (impiegati dello Stato al consiglio di Stato, art. 29, n. 1, cit.; impiegati degli enti locali alla g. p. a., art. 4 del relativo t. u.; cfr. però art. 429, nn. 3 e 4 C. p. c.).

Giurisdizione di legittimità e di merito.

Giurisdizione esclusiva.

In tali casi questi giudici speciali sono investiti, oltrechè della giurisdizione *amministrativa* (su interessi) nel senso sopra chiarito, anche di una frazione di giurisdizione in senso stretto *civile* (su diritti), che a rigor di principio dovrebbe spettare agli organi giudiziari ordinari. E allora, quando esercitano questa giurisdizione esclusiva su diritti, non serve più, per differenziare le giurisdizioni speciali amministrative dalla giurisdizione ordinaria, il criterio della materia (§ 42: interessi o diritti): in questi casi l'unica ragione che giustifica l'attribuzione a giudici speciali di vera e propria giurisdizione civile su diritti è una ragione *soggettiva*, derivante dal fatto che questi diritti sono fatti valere contro la pubblica amministrazione, che è qui in ogni caso il soggetto passivo dell'azione.

Lo stesso fenomeno si verifica per altri giudici speciali amministrativi, la cui istituzione non è più basata sulla distinzione fra diritti e interessi, ma sul carattere pubblico dei diritti di cui si fa questione tra

---

(1) ZANOBINI, *La giustizia amministrativa* (vol. II del *Corso*, cit.), pag. 273 e segg.

la pubblica amministrazione e il singolo. Mi limito a citare qui solo alcuni esempi:

Altre giurisdizioni amministrative.

la *corte dei conti* (con sede in Roma, divisa in tre sezioni, una di controllo e due giurisdizionali) la quale giudica, fra l'altro, sui ricorsi in materia di pensioni a carico dello Stato, e sui conti dei contabili dello Stato o di altre amministrazioni pubbliche; esercitando con ciò vera e propria giurisdizione su diritti (t. u. 12 luglio 1934, n. 1214, art. 44 e segg.);

i *consigli di prefettura,* i quali giudicano sulle responsabilità civili degli amministratori e impiegati dei comuni e delle provincie per maneggio di denaro pubblico (legge comunale e provinciale, t. u. 3 marzo 1934, n. 383, art. 260); contro le decisioni dei consigli di prefettura è ammesso appello alla corte dei conti (cfr. t. u. 12 luglio 1934 cit., art. 66);

le *commissioni tributarie,* tra cui specialmente importanti le commissioni *per le imposte dirette e indirette sugli affari* (commissioni *distrettuali,* la cui circoscrizione coincide col distretto dell'agenzia delle imposte; *provinciali;* e commissione *centrale* con sede in Roma: cfr. r. decr. 7 agosto 1936, n. 1639; r. d. 8 luglio 1937, n. 1516); le *commissioni censuarie,* per le controversie relative al catasto o all'imposta sui terreni (art. 39 t. u. delle leggi sul nuovo catasto); ecc. (1). (Si noti che in materia tributaria il ricorso a queste commissioni non esaurisce le garanzie giurisdizionali del contribuente, il quale, dopo aver esperimentato i ricorsi alle commissioni amministrative, può adire i giudici civili ordinari per le questioni riguardanti i diritti soggettivi: cfr. art. 6 l. sul contenzioso amministrativo 20 marzo 1865, e art. 9 secondo comma C.p.c.).

Dai pochi esempi che abbiamo dato (2) resulta dunque confermato quello che già nella parte introduttiva di questo Corso si avvertì: che, cioè, la espressione «giustizia amministrativa» ha nel nostro ordinamento due significati: uno più ristretto che è quello *oggettivo* (per materia) basato sulla distinzione tra diritti e interessi; uno più ampio, che è quello *soggettivo* (per organi), che si estende a tutti i giudici speciali ai quali sia stata attribuita giurisdizione civile (su diritti) in cause nelle quali sia parte la pubblica amministrazione. Giova non dimenticare peraltro che, nonostante queste numerose deroghe al principio della giurisdizione unica, la regola rimane quella stabilita dalla legge del 1865, che cioè le cause in cui si faccia questione di un diritto sono deman-

(1) Cfr. ampiamente sugli organi della giurisdizione (amministrativa) tributaria, Allorio, *Diritto processuale tributario* (Milano, 1941), cap. X, pag. 311 e segg.; Zanobini, *La giustizia amministrativa,* pag. 448 e segg.

(2) Per altri esempi, cfr. Chiovenda, *Istituzioni,* II, n. 167.

Gli organi della giustizia amministrativa sono sempre giurisdizioni speciali.

date agli organi della giurisdizione ordinaria, anche se si tratti di diritti pubblici ed anche se vi sia parte la pubblica amministrazione.

Un altro rilievo è importante, per intendere esattamente, nella sua realtà positiva, il sistema giurisdizionale italiano: che gli organi della giustizia amministrativa sono considerati tutti quanti come organi *speciali* in confronto degli organi ordinari *civili*. Mentre alla distinzione tra giurisdizione civile e giurisdizione penale corrisponde la distinzione organica tra giudici (ordinari) civili e giudici (ordinari) penali, la giurisdizione amministrativa non è posta sullo stesso piano, come un *tertium genus* di giurisdizione demandata a giudici amministrativi che si possano qualificare ordinari, ma è sempre considerata come una sottospecie della giurisdizione civile. *Gli organi della giustizia amministrativa sono sempre organi speciali di giurisdizione.*

E' stato sostenuto da qualche autore che tra gli organi della giustizia amministrativa, alcuni (consiglio di Stato e giunte provinciali amministrative) si dovrebbero considerare per il loro carattere generale come giudici amministrativi ordinari, ai quali si dovrebbero contrapporre altri giudici amministrativi speciali; ma questa opinione contrasta col nostro diritto positivo, che ha sempre considerato e considera anche il consiglio di Stato e le giunte provinciali amministrative come «giurisdizioni speciali», la cui specialità ha come termine di riferimento gli organi ordinari della giurisdizione civile (1).

d) Questo gruppo di «giurisdizioni speciali amministrative», che abbiamo visto finora, non esaurisce i giudici speciali esistenti nel nostro ordinamento: come di fronte ai giudici ordinari penali si hanno *giudici speciali penali* (lo studio dei quali non rientra nel nostro Corso: basti ricordare il *Senato costituito in alta corte di giustizia,* art. 36 dello Statuto e reg. giudiziario del senato, 12 dic. 1931; e il *tribunale speciale per la difesa dello Stato,* istituito dalla l. 25 novembre 1926, n. 2008) (2), così di fronte ai giudici ordinari civili si possono avere, oltre che i *giudici speciali amministrativi* di cui si è parlato, anche *giudici speciali civili in senso stretto,* ai quali, per alcuna delle ragioni che abbiamo sopra accennato (lett. *a*) e non perchè in esse sia parte la pubblica amministrazione, sia demandata la cognizione su speciali categorie di cause civili (3).

Giurisdizioni speciali civili.

A questo gruppo appartennero nel passato i tribunali di commercio, aboliti colla legge 25 gennaio 1888, n. 5174; i probiviri industriali e le commissioni per l'impiego privato che, colla legge 26 febbraio 1928 n. 471, furono assorbiti nella giurisdizione del lavoro; e più di recente

---

(1) Cfr. Redenti, *Trattato,* II, pag. 52-53; Zanobini, *La giustizia amministrativa,* pag. 200.

(2) Cfr. Vannini, *Istituzioni di dir. proc. penale* (Milano, 1942), pag. 39.

(3) Cfr. Zanzucchi, *Dir. proc. civ.,* I, pag. 212.

le commissioni per la decisione delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie, o delle controversie in materia di cottimo, abolite dal nuovo Codice (cfr. relazione GRANDI, n. 9). Ma anche oggi, nel nuovo ordinamento giudiziario, appartengono a questo gruppo di giudici speciali civili:

i *comandanti di porto,* capi di circondario marittimo, che, nei limiti del rispettivo circondario sono competenti a decidere, se il valore non eccede le lire diecimila, le cause civili per sinistri marittimi (art. 566 Codice della navigazione) e le controversie del lavoro della gente di mare (art. 581 stesso Codice);

gli *uffici del lavoro portuale,* che sono competenti a decidere senza limiti di valore le controversie individuali fra i lavoratori portuali, e fra essi e i datori di lavoro (art. 582 stesso Codice).

Merita una speciale menzione in questo gruppo il *consiglio superiore forense,* istituito con decr. l. 27 nov. 1933 n. 1578 (poi l. 22 gennaio 1934, n. 36, modif. dalla l. 23 marzo 1940 n. 254), il quale giudica sui ricorsi dei professionisti legali in tema di iscrizione nello albo e di cancellazione dal medesimo.

§ 77. — SEZIONI SPECIALI DEGLI ORGANI ORDINARI (1).

Sezioni specializzate degli organi ordinari.

Per conciliare il principio della giurisdizione unica colla necessità di adattare la composizione degli organi giudicanti alle speciali esigenze delle cause da giudicare, si è escogitato in questi ultimi decennî il sistema delle «sezioni specializzate»: invece di accrescere il numero delle giurisdizioni speciali, continuando a crearne delle nuove via via che si presentasse per qualche speciale gruppo di cause la opportunità di dare all'organo giudicante una conformazione e un procedimento diverso da quello ordinario, si è preferito creare nell'interno della gerarchia giudiziaria il modo per sodisfare a tali esigenze, istituendo presso gli organi ordinari apposite sezioni, che, pur facendo parte (come le sezioni ordinarie) dell'organo da cui dipendono, hanno un ordinamento speciale (per le persone che le compongono e per il procedimento che dinanzi ad esse si segue), diverso da quello delle altre sezioni dello stesso organo. Queste sezioni speciali non sono giurisdizioni speciali, perchè sono comprese nella gerarchia giudiziaria ordinaria; ma si distinguono anche dalle sezioni ordinarie, perchè, in corrispondenza colla loro particolare costituzione, sono fornite di una specie di competenza per materia determinata dalla legge.

Gli esempi più importanti di sezioni specializzate in materia civile sono i seguenti:

---

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, n. 168; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, pag. 213.

Giudici del lavoro.

a) I *giudici del lavoro* - Già colla legge 3 aprile 1926 n. 563 fu istituita, come sezione speciale delle corti d'appello, la *magistratura del lavoro,* per decidere in primo ed unico grado (salvo il ricorso in cassazione) i conflitti collettivi tra datori di lavoro e lavoratori; colla successiva legge 26 febbraio 1928 n. 471 (modificata dalla legge 22 gennaio 1934) fu poi attribuita ai pretori e ai tribunali costituiti in sezioni speciali (r. decr. 4 ottobre 1928 n. 2299) la competenza in primo grado sulle controversie individuali del lavoro, con appello alla magistratura del lavoro; queste norme sono state trasfuse e completate nel nuovo ordinamento giudiziario, nel modo seguente.

Per le controversie *collettive* in materia corporativa (art. 409-428 C.p.c.) funziona come magistratura del lavoro, in primo ed unico grado, «una speciale sezione della corte di appello», costituita di cinque componenti, tre magistrati e due «esperti» (art. 63 Ord. giud.). Per le controversie *individuali* del lavoro, in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie, e in materie regolate da norme corporative o da accordi economici, la competenza di primo grado è repartita, secondo il valore, tra le preture e i tribunali (esclusi i giudici conciliatori) costituiti, se occorre, in sezioni speciali del lavoro (per le preture, art. 35; per i tribunali, art. 46 Ord. giud.); l'appello si porta, anche contro le sentenze dei pretori, alla magistratura del lavoro, la quale, quando giudica in secondo grado sulle controversie individuali, è costituita di cinque magistrati, senza intervento di esperti (art. 64 Ord. giud.; art. 450 C.p.c.). Si noti che, mentre la magistratura del lavoro è necessariamente costituita, in ogni corte d'appello, come sezione speciale, dotata di una sua speciale competenza e, quando giudica sulle controversie collettive, composta in modo diverso dalle sezioni ordinarie, i giudici del lavoro di primo grado (pretori e tribunali) non si distinguono dagli ordinari giudici civili nè per diversità di composizione, nè per vera e propria diversità di competenza: l'unica differenza che passa in primo grado tra le sezioni del lavoro e le sezioni civili è una differenza di *procedimento,* la quale non può dar luogo a una dichiarazione di incompetenza, ma soltanto a un cambiamento di rito dinanzi allo stesso giudice (art. 445 e 446 C.p.c.). Si può perfino dubitare se, secondo il nuovo Codice, le sezioni del lavoro presso le preture o presso i tribunali si possano considerare, dove sono costituite, come vere e proprie sezioni speciali (1). Il rapporto che passa dinanzi ai giudici di primo grado tra le cause civili e le cause del lavoro si può paragonare a quello che, sotto

---

(1) Cfr. JAEGER, *Dir. proc. civ.*, n. 334; ANDRIOLI, *Comm.*, I, all'art. 429, n. 2, I; all'art. 445, n. 2; ZANINI, *Competenza e rito speciali nelle controversie individuali in materia corporativa* (in « Mass. giur. corp. », 1941, nn. 11-12); LUGO, in « Giur. it. », 1943, I, 1, 103.

il Codice precedente, passava tra le cause civili e le cause commerciali: le une e le altre rientravano senza distinzione nella competenza dei giudici civili, ma questi dovevano seguire, secondo che si trattasse delle une o delle altre, distinte regole di procedimento.

Tribunali delle acque pubbliche.

b) I *tribunali regionali delle acque pubbliche*: istituiti col r. d. l. 9 ottobre 1919 n. 2161, e regolati ora dal t. u. delle leggi sulle acque e sugli impianti elettrici 11 dicembre 1933 n. 1775, funzionano presso alcune corti d'appello (non presso tutte, ma solo presso quelle indicate nella tabella E allegata all'Ord. giudiziario) per giudicare le cause *su diritti* intorno alla demanialità delle acque, i limiti dei corsi o bacini, le derivazioni e utilizzazioni di acqua pubblica, e le altre indicate dall'art. 140 del citato t. u. Ciascuno di essi costituisce una speciale sezione della corte di appello presso la quale è istituito (art. 64 Ord. giud.), e funziona col numero di tre votanti, due magistrati e un funzionario tecnico del corpo reale del genio civile. Al disopra dei tribunali regionali è istituito in Roma il *tribunale superiore delle acque pubbliche,* il quale, a differenza dei tribunali regionali che si devono considerare come sezioni specializzate delle corti d'appello, è un organo autonomo posto all'infuori della gerarchia ordinaria, e può considerarsi come un vero e proprio giudice speciale sia per la sua composizione (è composto di consiglieri di cassazione, di consiglieri di Stato e di membri tecnici) sia per la sua speciale competenza (1): non solo esso infatti giudica in appello (con cinque votanti) sulle cause decise in primo grado dai tribunali regionali, ma esercita altresì in primo ed unico grado (con sette votanti) giurisdizione sui ricorsi contro gli atti della pubblica amministrazione in materia di acque pubbliche, cioè giurisdizione *su interessi,* che gli dà il carattere di una giurisdizione speciale amministrativa (art. 143 t. u. sopra citato). Dinanzi ai tribunali delle acque pubbliche si segue uno speciale procedimento.

Tribunali per i minorenni.

c) I *tribunali per i minorenni.* - In ogni sede di corte d'appello è costituito un tribunale per i minorenni (art. 49 Ord. giud.) composto di due magistrati e di un esperto (art. 50 Ord. giud.), e al disopra di esso, come giudice di secondo grado, funziona una speciale sezione della stessa corte, la quale giudica con quattro magistrati ed un esperto (art. 50 Ord. giud.). Questi tribunali, istituiti dal r. decr. l. 20 luglio 1934 n. 1404 (l. 27 maggio 1935 n. 855) hanno competenza penale, amministrativa e civile: quest'ultima, che particolarmente riguarda il nostro Corso, comprende numerose materie e rapporti giuridici interessanti i minori, in sede contenziosa o in sede di giurisdizione volon-

(1) In questo senso cfr. ZANOBINI, *La giustizia amministrativa,* n. 3 a pag. 467 e segg.

taria, secondo la specificazione contenuta nell'art. 32 della ricordata legge.

Commissari per gli usi civici.

d) I *commissari per gli usi civici.* - Per l'accertamento e la liquidazione generale degli usi civici e di qualsiasi altro diritto di promiscuo godimento delle terre spettanti agli abitanti di un comune o di una frazione di un comune, e per la sistemazione delle terre provenienti dalla liquidazione suddetta, sono stati istituiti dalla l. 16 giugno 1927 n. 1766, i *commissari regionali* per gli usi civici, scelti tra i magistrati di grado non superiore a quello di consigliere d'appello, aventi funzioni amministrative e funzioni giudiziarie (art. 27, 28, 29); contro le decisioni giurisdizionali dei commissari, che giudicano come giudici singoli, è ammesso reclamo alla corte di appello di Roma, presso la quale è istituita a tale scopo una speciale sezione (l. 10 luglio 1930, n. 1078, art. 3 e 8). Questa sezione per gli usi civici è certamente costituita come una sezione speciale di un organo giudiziario ordinario, e per questo se ne parla qui (1); ma la posizione dei commissari regionali è meno chiaramente classificabile, e i loro caratteri corrispondono piuttosto a quelli di una vera e propria giurisdizione speciale.

Giova infine avvertire che per certi organi giudiziari non è sempre agevole (per la solita ragione che la realtà storica ha sempre i margini meno netti delle classificazioni dei teorici) stabilire se essi rientrino tra i giudici *speciali* o tra le sezioni *specializzate* degli organi ordinari. Si presentano infatti nel nostro ordinamento positivo numerosi casi in cui gli organi giudiziari competenti a decidere certe cause in primo grado dovrebbero essere classificati, in base ai caratteri sopra esposti, in una categoria diversa da quella in cui rientrano invece, considerati in sè, gli organi superiori competenti a decidere le stesse cause in sede di impugnazione: sicchè, se si vuole adottare una qualificazione unica per gli organi di primo e di secondo grado, che non sono tra loro omogenei, bisogna necessariamente contentarsi, per gli uni o per gli altri, di una classificazione approssimativa. Questo fenomeno si verifica anche per alcuno degli esempi sopra considerati: così i tribunali regionali delle acque pubbliche, che considerati in sè hanno i caratteri di sezioni specializzate delle corti d'appello, si dovrebbero invece classificare tra i veri e propri giudici speciali, se si guarda ai caratteri del tribunale superiore al quale le loro sentenze sono appellabili, che è certamente un organo speciale di giurisdizione; così, viceversa, i capitani di porto e i commissari per gli usi civici, pur avendo, per sè stessi, tutti i caratteri di veri e propri giudici speciali, si dovrebbero classificare tra le sezioni specializzate degli organi ordinari, se si considera che le im-

Figure intermedie tra gli organi speciali e le sezioni specializzate.

(1) Cfr. anche Chiovenda, *Istituzioni,* II, 168, *b.*

pugnazoni contro le loro decisioni si portano dinanzi agli organi ordinari, e quindi attraverso le impugnazioni si riafferma la loro coordinazione organica con questi (1).

§ 78. — La corte di cassazione, come « organo supremo della giustizia ».

Abbiamo già visto, parlando della gerarchia degli organi giudiziari ordinari, come la corte di cassazione si possa considerare, nella piramide costituita dai varî gradi della giurisdizione ordinaria, il vertice sommo: e vedremo a suo tempo in qual modo essa esplichi, attraverso il ricorso ordinario (art. 360 e segg. C.p.c.) e attraverso il regolamento di competenza (art. 47 C.p.c.) la sua funzione regolatrice ed unificatrice su tutta la gerarchia degli organi ordinari.

Funzione regolatrice della Corte Suprema.

Ma questa funzione regolatrice ed unificatrice non si fa sentire soltanto sugli organi giudiziari ordinari: la corte di cassazione infatti, quale «organo supremo della giustizia» nello Stato (art. 65 Ord. giud.) esercita il suo controllo non solo su tutti i giudici ordinari (comprese, si intende, le sezioni speciali, costituite presso di essi), ma altresì sui giudici speciali (art. 362 C.p.c.), in modo da costituire il punto di raccordo e di coordinazione tra le giurisdizioni speciali e la giurisdizione ordinaria, assicurando in generale «il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni». Così tutto il sistema degli organi giudiziari, ordinari e speciali, riacquista, in virtù di questo organo supremo che tutti li ricollega, quel carattere di unità e di omogeneità che altrimenti avrebbe rischiato di rimaner soffocato sotto il disordinato moltiplicarsi delle giurisdizioni speciali. Ma l'importanza della corte di cassazione come supremo organo regolatore delle competenze e garante dell'unità del diritto nazionale (rel. Grandi, n. 11) non si arresta qui: in quanto, attraverso il regolamento dei conflitti di attribuzione (§ 100, II, *b*) eccede l'ambito della funzione giurisdizionale e fa sentire altresì la sua azione regolatrice sulle relazioni che passano tra gli organi giudiziari e gli organi delle altre funzioni dello Stato.

art. 65. Ord. giud.

---

(1) Cfr. per i tribunali delle acque, Zanobini, *La giustizia amministrativa*, pag. 467 e segg.; per i capitani di porto, Andrioli, in « Riv. del diritto della navigazione », 1941, pag. 155.

Capitolo Terzo

I LIMITI DELLA GIURISDIZIONE

Sommario. — § 79. - Varî criteri di delimitazione della giurisdizione (limiti esterni e limiti interni). — § 80. - Momento determinativo della giurisdizione e della competenza.

§ 79. — Varî criteri di delimitazione della giurisdizione (limiti esterni e limiti interni).

Enumerazione dei varî limiti della giurisdizione.

Per il principio della pluralità degli organi giudiziari (ordinari e speciali), la funzione giurisdizionale ci appare affidata non ad un singolo giudice individuato, ma ad un sistema di molte migliaia di giudici, ai quali, considerati nel loro complesso come una branca omogenea dell'ordinamento pubblico, è potenzialmente affidato l'esercizio di tutto il potere giurisdizionale dello Stato; ma per poter praticamente iniziare un processo dinanzi a un giudice concretamente individuato, ossia per poter sapere, al momento in cui si sta per iniziare un processo, qual è *in concreto* il giudice dinanzi al quale quella causa va portata, bisogna conoscere qual è la frazione di giurisdizione che compete *in concreto* a ciascun organo giudiziario, ossia quali sono i limiti entro i quali ciascuno di essi può esercitare la funzione affidatagli.

Questi limiti sono di vario ordine, e costituiscono per dir così altrettanti cerchi concentrici iscritti l'uno dentro l'altro, attraverso i quali la frazione di potere che spetta a ciascun giudice si trova gradatamente contenuta in zone sempre più ristrette e precise.

A) Si può, prima di tutto, parlare di limiti *internazionali* della giurisdizione. Il sistema degli organi giudiziari fa parte dell'ordinamento dello Stato e la giurisdizione non è che una delle funzioni della sovranità; ma la sovranità dello Stato è esternamente limitata dalla esistenza di altri Stati, e quindi la giurisdizione esercitata dai giudici italiani può trovare un limite esterno nella giurisdizione esercitata dai giudici stranieri.

B) Si può parlare, in secondo luogo, di limiti *costituzionali* della

giurisdizione. Nell'interno dello Stato, l'organizzazione giudiziaria si trova a contatto con altre branche di organi pubblici, che sono gli organi legislativi e gli organi amministrativi; e se nella concezione oggi imperante questa tripartizione organica si deve considerare non più come espressione di tre poteri in urto, ma come espressione di tre funzioni in collaborazione, ciò non esclude che per render possibile questa collaborazione sia necessario tracciare nell'interno dell'ordinamento costituzionale precisi confini che delimitino il rispettivo campo di azione di ciascuna funzione e regolino i loro reciproci rapporti. Gli organi giudiziari sono considerati così come un tutto organico che si trova in contatto con altri sistemi organici, investiti di funzioni diverse.

C) Nell'interno dell'ordinamento giudiziario, inteso, in senso lato, come il sistema di *tutti* gli organi (ordinari e speciali) ai quali è affidata nello Stato la funzione giurisdizionale, si possono pensare, prima di arrivare a determinare la particella di giurisdizione che spetta in concreto a ciascun componente di questo sistema di organi, altre successive delimitazioni, che costituiscono altrettante tappe per approssimarsi alla delimitazione finale.

Intanto si può considerare il sistema degli organi giurisdizionali *ordinari* come contrapposto, nel suo insieme, agli organi giurisdizionali *speciali*: e considerare quindi i limiti che tracciano la distinzione tra questi due ordini di organi come limiti esterni di ciascun ordine, quantunque essi limiti, se si considerano in relazione all'ordinamento giudiziario inteso in senso lato (come comprensivo cioè di *tutti* gli organi giudiziari, ordinari e speciali) siano da considerarsi tracciati nell'interno di esso.

D) Ulteriori delimitazioni, come cerchi sempre più ristretti, si possono tracciare nell'interno del sistema degli organi giudiziari ordinari, considerato in sè come gerarchia unitaria contrapposta agli organi speciali. Qui si presenta prima di tutto la repartizione di attribuzioni *tra i diversi tipi di organi*: la porzione di giurisdizione che viene idealmente attribuita, per es. ai pretori, si distingue da quella attribuita da una parte ai giudici conciliatori e dall'altra ai tribunali.

E) E finalmente, si può nell'ambito della giurisdizione attribuita indistintamente a ciascun tipo di organi giudiziari ordinari, tracciare altrettanti cerchi quanti sono, nella concreta realtà dell'ordinamento giudiziario vigente, gli *organi giudiziari appartenenti a quel tipo*. E così si arriva finalmente, attraverso queste delimitazioni sempre più ristrette, a determinare in concreto qual è la porzione di potere giurisdizionale, che ogni singolo organo giudiziario, funzionalmente e territorialmente individuato (per es. il tribunale di Roma), esercita in atto.

I cinque criteri di delimitazione enunciati finora non hanno tutti la

Limiti esterni e limiti interni.

stessa importanza. Quando si parla di limiti internazionali o di limiti costituzionali della giurisdizione si tracciano con ciò i confini *esterni* del potere appartenente all'ordinamento giudiziario italiano, oltre i quali non può spingersi alcuno dei giudici appartenenti a questo ordinamento; quando invece senza uscire dall'ordinamento giudiziario si cerca quali siano i limiti della giurisdizione affidata a ciascun tipo di organi giudiziari, o ancor più concretamente a ciascun organo appartenente a un determinato tipo, allora si tracciano con ciò fra i varî organi che compongono l'ordinamento giudiziario limiti *interni,* oltre i quali finisce la sfera di potere di un giudice, *ma comincia quella di un giudice diverso.* È facile intendere come la ricerca di questi limiti *interni* possa avere un senso soltanto in un secondo momento, dopo che in un primo momento sia stata esaurita con esito positivo la delimitazione *esterna*: quando si sia stabilito che su una certa materia nessun organo giudiziario dello Stato può provvedere (perchè questa eccede i limiti internazionali o costituzionali *di qualsiasi organo giudiziario*), sarebbe ozioso andare a ricercare tra i varî organi giudiziari dello Stato qual è quello che ha potere di provvedere su quella materia, mentre la prima ricerca ha dimostrato in modo generale che non può esservene alcuno.

In relazione con questi due diversi ordini di limiti *esterni* ed *interni* (corrispondenti i primi alle ipotesi fatte *sub* A e *sub* B; corrispondenti i secondi alle ipotesi fatte *sub* D e *sub* E; della ipotesi intermedia *sub* C si dirà separatamente) si trova, nel nuovo Codice, una consapevole contrapposizione di istituti e di terminologia. Quantunque a ben guardare queste delimitazioni mirino tutte quante, sia pure sotto diversi punti di vista, a stabilire entro quale ambito ciascun organo giudiziario può esercitare la sua funzione, e si possano tutte quante considerare in senso lato delimitazioni della giurisdizione, la nuova legge processuale parla di *giurisdizione* soltanto quando si tratta di tracciare i limiti esterni, mentre quando si tratta dei limiti interni parla di *competenza.* Anche sotto il vecchio Codice la giurisdizione e la competenza erano considerati come presupposti processuali distinti: e, tra i vizi della sentenza che potevano portare all'annullamento della sentenza, la « violazione delle norme di competenza » (cioè la pronuncia di una sentenza da parte di un giudice diverso da quello che avrebbe avuto potere di pronunciarla) era considerata distintamente dal caso in cui « l'autorità giudiziaria (cioè nessuno dei giudici appartenenti all'ordinamento giudiziario italiano) non poteva pronunciare » (art. 544 C.p.c. 1865). Ma la contrapposizione dei due concetti e delle corrispondenti espressioni non era sistematica: alcune norme sui limiti esterni della giurisdizione (limiti internazionali: art. 105-107 C.p.c. 1865) erano confuse con quelle sulla competenza; i limiti costituzionali tra giuri-

sdizione e amministrazione erano regolati, anzichè nel Codice di procedura, in leggi posteriori al medesimo, e specialmente nella legge 31 marzo 1877, n. 3761, sui conflitti di attribuzioni (1). Il nuovo Codice ha riunito e coordinato queste norme sparse, e ha adottato una terminologia più coerente ed unitaria. Ha indicato come presupposti processuali distinti la *giurisdizione* e la *competenza* (art. 5), ha menzionato le « questioni attinenti alla giurisdizione » come distinte dalle « questioni attinenti alla competenza » (art. 187), ha considerato il « difetto di giurisdizione » come un vizio diverso dall'« incompetenza » (cfr. l'intitolazione degli art. 37 e segg.; e l'art. 360), e il « regolamento di giurisdizione » (art. 41) come un procedimento diverso dal « regolamento di competenza » (art. 4); ed ha logicamente unificato sotto il concetto di « difetto di giurisdizione » tanto il difetto attinente ai limiti costituzionali (« difetto di giurisdizione del giudice ordinario *nei confronti della pubblica amministrazione* » art. 37, primo comma) quanto il difetto attinente ai limiti internazionali (« difetto di giurisdizione del giudice italiano *nei confronti dello straniero* », art. 37 secondo comma).

Giurisdizione e competenza.

ART. 4, 5, 37, 41, 187, 360. C. P. C.

Tra le due ipotesi chiaramente attinenti ai limiti esterni (già considerate sopra *sub* A e B) e le altre due attinenti ai limiti interni (già considerate sopra *sub* D ed E) si inserisce, come ipotesi intermedia quella già menzionata *sub* C, attinente ai limiti tra i poteri dei giudici ordinari, considerati nel loro complesso, e i giudici speciali. Qui si può, dal punto di vista sistematico, porre questo problema: i limiti tracciati tra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali si devono considerare esterni o interni? ossia, in altre parole, la questione che riguarda questi limiti è una questione di giurisdizione o una questione di competenza?

Teoricamente si dovrebbe rispondere nel secondo senso (2): quando si discute se il potere di decidere in concreto una certa causa appartenga a un giudice ordinario o a un giudice speciale, non si fa una questione di *giurisdizione* nel senso sopra chiarito (nel senso cioè che non esista nell'ordinamento giudiziario dello Stato alcun giudice fornito del potere di giudicare quella causa), ma si fa una questione di *competenza*, in quanto si mira a determinare, nell'interno dell'ordinamento giudiziario dello Stato qual è, dei vari organi giudiziari tra i quali la giurisdizione è potenzialmente repartita, quello concretamente investito del potere giurisdizionale su una certa causa. Tuttavia il nuovo Codice considera anche questo caso come attinente alla giurisdizione e non

(1) Cfr. AZZARITI, *I limiti della giurisdizione*, Roma, 1941, n. 1.

(2) Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 423; BRACCI, in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, I, pag. 173; AZZARITI, *Della competenza*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, I, pag. 51, n. 2.

alla competenza: l'art. 37 parla infatti, con un'unica formula, del « difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della « pubblica amministrazione *o dei giudici speciali* », considerando sullo stesso piano i limiti esterni (costituzionali) che separano la giurisdizione dall'amministrazione, e i limiti interni che separano, dentro lo ordinamento giudiziario, quel gruppo di organi che si chiamano ordinari da quell'altro gruppo di organi che si chiamano speciali (cfr. anche art. 362). La ragione di questa apparente deviazione dalle premesse sistematiche, è sopra tutto storica (1): i limiti tra i giudici ordinari e i giudici speciali si considerano alla stessa stregua dei limiti esterni tra giurisdizione e amministrazione, non solo perchè le giurisdizioni speciali sono sorte, come si è visto (§ 76), quali sovrastrutture esteriori venute a turbare, senza un ordine prestabilito, la chiusa architettura gerarchica degli organi giudiziari ordinari, ma anche perchè tra le giurisdizioni speciali si sono sempre considerati in prima linea, come costituzionalmente più importanti, gli organi della giustizia amministrativa, dei quali, specialmente nei tempi immediatamente seguenti alla loro istituzione, si è esitato a riconoscere la natura schiettamente giurisdizionale, e si è pensato che avessero più affinità coll'amministrazione che colla giurisdizione: sicchè i limiti tra essi e i giudici ordinari si sono considerati, piuttosto che limiti interni tra organi giudiziari, limiti esterni simili a quelli che passano tra organi investiti di funzioni costituzionalmente diverse.

Ragioni storiche per le quali i limiti tra giudici ordinari e giudici speciali si considerano come attinenti alla giurisdizione.

In tutto questo si deve vedere dunque soltanto la espressione di un momento storico, in cui il riassorbimento delle giurisdizioni speciali nell'ordinamento giudiziario ordinario è ancora in pieno divenire: il

---

(1) Molto esattamente si esprime in proposito l'Azzariti, *Della competenza*, cit., pag. 83: « Si può certo osservare, come da parecchi si è fatto, che non è preciso parlare di questioni di giurisdizione in questo ultimo caso, perchè, dato il concetto unitario di giurisdizione, la circostanza che di una controversia debba conoscere un giudice speciale piuttosto che un giudice appartenente all'ordine giudiziario ordinario non significa escludere la tutela giurisdizionale dello Stato, a differenza di quanto avviene, come dicemmo, quando si decide che la domanda non possa essere proposta dinanzi a qualsiasi giudice. Sta in fatto tuttavia che tanto l'uno quanto l'altro caso sogliono essere tradizionalmente compresi nel concetto di questione di giurisdizione: il che può anche essere spiegato storicamente e forse non manca nemmeno di qualche giustificazione. Si può infatti ricordare che la nozione strettamente unitaria della funzione giurisdizionale, che solo negli ultimi decennî è stata messa giustamente in rilievo dalla nostra dottrina, non era un tempo generalmente diffusa: onde è spiegabile che si riguardasse l'autorità giudiziaria ordinaria come l'unica investita della pienezza della funzione giurisdizionale, e che, in conseguenza, si ravvisasse come implicante una questione di giurisdizione ogni dubbio sulla competenza della autorità giudiziaria, considerata nel suo complesso ».

giorno in cui il principio della giurisdizione unica fosse pienamente attuato, tutte le questioni di repartizione di poteri tra organi giudiziari si dovrebbero ugualmente considerare come questioni di competenza (1).

Questione di giurisdizione e questione di competenza.

Oggi, nella tappa segnata su questa strada dal nuovo Codice, possiamo dunque riassumere in questi termini la differenza che passa, secondo la terminologia adottata dal vigente diritto positivo, tra questione di giurisdizione e questione di competenza (ovvero, il che equivale, tra difetto di giurisdizione e incompetenza):

I. - *questione di giurisdizione* si ha:

a) quando si discute dei limiti dei poteri del giudice italiano nei confronti del giudice straniero;

b) quando si discute dei limiti dei poteri dei giudici (ordinari o speciali) nei confronti della pubblica amministrazione attiva;

c) quando si discute dei limiti dei poteri dei giudici ordinari nei confronti dei giudici speciali, o viceversa; o dei giudici speciali tra loro;

II. - *questione di competenza* si ha:

a) quando si discute dei limiti dei poteri dei giudici ordinari di un certo tipo nei confronti dei giudici ordinari *di un altro tipo;*

b) quando si discute dei poteri di un giudice ordinario nei confronti di un altro giudice ordinario *dello stesso tipo.*

Nelle sezioni seguenti di questo Capitolo parleremo separatamente dei limiti esterni della giurisdizione, nel senso sopra precisato (Sezione prima); e dei limiti interni, ossia della competenza (Sezione seconda).

§ 80. — Momento determinativo della giurisdizione e della competenza. (2).

La giurisdizione e la competenza dei giudici si determinano sempre, come si vedrà, non in astratto, ma in relazione a certi elementi tratti dal rapporto sostanziale (cittadinanza delle parti, domicilio di esse, valore economico della causa, ecc.) su cui il giudice è chiamato a provvedere: elementi che la legge considera come indici giuridica-

(1) Cfr. sull'argomento le acute osservazioni di Bracci, in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, I, specialmente a pagg. 173-176.

(2) Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 235; Redenti, *Trattato*, II, n. 52; Andrioli, *Comm.*, I, art. 5.

mente rilevanti per assoggettare le varie categorie di cause alla giurisdizione dello Stato, e per ricollegarle alla competenza dei giudici più idonei a provveder su di esse. Ma i rapporti umani su cui i giudici possono essere chiamati a provvedere sono mutevoli nel tempo (la cittadinanza si può perdere, il domicilio si può cambiare, il valore di un oggetto può variare secondo le oscillazioni del mercato): e poichè il processo ha una sua durata che può essere in certi casi anche assai lunga, può accadere che nel corso di essa le condizioni del rapporto sostanziale vengano ad alterarsi così profondamente da far apparire, al momento in cui il giudice dovrà provvedere, indici di giurisdizione e di competenza diversi da quelli che sussistevano al momento in cui il processo si è iniziato. Si supponga, ad esempio, che la giurisdizione sia ricollegata dalla legge alla cittadinanza italiana dell'attore o che la competenza sia ricollegata alla residenza del convenuto nella circoscrizione di un certo giudice; può accadere, in tal caso, che lo attore, cittadino italiano al momento in cui propone la domanda e con ciò inizia il processo, abbia perduto la cittadinanza al momento in cui il giudice deve decidere, o che il convenuto, che era residente in quella circoscrizione al momento in cui la citazione gli è stata notificata, risulti, al momento della decisione, trasferito altrove. In casi come questi, per risolvere il problema di giurisdizione o quello di competenza, si dovrà tener conto dello stato di fatto esistente all'inizio del processo o di quello che è sopravvenuto alla fine?

La giurisdizione e la competenza come presupposti processuali.

Giova rilevare prima di rispondere a questa domanda, che le questioni di giurisdizione e di competenza sono considerate dalla legge, come meglio si vedrà a suo tempo, come questioni pregiudiziali attinenti al processo, distinti dalle questioni di merito (art. 187, art. 279): cioè, per adoprare la nota terminologia chiovendiana (§ 48), questioni attinenti ai « presupposti processuali », che debbono esser risolte prima di poter entrare nell'esame del merito. La decisione di queste questioni attinenti alla giurisdizione e alla competenza serve a stabilire se il giudice adito ha i poteri sufficienti per potere entrare a decidere il merito, e dev'essere quindi logicamente raggiunta prima che si possa passare all'esame e alla decisione della questione di merito.

ART. 187, 279 C. P. C.

È facile intender da ciò a quali gravi rischi le parti si troverebbero esposte se, per risolvere la questione di giurisdizione e di competenza, fossero rilevanti soltanto gli elementi di fatto esistenti al momento della decisione del merito. La questione di giurisdizione e di competenza si presenta praticamente prima alla parte che al giudice, perchè è la parte alla quale incombe, se vuol far valere in giudizio una sua pretesa, la scelta del giudice « competente » (art. 92) a provvedere sulla sua domanda; ma questa scelta la parte deve necessariamente compierla al

ART. 92.

momento in cui il processo si inizia, prendendo a base gli indici di competenza allora esistenti, senza poter prevedere gli eventuali mutamenti successivi. Se viceversa, per saper qual è il giudice competente a decidere il merito, si dovessero prendere in considerazione gli elementi di fatto esistenti al momento della decisione del merito, le parti si troverebbero esposte al grave danno di dover attendere la fine del processo per poter sapere se il processo è stato bene o male instaurato: e quando il giudice, in base ai mutamenti dello stato di fatto sopravvenuti nel corso del processo, si fosse dichiarato incompetente e avesse dichiarato la competenza di un altro giudice, niente garantirebbe che nel processo riproposto dinanzi a questo non sopravvenissero ancora altri mutamenti, che portassero poi, al momento della nuova decisione sul merito, a una nuova dichiarazione di incompetenza: e così di seguito, con un perpetuo giro vizioso (1).

La « perpetuatio iurisdictionis ».

(ART. 5, 10 C. P. C.)

Per evitare tali danni la legge stabilisce che gli indici di giurisdizione e di competenza da tenere presenti per risolvere queste due questioni pregiudiziali, siano soltanto quelli esistenti al momento della domanda e desumibili da essa. Si tratta in realtà, come esattamente rileva il REDENTI (2), di due regole che tra loro reciprocamente si integrano, ma che sono distinte. La prima (che il Codice formula esplicitamente solo in tema di competenza per valore, art. 10; ma che in realtà ha carattere generale) è questa: che la giurisdizione e la competenza si determinano dalla domanda, *indipendentemente dalla sua fondatezza;* la seconda, espressa nell'art. 5, è quest'altra: che « la « giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo allo stato « di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e « non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti dello « stato medesimo ».

In queste due regole si impernia il principio della cosiddetta *perpetuatio iurisdictionis* (3): in forza del quale la giurisdizione e la competenza del giudice rimangono fissate ed immutabili fino alla fine del processo in base alla situazione di fatto esistente al tempo della domanda (*semel iudex, semper iudex; semel competens, semper competens*) anche se per avventura nel corso del medesimo sopravvengono altre circostanze di fatto che, se presenti fin da principio, avrebbero portato a dare alla questione di giurisdizione o di competenza una diversa soluzione. La soluzione di queste due questioni viene dunque

---

(1) REDENTI, *Trattato,* II, n. 52.

(2) *Trattato,* II, 51.

(3) CHIOVENDA, *Saggi,* I, 271; *Istituzioni,* I, nn. 29 e 34; II, n. 256 (con riferimento dei più importanti testi latini a cui il principio risale); ANDRIOLI, *Comm.,* I, art. 5, n. 2.

retroattivamente riportata allo stato di fatto esistente al momento della domanda: come se il tempo si fosse fermato a quel momento.

Il principio della *perpetuatio iurisdictionis* va però inteso *cum grano salis*, cioè colle avvertenze seguenti:

a) I mutamenti successivi alla proposizione della domanda che la legge considera irrilevanti sono soltanto i mutamenti dello « stato di fatto » qual è narrato e rappresentato dalla domanda: mutamenti *di fatto*, cioè, intervenuti nelle circostanze del rapporto sostanziale che la domanda sottopone al giudice. Il principio della *perpetuatio iurisdictionis* non riguarda dunque i mutamenti *di diritto* che, in forza di una legge nuova sopravvenuta nel corso del processo, diano al rapporto sostanziale controverso una qualificazione giuridica diversa da quella data dalla legge vigente al momento della domanda, o che modifichino la distribuzione delle competenze fra gli organi giudiziari (1). In questi casi la legge nuova stabilirà volta per volta se il mutamento di diritto operi anche sui processi in corso (2); ma non potrà invocarsi qui il principio generale della *perpetuatio iurisdictionis*, che ha un campo d'applicazione diverso.

Mutamenti di fatto e mutamenti di diritto.

b) La regola secondo la quale la giurisdizione e la competenza si determinano dalla domanda, non significa già che la risoluzione di queste questioni si debba basare sullo stato di fatto qual è affermato nella domanda, anche se non corrisponde allo stato esistente nella realtà. Per il principio della domanda (art. 99; art. 112) spetta alla parte allegare gli elementi di fatto attinenti alla determinazione del *petitum* e della *causa petendi*, e, se il convenuto non li contesta, il giudice, agli effetti della determinazione della competenza, deve prenderli così come li trova affermati nella domanda; ma il giudice potrà sempre rettificare la erronea definizione giuridica data dalla parte alla azione proposta e da questa rettificazione trarre conseguenze relative alla competenza (se è portata dinanzi a un pretore un'azione qualificata possessoria, il pretore potrà dichiararsi incompetente se riterrà che l'azione proposta si debba giuridicamente definire, ferme le premesse di fatto, come petitoria) (3). Si intende poi che gli elementi di fatto affermati nella domanda possono essere utilizzati come indici di competenza solo in quanto il convenuto non li contesti: se l'attore afferma che il giudice italiano ha giurisdizione perchè il convenuto straniero è residente nel Regno (art. 4 n. 1), questi potrà sempre

Effetti delle contestazioni di fatto provenienti dalla controparte.

---

(1) Cfr. Andrioli, *Comm.*, I, art. 5, n. 2; Redenti, *Trattato*, II, n. 52.

(2) L'art. 230 delle D. a. ha stabilito che il « giudice regolarmente adito secondo le leggi anteriori mantiene la competenza sugli affari di cui è stato investito anche se le norme sulla competenza sono mutate ».

(3) Cfr. Redenti, *Trattato*, cit., II, pag. 151.

contestare il fatto della residenza allo scopo di far risolvere negativamente la questione della giurisdizione; se l'attore propone una causa al pretore dichiarando nella domanda che l'oggetto non supera il valore di lire diecimila, il convenuto potrà contestare il valore dichiarato, allo scopo di dimostrare che il pretore è incompetente per valore (art. 14, secondo comma). Il principio che la giurisdizione e la competenza si determinano dalla domanda significa dunque non già che le affermazioni di fatto contenute nella domanda siano, agli effetti di tale determinazione, incontestabili; ma che, se sono contestate, la decisione deve basarsi sullo stato di fatto realmente esistente *al momento della domanda.*

Incompetenza sopraggiunta.

c) D'altra parte il principio della *perpetuatio iurisdictionis* non esclude che la competenza, originariamente determinata in base alla domanda dell'attore, possa modificarsi nel corso del processo (*incompetenza sopraggiunta*) (1) per effetto delle eccezioni o delle domande riconvenzionali del convenuto, che allargando il tema del dibattito a materie eccedenti i limiti della competenza del giudice adito, rendano opportuno per tutta la causa uno spostamento di competenza basato sulla connessione (ne vedremo a suo tempo esempi negli art. 34, 35, 36). Anche qui però questo spostamento di competenza derivante dalle controdomande del convenuto avviene *indipendentemente dalla fondatezza delle medesime.*

Si può dire in conclusione che per determinare la giurisdizione e la competenza del giudice (come, del resto, per risolvere qualsiasi altra questione attinente ai presupposti processuali) la fondatezza delle domande o delle eccezioni delle parti non ha rilevanza. Le contrapposte deduzioni dell'attore e del convenuto sono qui considerate in quanto pongono il *thema decidendum;* in relazione ad esso, e non in relazione al *decisum,* si deve cercare la soluzione delle questioni di giurisdizione e di competenza. Prima di sapere quale delle due parti abbia ragione, bisogna sapere qual è il giudice competente a decidere chi ha ragione: in questo senso si dice che la competenza si determina dalla domanda, considerata in sè, come posizione di un problema di merito del quale, al momento in cui si sceglie il giudice, si ignora ancora la soluzione.

---

(1) Chiovenda, *Istituzioni,* II, n. 175 e n. 256, pag. 300

Sezione prima

I LIMITI ESTERNI DELLA GIURISDIZIONE (QUESTIONE DI GIURISDIZIONE)

Sommario. — § 81. - *A*) Limiti internazionali della giurisdizione: giurisdizione nei confronti degli stranieri. — § 82. - Giurisdizione ecclesiastica sulle cause matrimoniali. — § 83. - Efficacia in Italia dei provvedimenti giurisdizionali stranieri. — § 84. - *B*) Limiti costituzionali della giurisdizione. — § 85. - Limiti tra giurisdizione e attività legislativa. — § 86. - Limiti tra giurisdizione e attività amministrativa. — § 87. - *C*) Limiti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali.

Bibliografia essenziale. — Chiovenda, *Istituzioni*, II, nn. 147-152; Carnelutti, *Istituzioni*, nn. 51-53; Redenti, *Trattato*, II, nn. 13-31; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 22 e segg.; Azzariti, *I limiti della giurisdizione*, Roma 1941; Bracci, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione* (in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, I, pag. 165); Morelli, *I limiti della giurisdizione italiana nel nuovo C. p. c.* (in « Riv. dir. proc. civ. », 1940, I, pag. 104); Monaco, *Il giudizio di delibazione* (in « Riv. dir. proc. civ. », 1942, I, 77).

§ 81. — *A*) Limiti internazionali della giurisdizione: giurisdizione nei confronti degli stranieri (1).

La giurisdizione, come espressione della sovranità dello Stato, ha la stessa estensione di questa (2): e, avendo carattere nazionale, trova un limite internazionale nella coesistenza, intorno allo Stato italiano, di altri Stati, ciascuno dei quali esercita, nell'ambito della sua sovranità, la propria giurisdizione nazionale. Più specialmente si può dire che, essendo la giurisdizione, nel sistema della legalità, indirizzata a far osservare la legge, essa si estende nello stesso ambito in cui la legge dello Stato fa sentire il suo impero; e dove la legge cessa di aver vigore

(1) Morelli, *I limiti della giurisdizione italiana nel nuovo C.p.c.*, cit.; Chiovenda, *Istituzioni*, II, nn. 147-152; Carnelutti, *Istituzioni*, nn. 51-53; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 22-29; Redenti, *Trattato* cit., II, nn. 13-31.

(2) Chiovenda, *Istituzioni*, II, n. 147.

perchè comincia la sovranità di altri Stati, ivi corre anche il confine internazionale della giurisdizione.

Gli elementi da tenersi presenti per tracciare i limiti esterni della giurisdizione nazionale possono essere due: il *territorio* e la *cittadinanza*. Si potrebbe stabilire che la giurisdizione abbia gli stessi limiti territoriali dello Stato, nel senso che essa si estenda a tutte le cause che sorgono *nel territorio nazionale*: ovvero che i suoi limiti siano desunti dalla nazionalità dei litiganti, nel senso che essa si estenda a tutte le cause che sorgono *tra cittadini italiani*. Questi due criteri di delimitazione verrebbero praticamente a coincidere, se lo Stato fosse un mondo chiuso ed isolato, senza relazione cogli altri Stati e senza traffici internazionali: se sul territorio dello Stato non abitassero che italiani, e se, per assoluta mancanza di scambi o di viaggi, nell'interno dell'ordinamento giuridico non potessero svolgersi altri rapporti che quelli tra cittadini, si potrebbe semplicemente dire che la giurisdizione si estende a tutte le cause che sorgono tra cittadini italiani nel territorio dello Stato. Ma in realtà i traffici internazionali tra cittadini di Stati diversi, e la possibilità che i cittadini di uno Stato emigrino all'estero o che i cittadini stranieri vengano nello Stato, fa sorgere, nel campo della legislazione e nel campo della giurisdizione, una quantità di problemi assai più complicati, volti a stabilire qual è la legge che regola i rapporti tra cittadini di Stati diversi, o i rapporti tra persone che essendo cittadini di uno Stato si trovino a vivere e a negoziare sul territorio di uno Stato diverso; e qual è lo Stato che può esercitare su tali rapporti la sua giurisdizione. A risolvere i problemi del primo gruppo, attinenti alla legislazione, mirano gli art. 16-31 delle Disp. sulla legge in generale, premesse al Cod. civile; a risolvere i problemi del secondo gruppo mirano gli art. 2-5 del nuovo C.p.c.

Criteri determinativi della giurisdizione italiana nei confronti dello straniero. ART. 2-5 C. P. C.

Specialmente importante è l'art. 4, il quale detta i criteri per determinare in quali casi i giudici italiani hanno, come dice la intitolazione dell'articolo, « giurisdizione rispetto allo straniero ». Il Cod. del 1865 regolava questo problema negli art. 105-107, posti sotto il titolo « della competenza »; ma in realtà qui non si tratta di scegliere quale sia, tra i varî giudici appartenenti all'ordinamento italiano, quello in concreto competente a decidere, ma si tratta di stabilire se il potere di decidere spetta, in generale, ai giudici italiani (« ai giudici del Regno » dice l'art. 4), considerati nel loro complesso come contrapposti ai giudici stranieri: si tratta dunque di un problema di giurisdizione (o di « competenza giurisdizionale», secondo un'espressione adoprata dagli internazionalisti, che appare anche nell'art. 797 C.p.c.), non di un problema di competenza, che può sorgere solo quando si sia risolto affermativamente il primo (cfr. però quanto è detto oltre, a proposito della competenza territoriale, § 94, n. 4).

Gli art. 2-5 riguardano solo il caso in cui lo straniero sia convenuto.

L'art. 4 pone il problema dei limiti internazionali della giurisdizione, in termini molto precisi e ristretti (1): come il problema dei casi in cui « lo *straniero* può essere *convenuto* davanti ai giudici italiani ». Questo significa, in primo luogo, che agli effetti di determinare la giurisdizione si deve tener conto della situazione personale *del solo convenuto,* mentre quella dell'attore rimane a tali effetti irrilevante; in secondo luogo che queste disposizioni sono applicabili soltanto nei casi in cui il convenuto sia *straniero* (o apolide) (2), mentre, se il convenuto è italiano, si deve intendere che la causa rientri sempre, come regola generale, nella giurisdizione dei giudici italiani, anche se il convenuto risieda all'estero o se all'estero siano situati i beni immobili di cui si contende (3). Le limitazioni dell'art. 4 si riferiscono dunque alle cause promosse da un italiano contro uno straniero, o da uno straniero contro un altro straniero; non riguardano invece le cause promosse da uno straniero contro un italiano, o da un italiano contro un altro italiano.

I casi in cui lo straniero (o apolide) può essere convenuto dinanzi ai giudici italiani, si possono raggruppare secondo i seguenti criteri (che corrispondono ad altrettanti cosiddetti « momenti di collegamento »), che concernono non solo le persone fisiche, ma anche, in quanto applicabili, le persone giuridiche di nazionalità straniera (4).

Criterio personale:

ART. 4 N. 1.

a) criterio *personale* o soggettivo (art. 4, n. 1), consistente in un certo collegamento tra il territorio dello Stato italiano e la persona del convenuto: se il convenuto straniero « quivi è residente o domiciliato « anche elettivamente, o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a « stare in giudizio a norma dell'art. 77 ». Si noti però che questo criterio di giurisdizione non vale più, contro il convenuto straniero « se la domanda sia relativa a beni immobili situati all'estero » (5): in questo caso, anche se il convenuto straniero è residente o domiciliato in Italia, i giudici italiani sono sprovvisti di giurisdizione, contrariamente a quanto avviene quando il convenuto è italiano.

Criterio reale:

ART. 4 N. 2.

b) criterio *reale* o oggettivo (art. 4, n. 2) (6), consistente in un certo collegamento tra il territorio dello Stato italiano e i beni di cui si contende, o le circostanze in cui è sorto o doveva svolgersi il rapporto controverso; cioè: se la domanda « riguarda beni esistenti nel Regno » (nella quale frase devono intendersi compresi anche i beni

---

(1) Cfr. REDENTI, *Trattato,* II, cit., n. 18.

(2) Cfr. ANDRIOLI, *Comm.,* I, pag. 27.

(3) MORELLI, scritto cit., n. 2, pag. 105; contro, REDENTI, *Trattato,* II, n. 19.

(4) Cfr. REDENTI, *Trattato,* II, n. 21.

(5) Sul significato di questa frase, cfr. ANDRIOLI, *Comm.,* I, pag. 27.

(6) Cfr. REDENTI, *Trattato,* II, n. 22.

immateriali protetti nel Regno) (1); se riguarda « successioni ereditarie di cittadino italiano » (anche se aperte all'estero), ovvero « aperte nel Regno » (anche se di cittadino straniero); se la domanda riguarda obbligazioni sorte nel Regno (perchè nel Regno è avvenuto il contratto o il fatto illecito da cui l'obbligazione è sorta) o da eseguirsi nel Regno;

Accettazione: ART. 4 N. 1.

c) criterio dell'*accettazione* (art. 4, n. 1) (2), se lo straniero convenuto dinanzi ai giudici italiani ha accettato, anche mediante *facta concludentia* (3), la giurisdizione italiana;

Connessione: ART. 4 N. 3.

d) criterio della *connessione* (art. 4, n. 3) (4): « se la domanda è connessa con altra pendente davanti al giudice italiano » (esclusa la connessione puramente *soggettiva* e la connessione *impropria*: cfr. § 41, B, lett. *a* ed *h*) (5).

Reciprocità: ART. 4 N. 4.

e) criterio della *reciprocità* (art. 4, n. 4) (6): se, nel caso re- « ciproco, il giudice dello Stato al quale lo straniero appartiene può « conoscere delle domande proposte contro un cittadino italiano ».

I casi esaminati finora appartengono alla fase di cognizione: ma il problema dei limiti della giurisdizione italiana nei confronti dello straniero può sorgere anche in relazione ai provvedimenti cautelari e a quelli esecutivi.

Provvedimenti cautelari ed esecutivi contro lo straniero.

Per i provvedimenti cautelari l'art. 4 n. 3 pone due criteri di collegamento: o che il provvedimento cautelare debba essere materialmente eseguito nel Regno, anche se il giudice italiano in base ai criteri precedentemente enunciati non ha giurisdizione per conoscere del rapporto cautelato (per es. il sequestro di mobili situati in Italia, appartenenti a uno straniero non residente o domiciliato in Italia, a cautela di un credito contro di lui, sorto e da eseguirsi all'estero), o che il provvedimento cautelare anche se materialmente dovrà eseguirsi all'estero miri ad assicurare un rapporto principale, sul quale il giudice italiano, in base ai criteri precedentemente enunciati, abbia giurisdizione (per es. il sequestro conservativo di mobili situati all'estero, chiesto contro uno straniero non domiciliato e non residente nel Regno, a cautela di un credito sorto in Italia). Si noti che mentre nella prima ipotesi il giudice italiano ha giurisdizione tanto per la cognizione cautelare, quanto per la esecuzione cautelare (cfr. retro, § 27, II), nella seconda ipotesi la giurisdizione italiana è limitata, per quanto attiene

---

(1) CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 52, *b*).
(2) CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 52, e).
(3) REDENTI, *Trattato*, II, n. 25.
(4) REDENTI, *Trattato*, II, n. 23.
(5) ANDRIOLI, *Comm.*, I, pag. 34.
(6) REDENTI, *Trattato*, II, n. 24.

al provvedimento cautelare, alla sola fase di cognizione (cioè, per es., a concedere il sequestro, ma non ad eseguirlo).

Nessuna disposizione dell'art. 4 parla della giurisdizione italiana contro lo straniero in tema di esecuzione forzata; si deve ritenere però che l'unico momento di collegamento necessario e sufficiente per far sorgere nel giudice italiano tale giurisdizione sia la esistenza nel territorio del Regno dei beni su cui deve compiersi l'esecuzione, anche se lo straniero, contro cui l'esecuzione è fatta, non si trovi in alcuna delle altre condizioni previste dall'art. 4 (1).

Esenzione della giurisdizione italiana.

Le norme finora esaminate ci dicono in quali casi lo straniero *può* essere convenuto in Italia: in tutte le altre ipotesi che non rientrino in quelle finora esaminate, il giudice italiano manca di giurisdizione nei confronti di esso. Ma può accadere altresì che, pur ricorrendo una delle ipotesi finora contemplate, il giudice italiano manchi di giurisdizione nei confronti dello straniero perchè questo ne sia particolarmente *esentato* in base a trattati o a norme consuetudinarie internazionali: come avviene per gli Stati esteri e per i loro capi per norma consuetudinaria suggerita da riguardi internazionali sono considerati esenti dalla giurisdizione italiana; lo stesso vale per gli agenti diplomatici stranieri e loro famiglie (2). Tale esenzione, basata sulla consuetudine, è, sia pur con molte limitazioni, riconosciuta dalla nostra giurisprudenza: ma non è scritta, come norma generale, in alcun testo del diritto positivo interno. Solo per quello che riguarda gli atti di esecuzione forzata (cautelare e satisfattiva) il r. decr. l. 30 agosto 1925, n. 1621, conv. in legge 15 luglio 1926 n. 1263 ha stabilito che a tali atti non si può procedere in Italia su beni appartenenti a Stati esteri che ammettano la reciprocità, senza l'autorizzazione del ministro per la giustizia (3).

§ 82. — Giurisdizione ecclesiastica sulle cause matrimoniali.

Competenza giurisdizionale dei tribunali ecclesiastici.

Un'altra limitazione esterna della giurisdizione italiana, che ha molti punti di somiglianza con quella di carattere internazionale di cui si è parlato finora, è quella introdotta nel diritto italiano in seguito al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929; in forza del quale

---

(1) Cfr. Carnelutti, *Istituzioni*, n. 52, pag. 53; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 25-26.

(2) Chiovenda, *Istituzioni*, II, n. 149; Carnelutti, *Istituzioni*, n. 53; Provinciali, *L'immunità giurisdizionale degli Stati esteri* (Padova, Cedam, 1933); Quadri, *La giurisdizione sugli Stati stranieri* (Milano, Giuffrè, 1941).

(3) Rocco Alfr., in « Riv. dir. proc. civ. », 1926, I, pag. 1.

(art. 34) lo Stato italiano, mentre riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili, consente a riservare « le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa « del matrimonio rato e non consumato... alla competenza [si intende « competenza *giurisdizionale* »] dei tribunali e dei dicasteri eccle- « siastici », mentre le cause di separazione personale tra coniugi continuano ad esser giudicate « dall'autorità giudiziaria civile ».

Così mentre tutte le cause matrimoniali rientrano nella giurisdizione dei giudici italiani quando si tratta di matrimoni celebrati dinanzi all'ufficiale dello stato civile (art. 84 e segg. C.c.) o davanti ai ministri dei culti ammessi nello Stato (art. 83 stesso Cod.), la giurisdizione dei giudici italiani è limitata alle sole cause di separazione personale (art. 149 e segg. C.c.; art. 706 e segg. C.p.c.) quando si tratti di cause matrimoniali relative a matrimoni celebrati davanti a ministri del culto cattolico (art. 82 C.c.). ART. 706.

In questo modo si ha tutta una categoria di cause su rapporti di diritto matrimoniale che, quantunque sorgano *sul territorio* dello Stato italiano e vertano *tra cittadini italiani,* sono sottratte alla giurisdizione dello Stato e sono riservate alla *giurisdizione ecclesiastica,* cioè alla giurisdizione della Chiesa cattolica, alla quale lo Stato, coll'art. 1 del Concordato 11 febbraio 1929 ha assicurato « il libero e pubblico eser- « cizio della giurisdizione in materia ecclesiastica ». Le relazioni ed i limiti fra la giurisdizione civile dello Stato e la gurisdizione ecclesiastica della Chiesa non si possono considerare in tutto simili a quelle che passano tra le giurisdizioni di due Stati diversi, ciascuno dei quali esercita la propria sovranità sui propri sudditi e sul proprio territorio: Stato e Chiesa stanno su due diversi piani giuridici, e le sentenze dei tribunali ecclesiastici non si possono considerare, dato che esse sono pronunciate in Italia su cause vertenti tra cittadini italiani, come sentenze pronunciate da organi giudiziari stranieri. Ma tuttavia Stato e Chiesa costituiscono, quantunque posti su diversi piani, ordinamenti giuridici distinti e indipendenti; sicchè sulle cause matrimoniali, riservate alla giurisdizione di organi appartenenti a un ordinamento giuridico diverso da quello dello Stato, tutti i giudici italiani sono, come per le cause riservate alla giurisdizione straniera, mancanti di giurisdizione (1). *Difetto di giurisdizione dei giudici italiani sulle cause matrimoniali.*

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, n. 153; CARNELUTTI, *Istituzioni,* n. 55; REDENTI, *Trattato,* II, n. 35; JEMOLO, *Il matrimonio* (Torino, 1937, pag. 239 e segg.).

§ 83. — Efficacia in Italia dei provvedimenti giurisdizionali stranieri.

Le limitazioni esterne della giurisdizione, di cui abbiamo finora discorso, mentre da una parte affermano l'assoggettamento delle cause incluse nel loro ambito al potere giurisdizionale dei giudici italiani, dall'altra implicitamente riconoscono che sulle altre cause non comprese in quei confini il potere giurisdizionale possa spettare a giudici di altri ordinamenti: sorge così il problema della efficacia che può avere in Italia il provvedimento giurisdizionale proveniente da un giudice di uno Stato straniero, o più in generale di un ordinamento giuridico diverso da quello italiano.

Affinchè il provvedimento di un giudice straniero possa avere qualche rilevanza in Italia, occorre prima di tutto che esso concerna una di quelle cause che la legge italiana, secondo i criteri suesposti, riconosce come appartenenti alla giurisdizione straniera: è la stessa legge italiana che deve esser tenuta presente per stabilire se la causa rientra tra quelle appartenenti alla giurisdizione straniera, ossia se il giudice straniero può conoscere della causa « secondo i principî sulla *competenza giurisdizionale* » vigenti nell'ordinamento italiano » (art. 797, n. 1). In base a tali principî possono verificarsi in concreto tre ipotesi (1): o che la causa sia tra quelle che, secondo i principî sulla competenza giurisdizionale vigente nell'ordinamento italiano, appartengono sempre, in maniera *esclusiva,* alla giurisdizione italiana; o che viceversa la causa sia tra quelle che appartengono sempre, in maniera *esclusiva,* alla giurisdizione straniera (per es. una causa tra stranieri relativa a beni immobili situati all'estero, art. 4 n. 1); o che si tratti di una causa sulla quale la competenza giurisdizionale italiana è *concorrente* con quella straniera, nel senso che la causa possa esser ugualmente portata, a scelta delle parti, dinanzi al giudice italiano o a quello straniero. In queste ultime due ipotesi la legge italiana riconosce al giudice straniero la « competenza giurisdizionale » a decidere sulla causa; e il provvedimento straniero che sia stato pronunciato nei limiti di questa competenza può, attraverso un apposito procedimento giurisdizionale che si svolge dinanzi alla corte d'appello (il cosiddetto « giudizio di delibazione », art. 796 e segg.), *esser dichiarato efficace nel Regno.*

ART. 796 E SEGG

Competenza giurisdizionale esclusiva e concorrente.

Non basta dunque la competenza giurisdizionale a dare senz'altro in Italia ai provvedimenti dei giudici stranieri la stessa efficacia dei provvedimenti giurisdizionali italiani; la giurisdizione è un'espressione

(1) Cfr. Redenti, *Trattato,* II, nn. 30-31.

della sovranità, e nel territorio dello Stato non è concepibile altra sovranità che quella interna. Ma tuttavia il provvedimento giurisdizionale straniero, pur non avendo di per sè in Italia l'efficacia di un atto di sovranità, è fornito anche nell'ordinamento interno di una certa rilevanza giuridica, in quanto lo Stato italiano, quando esso risponda a certi requisiti minimi di carattere prevalentemente formale stabiliti dalla legge italiana (art. 797), non lo ignora, ma lo considera come un fatto giuridico a cui riconnette, mediante un'apposita « dichiarazione di efficacia » pronunciata dal giudice italiano, la stessa efficacia che esso avrebbe se fosse un provvedimento giurisdizionale interno. Così ciò che ha efficacia giurisdizionale in Italia non è il provvedimento straniero come tale; è la sentenza italiana che, dichiarando efficace tale provvedimento, lo trasforma con effetto costitutivo in provvedimento interno (come si dice, lo « nazionalizza »), ossia lo assume come contenuto di un comando interno, con un procedimento in un certo senso parallelo a quello che segue il legislatore italiano, quando, riconoscendo in certi casi applicabile in Italia il diritto straniero, viene ad assumerlo, attraverso il rinvio, nel diritto interno (1).

Non è questo il luogo per studiare le condizioni e le modalità di questo cosiddetto giudizio di *delibazione* (2) (la cui denominazione, rimasta oggi nella pratica quantunque non più adoprata nella terminologia del nuovo C.p.c., allude al carattere superficiale che ha in questo giudizio la cognizione del giudice italiano, limitata alla verificazione di certi requisiti formali del giudicato straniero; ma tale denominazione non è sempre esatta, poichè in certi casi il giudice italiano può entrare a riesaminare il merito, art. 797, n. 7; art. 798). Qui dobbiamo limitarci ad avvertire che questa dichiarazione di efficacia proveniente dal giudice italiano è necessaria non soltanto per fare acquistare ai provvedimenti giurisdizionali stranieri la efficacia di titoli esecutivi in Italia (efficacia *esecutiva*, cfr. art. 474; come può accadere, ad esempio, se una sentenza di condanna al pagamento di una somma, pronunciata all'estero tra cittadini stranieri, si vuol eseguire forzatamente in Italia, espropriando i beni di cui il condannato è qui proprietario), ma altresì per far acquistare ad essi l'autorità di giudicato, invocabile come tale in Italia.

Giudizio di delibazione.

ART. 797-798.

---

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 151.

(2) Sul giudizio di delibazione cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, nn. 151-152; CARNELUTTI, *Istituzioni*, nn. 67-73; MORELLI, *Dir. proc. civ. internazionale*, pag. 293 e segg.; MONACO, *Il giudizio di delibazione* (Milano, 1940). Sul giudizio di delibazione sotto il nuovo Codice, MORELLI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere e il nuovo C.p.c.* (Milano, 1941); MONACO, *Il giudizio di delibazione secondo il nuovo C.p.c.*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1942, I, pag. 77 e segg.

Le discussioni che si facevano in proposito sotto il vecchio Codice, sono state troncate dal nuovo, il quale espressamente dispone che anche per poter invocare il giudicato straniero in un giudizio che sia in corso in Italia, è necessaria la dichiarazione di efficacia in via incidentale (art. 799); e in generale adopra espressioni deliberatamente scelte per far intendere che tale dichiarazione è indispensabile per tutti gli effetti della sentenza, e non soltanto per quelli esecutivi (mentre il Cod. del 1865, art. 941, parlava di « forza *esecutiva* » da darsi dalla corte d'appello del luogo in cui la sentenza doveva essere « eseguita », il nuovo Codice, art. 796, parla di « far valere » nel Regno una sentenza straniera, e attribuisce la competenza a pronunciarne la « dichiarazione di efficacia » alla corte d'appello del luogo in cui la sentenza « deve avere *attuazione* ») (1).

ART. 799.

Un procedimento molto simile a quello finora esaminato è istituito dalla l. 27 maggio 1929 n. 847 per dare efficacia civile alle pronuncie dei tribunali ecclesiastici in materia matrimoniale: la sentenza ecclesiastica che pronuncia la nullità del matrimonio, e il provvedimento col quale è accordata la dispensa dal matrimonio rato e non consumato, non hanno in sè efficacia di atti giurisdizionali valevoli nello Stato: per poter conseguire tale efficacia, occorre, come per le sentenze straniere, che siano sottoposti alla corte d'appello competente, la quale li « rende esecutivi agli effetti civili » (art. 34 del Concordato: art. 17 l. 27 maggio 1929 citata), ossia attribuisce ad essi, con effetto costitutivo, quel carattere di atti di sovranità che nell'ordinamento giuridico italiano essi di per sè non avrebbero. Ciò avviene, come a suo tempo si vedrà, attraverso una indagine ancor più superficiale di quella che ha luogo nel giudizio di delibazione: la corte d'appello, infatti, non solo non può rientrare nel merito del provvedimento (salvo che nel caso previsto dall'art. 22 della l. 27 maggio 1929 cit.), ma anche per la verificazione dei requisiti formali deve limitarsi a prendere atto della loro regolarità quand'è attestata da un apposito decreto del supremo tribunale della Segnatura (art. 34 del Concordato) (2).

Giudizio di esecutorietà delle sentenze ecclesiastiche.

§ 84. — B) Limiti costituzionali della giurisdizione.

I limiti della giurisdizione di cui si è parlato finora sono, come si è detto, una conseguenza della limitazione territoriale della sovra-

---

(1) Questa del giudizio di delibazione è la disciplina generale del riconoscimento delle sentenze straniere; ma forme più semplici sono ammesse da convenzioni internazionali per il riconoscimento delle sentenze provenienti da determinati Stati (cfr. Morelli, scritto cit., n. 4).

(2) Cfr. autori citati al § 82, nota 1.

nità dello Stato; fuori di questi limiti possono sorgere altre categorie di cause come materia astrattamente idonea alla giurisdizione, ma lo Stato se ne disinteressa perchè esse rientrano nella giurisdizione di altre sovranità. Diverso è il profilo sotto il quale si può parlare di quest'altro ordine di limiti esterni della giurisdizione, che abbiamo denominati limiti *costituzionali*: qui il limite deriva non dalla coesistenza di più ordinamenti giuridici a ciascuno dei quali corrisponda una propria giurisdizione sulle cause ad esso pertinenti (rapporto tra l'ordinamento giudiziario italiano e gli ordinamenti giudiziari stranieri), ma dalla divisione delle funzioni della sovranità nell'ordinamento costituzionale dello Stato. Alla tripartizione delle funzioni della sovranità corrisponde, come sappiamo, una tripartizione (approssimativa) di organi: si tratta dunque di stabilire i rapporti ed i limiti funzionali tra gli organi giudiziari e gli organi delle altre due funzioni della sovranità (organi legislativi, organi amministrativi) (1).

Il nuovo Codice accomuna dunque sotto il concetto di « questione di giurisdizione » due problemi in realtà profondamente diversi: il primo, quello già visto *sub* A, riguarda i rapporti tra giudici *di diversi Stati;* il secondo, quello che si esamina ora, riguarda i rapporti tra i giudici e gli organi legislativi o amministrativi *dello stesso Stato.*

Il difetto di giurisdizione come eccesso di potere.

I limiti funzionali tra questi tre rami di organi sono impliciti in quello che a suo tempo si disse (§ 22) sui criteri di distinzione delle tre funzioni dello Stato: gli organi giudiziari sono istituiti per compiere atti giurisdizionali, non atti legislativi o amministrativi, e quindi i limiti soggettivi posti alla loro attività coincidono coi limiti oggettivi per i quali la funzione giurisdizionale si distingue dalle altre due funzioni della sovranità. I giudici, in quanto la legge non disponga diversamente (cfr. §§ 23-24 e §§ 25-26) sono istituiti per giudicare, non per legiferare o per amministrare: e ogni attività colla quale il giudice tentasse di esercitare le attribuzioni riservate dalla legge agli organi legislativi o agli organi amministrativi, costituirebbe un *eccesso di potere* (« esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi »: art. 524, n. 2° C.p.p.).

Ma questo sconfinamento degli organi giudiziari nel campo riservato alle altre funzioni della sovranità si può considerare anche sotto un diverso profilo: non tanto come esercizio da parte degli organi giudiziari di attribuzioni riservate dalla legge agli organi delle altre due funzioni della sovranità, quanto come sindacato degli organi giudiziari sulle attività compiute, nei limiti delle proprie attribuzioni, da questi altri organi. Dato infatti che rientra tipicamente nell'ufficio dei

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, n. 139.

giudici l'accertare quali sono le conseguenze giuridiche delle attività altrui, si potrebbe teoricamente pensare che anche gli atti compiuti dagli organi legislativi o amministrativi potessero essere materia assoggettata, come gli atti giuridici compiuti dai privati, al *sindacato giurisdizionale* dei giudici (1).

Il problema si può porre, come ora si dirà, anche per gli atti legislativi; ma soprattutto ha importanza pratica per gli atti amministrativi. Abbiamo visto infatti (§ 22) che, nell'esercizio dell'attività amministrativa lo Stato, per raggiungere svariati scopi di civiltà e di benessere collettivo, partecipa in veste di « pubblica amministrazione » alla vita pratica del diritto, diventando soggetto di rapporti giuridici al medesimo livello di tutti coloro per i quali il diritto vale come regola del loro concreto operare. Ora si potrebbe pensare che gli atti compiuti dalla pubblica amministrazione in questo suo pratico operare nei limiti del diritto, fossero soggetti, come ogni altra attività giuridica compiuta dai privati, al controllo degli organi giurisdizionali, e che questi potessero, come possono per i negozi posti in essere dai privati, modificarne gli effetti o riconoscerne la invalidità.

Limiti del sindacato giurisdizionale sugli altri poteri dello Stato.

Questo aspetto del problema (limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione) trova, come ora si vedrà, apposita disciplina nella nostra legge processuale; mentre l'altro aspetto, quello che riguarda i rapporti tra l'attività giurisdizionale e l'attività degli organi legislativi, è implicitamente risolto dai principî fondamentali del nostro ordinamento costituzionale.

§ 85. — Limiti tra giurisdizione e attività legislativa.

Per quanto attiene ai limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti della attività legislativa (2), si può dire che nel sistema della legalità l'unico potere che ha il giudice è quello di controllare *se la legge esiste;* ma una volta riconosciuta l'esistenza della legge, il giudice, come sappiamo, non ha potere di valutare la bontà politica della legge, e di darle o negarle applicazione secondo il risultato positivo o negativo di tale valutazione (§ 9). In altri ordinamenti giuridici

---

(1) Il problema dei rapporti tra gli organi della giurisdizione e gli organi delle altre due funzioni dello Stato si può anche capovolgere: esaminare cioè quali limiti gli organi legislativi e amministrativi debbano rispettare nella loro attività per non invadere il campo demandato alla funzione giurisdizionale: cfr. in proposito Lessona C., *La legge, il regolamento e la sentenza rispetto alla loro riforma,* in « Riv. dir. pubbl. », 1910, I.

(2) Chiovenda, *Istituzioni,* II, § 20.

(tipico quello degli Stati Uniti d'America) (1) i giudici hanno il potere di sindacare la *costituzionalità* della legge, cioè di verificare se il contenuto della legge sia o non sia conforme alla Carta costituzionale; ma questo controllo, che è possibile negli Stati a costituzione *rigida* (cioè tale che non può essere modificata dal potere legislativo, ma solo da un potere costituente ad esso superiore), non è concepibile in un ordinamento a costituzione *flessibile*, com'è il nostro, in cui, non esistendo un potere costituente distinto dal potere legislativo, spetta a questo il potere di modificar lo Statuto, sicchè le leggi contrarie allo Statuto valgono come insindacabili modificazioni di esso (2).

Controllo sulla costituzionalità delle leggi.

Nel ricercare se esiste una legge, il giudice, quando si tratta di legge in senso formale, può però controllare se per dar vita alla medesima è stato seguito quel procedimento di formazione e quel concorso di organi che sono prescritti dallo Statuto (art. 55) e dalle altre leggi costituzionali dello Stato (l. 31 gennaio 1926, n. 100; r. decr. 24 settembre 1931, n. 1256); e in quanto il suo controllo abbia esito negativo, il giudice può rifiutarsi di applicare la legge alla quale manchino i requisiti formali per esser perfetta. Ciò vale *a fortiori* per gli atti del potere esecutivo aventi forza di legge, quali i decreti legislativi e i decreti legge, che possono essere applicati come leggi dal giudice, solo in quanto egli riscontri in essi tutti i requisiti formali o sostanziali che tali atti del potere esecutivo debbono rivestire per aver vigore di leggi nel nostro ordinamento (3); e quali i regolamenti, che possono essere applicati dal giudice solo « in quanto siano conformi alle leggi » (articolo 5 l. 20 marzo 1865).

Il giudice, come ha il potere di ricercare se la legge esiste, così ha il potere di *interpretare* la legge esistente, per chiarirne il significato ai fini dell'applicazione di essa alla fattispecie controversa (cfr. § 25 in principio). I criteri che il giudice deve seguire per interpretare la legge sono dettati dall'art. 12 delle Disp. sulla legge in generale: « Nell'ap- « plicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto « palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di « esse e dall'intenzione del legislatore.

Interpretazione giudiziaria.

« Se una controversia non può esser decisa con una precisa dispo- « sizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o « materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo « i principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato ».

---

(1) Cfr. in proposito RANELLETTI, *Istituzioni di dir. pubblico*, n. 222; ESPOSITO, *La validità delle leggi* (Padova, 1934).

(2) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pag. 24.

(3) Cfr. CHIOVENDA, pag. 25-27; e sentenza delle Sez. Unite 4 febbraio 1931, in « Giur. it. », 1931, 327.

ART. 113. In questo modo, mentre da una parte si afferma che il giudice ha il dovere di decidere secondo il diritto (art. 113 C.p.c.) ossia di applicare, qualunque essa sia, la legge voluta dal legislatore, dall'altra, coll'affidare al giudice l'ufficio di interpretarla, si viene in realtà ad ammettere che valga come legge ciò che il giudice ritenga essere in concreto il significato della legge da lui interpretata: così, mentre in teoria il giudice deve, attraverso l'interpretazione della legge, volere ciò che il legislatore ha voluto, avviene in pratica che la legge vuole in concreto ciò che il giudice che la interpreta ritiene essere la volontà di essa. In tempi di geloso feticismo per la intangibilità delle leggi, quali furono i primi anni della rivoluzione francese, questo potere di interpretazione giudiziaria parve così pericoloso che si arrivò a far obbligo ai giudici di sospendere ogni decisione quando si trovassero difronte a una legge oscura, e di rivolgersi caso per caso, per farsene dare la spiegazione ufficiale, agli organi legislativi (*référé législatif obligatoire*) (1). Ma poi questa assurda disposizione, la quale per diffidenza contro i giudici veniva in realtà a togliere ad essi, per trasferirlo negli organi legislativi, il potere di giudicare, fu presto abolita: e negli ordinamenti moderni non solo al giudice è riconosciuto il potere di interpretare la legge per applicarla al caso concreto (non è possibile, infatti, applicare la legge se non interpretandola), ma ad esso è fatto obbligo di trovare a qualunque costo, attraverso un processo interpretativo che può risalire fino ai principî generali, la norma giuridica che fa al caso, nè gli sarebbe lecito rifiutar di giudicare sotto il pretesto
ART. 55. che la legge è lacunosa od oscura (art. 328 C.p.; art. 55 C.p.c.). Questo potere di interpretare la legge per applicarla al caso singolo e con efficacia limitata ad esso (interpretazione *giudiziaria*) è riservato esclusivamente ai giudici, ciascuno dei quali nell'esercizio del medesimo non può esser turbato da ordini e da istruzioni gerarchiche, neanche se date in forma di « circolari ». Il nostro ordinamento contiene tuttavia un singolare caso (art. 23 l. 7 gennaio 1929, n. 4) nel quale è inibito ai giudici di dichiarare la inapplicabilità al caso concreto di norme penali in materia tributaria se prima non abbiano promosso sulla questione, con una specie di *référé* obbligatorio, la decisione della corte di cassazione (2).

Alla interpretazione *giudiziaria* riservata al giudice, si contrappone la interpretazione *legislativa* o *autentica*, riservata al legislatore: nel senso che mentre al giudice è dato il potere di interpretare la legge

---

(1) CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, nn. 165-166.

(2) Cfr. D'AMATO, in « Riv. dir. pubblico », 1930, pag. 6; VITTA, in « Riv. dir. proc. civ. », 1930, I, 143.

con efficacia limitata al solo caso deciso, solo il legislatore può interpretarla con efficacia generale ed obbligatoria per tutti i casi ai quali essa legge può astrattamente riferirsi (art. 73 dello Statuto). Questo significa dunque che l'interpretazione data da un giudice ad una legge nell'applicarla ad un caso concreto, vale per quel caso, ma non è vincolante per tutti i casi simili che si potranno ripresentare in avvenire al giudizio di altri giudici o anche del giudice medesimo: il quale, se si troverà a dover nuovamente applicare, in una causa diversa da quella già decisa, la stessa legge, non sarà tenuto a interpretarla in modo conforme alla sua precedente interpretazione. Il nostro ordinamento non consente al giudice di dichiarare in anticipo, con una pronuncia generale ed astratta, quale sarà in avvenire la interpretazione ch'esso darà, ogni volta che gli si presenterà l'occasione di applicarle, a certe norme giuridiche di significato più discusso ed oscuro: non esiste nel nostro ordinamento alcun istituto che si possa paragonare ai cosiddetti *arrêts de règlement* coi quali in Francia le corti d'appello dell'*ancien régime* dichiaravano in anticipo, con una proclamazione di carattere generale ed astratto, quale interpretazione esse avrebbero seguito nell'applicare ai casi concreti, entro l'ambito della propria circoscrizione, certe leggi più oscure e più discusse dalla dottrina; nè vige da noi il sistema, praticato in altri paesi (specialmente nei paesi angloamericani) dei *precedenti obbligatorî*, in forza del quale la decisione che un giudice abbia dato, nella motivazione di una sua sentenza, a una questione di diritto di carattere generale, ha efficacia vincolante, al pari di una legge, per tutti i casi simili che si possano ripresentare in avvenire dinanzi allo stesso giudice o dinanzi ad altri.

Interpretazione legislativa della legge.

Tuttavia, poichè anche da noi la interpretazione giudiziaria, quando sia uniforme e costante, può esercitare sulla pratica una autorità di fatto (*auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum*), eccedente di gran lunga i limiti del caso deciso e molto simile a quella che potrebbe derivare da una interpretazione legislativa, alla suprema corte di cassazione è affidato, tra i suoi varî uffici, anche quello di sorvegliare e disciplinare la interpretazione giudiziaria, e di mantenere così, nei modi che più avanti si vedranno, il rispetto dei limiti tra la funzione giurisdizionale e quella legislativa (1).

Controllo unificatore della corte di cassazione sulla giurisprudenza.

§ 86. — Limiti tra giurisdizione e attività amministrativa.

I limiti tra la giurisdizione e l'attività amministrativa possono essere

(1) Cfr. Calamandrei, *La Cassazione civile*, vol. I, pag. 290 e segg.; Liebman, *Giurisprudenza*, in « Nuovo Dig. it. », vol. VI, pag. 411; Bigiavi, *Appunti sul diritto giudiziario* (Urbino, 1933); Micheli, *Contributo allo studio della formazione giud. del diritto* (Pavia, 1938).

esaminati in relazione a) alla giurisdizione esercitata dai giudici ordinari; *b*) a quella esercitata dai giudici speciali.

a) Per quanto attiene i giudici ordinari, i limiti del sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa furono stabiliti, in modo ancor oggi in gran parte immutato, dalla l. 20 marzo 1865 n. 2248 sul contenzioso amministrativo, alla quale già ripetutamente si è alluso quando si è parlato del principio della giurisdizione unica e della istituzione della giustizia amministrativa (§ 42 *c*, § 76 *c*).

Principî della legge 20 marzo 1865.

Secondo questa legge fondamentale (art. 2 e 4) gli atti della pubblica amministrazione sono soggetti al sindacato giurisdizionale dei giudici ordinari, ma con due notevoli limitazioni: 1) che esso sindacato è ammesso soltanto al limitato scopo di accertare se l'atto amministrativo abbia leso un diritto soggettivo (« civile o politico », dice la legge 20 marzo 1865: il che val quanto dire ogni diritto soggettivo privato o pubblico) del singolo; 2) che quando anche tale lesione sussista, l'atto amministrativo non può essere modificato o revocato dal giudice ordinario, il quale deve limitarsi a dichiarare che l'atto in questione è lesivo del diritto individuale, e a condannare occorrendo l'amministrazione, ov'essa non voglia provvedere da sè a modificarlo o ad annullarlo, al risarcimento dei danni (1).

In questo modo anche gli atti amministrativi possono costituire materia della giurisdizione civile ordinaria; ma il controllo che i giudici esercitano sui medesimi è molto meno penetrante ed esteso di quello che normalmente i giudici esercitano sui rapporti civili, non solo perchè difronte alla attività amministrativa i giudici ordinari sono sforniti di quei poteri costitutivi che ad essi normalmente competono in materia civile (art. 2908 C. c.), ma anche perchè il sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi è concepito, secondo gli orientamenti liberali ai quali la legge del 1865 si ispirava (§ 21) non come garanzia dell'osservanza del diritto oggettivo, ma come difesa dei diritti soggettivi del cittadino contro gli arbitrî della pubblica amministrazione; sicchè, quando non si lamenti la lesione di un diritto soggettivo, il sindacato giurisdizionale non può spingersi mai, secondo la legge del 1865, a controllare se l'attività amministrativa (vincolata o discrezionale) si sia svolta in modo oggettivamente conforme alla legalità.

Controllo dei giudici ordinari sugli atti amministrativi.

Si deve ora avvertire che nella terminologia tradizionale delle nostre leggi (e specialmente in quella della l. 31 marzo 1877 n. 3761 « sui conflitti di attribuzioni », ora rifusa nel nuovo C.p.c.) tutte le

---

(1) Cfr. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella p. a.*, nn. 235 e segg.; ZANOBINI, *La giustizia amministrativa* (3ª ed. 1942), pag. 141 e segg.

questioni relative ai limiti del controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi sono considerate come questioni di *repartizione di attribuzioni* tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa: quando, ad esempio, un cittadino chiama dinanzi al giudice civile la pubblica amministrazione, sostenendo che un atto della medesima ha leso un suo diritto soggettivo, e la pubblica amministrazione sostiene che un diritto soggettivo non è nel caso configurabile e che quindi quell'atto amministrativo non è sindacabile dalla giurisdizione ordinaria, questa questione, la quale in sostanza verte sulla sussistenza di un diritto soggettivo, è considerata dalla nostra legge come una questione di giurisdizione, nella quale si tratta di decidere « se sia competente l'autorità giudiziaria o l'autorità amministrativa » (art. 5 l. 31 marzo 1877 cit.): e quello che può essere in tali casi un dissenso intorno alla sussistenza di un diritto soggettivo appare sotto l'aspetto di un « conflitto di attribuzioni » (cfr. art. 362 cpv. ultimo C.p.c.). Questo sconfinamento della giurisdizione nel campo riservato all'amministrazione, che si denomina oggi « difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione » (art. 37 C.p.c.), si può dunque verificare in due casi: 1) quando il giudice ordinario si sia spinto a sindacare un atto amministrativo in un caso in cui non era configurabile, come effetto di tale atto, la lesione di un diritto soggettivo; 2) quando il giudice ordinario, avendo riconosciuto la lesione di un diritto soggettivo, si sia spinto a modificare o ad annullare l'atto amministrativo che l'ha causata.

ART. 362.
ART. 37.

Si noti però che successivamente alla legge del 1865 il sindacato dei giudici ordinari sugli atti amministrativi lesivi di un diritto soggettivo è stato ulteriormente limitato: non solo nel senso che la difesa di certi diritti soggettivi contro la pubblica amministrazione è stata sottratta ai giudici ordinari e affidata agli organi della giustizia amministrativa (la cosiddetta giurisdizione *esclusiva*: cfr. § 76 lett. *c*, e più avanti, § 86), ma anche nel senso che per ragioni politiche certi atti amministrativi, *anche se lesivi di diritti soggettivi individuali*, sono stati sottratti ad ogni controllo giurisdizionale (cfr. oltre, lett. *c*).

Controllo dei giudici speciali sugli atti amministrativi.

b) Diversa è la estensione del sindacato giurisdizionale che in certi casi può essere esercitato sull'attività amministrativa dai giudici speciali amministrativi: i quali, come già sappiamo (§ 42 e § 76), esercitano sugli atti amministrativi, indipendentemente dalla lesione di un diritto soggettivo, un sindacato di *legittimità* o, in certi casi, di *merito*, al quale si accompagna il potere di annullare, e talora modificare, l'atto amministrativo viziato.

Così, nonostante che i giudici speciali possano esercitare sulla attività amministrativa un controllo di diritto oggettivo molto più esteso e penetrante di quello demandato, a tutela dei diritti soggettivi,

ai giudici ordinari, anche il sindacato di questi giudici speciali non è illimitato: ed è concepibile anche per essi un difetto di giurisdizione derivante da uno sconfinamento nelle attribuzioni della pubblica amministrazione: come avverrebbe ad esempio, se un giudice speciale avesse esercitato un sindacato di merito su materia soggetta soltanto al sindacato di legittimità (1), o se avesse esercitato un sindacato di legittimità su un atto amministrativo sottratto, nei casi che ora si indicheranno (lett. *c*), ad ogni gravame sia amministrativo che giurisdizionale.

c) Ulteriori limitazioni della giurisdizione nei confronti dell'autorità amministrativa derivano da quelle norme, sempre più frequenti nella legislazione di questi ultimi decennî, le quali espressamente sottraggono certe categorie di atti amministrativi ad ogni controllo giurisdizionale (sia dei giudici ordinari, sia di quelli speciali amministrativi). Il fenomeno merita di esser rilevato anche in un libro istituzionale come il nostro, perchè è indizio sintomatico di una tendenza.

Già nella legge sul consiglio di Stato è stabilito (art. 31 t. u. 26 giugno 1924) che « il ricorso al consiglio di Stato non è ammesso se « trattasi di atti o provvedimenti emanati dal governo nell'esercizio « del potere politico » (2); ma questa disposizione che sottrae gli atti politici al controllo di legittimità e di annullamento della giustizia amministrativa, non esclude il ricorso alla giurisdizione ordinaria quando con tali atti si violi un diritto soggettivo « civile o politico » del cittadino (3).

Casi di esclusione di ogni controllo giurisdizionale.

La esclusione del controllo giurisdizionale assume invece portata più vasta in numerose leggi speciali, nelle quali è stabilito che certe categorie di provvedimenti siano sottratti a qualunque impugnazione tanto in sede amministrativa quanto in sede giurisdizionale; gli esempi che si potrebbero citare sono sempre più numerosi (4): tra i più recenti è quello del decr. l. 17 nov. 1938 n. 1728 « contenente provvedimenti per la difesa della razza italiana », il quale stabilisce (art. 26) la assoluta insindacabilità dei provvedimenti dati dal ministro per l'interno in questa materia. In questi casi non è più vero il principio fondamentale dello Stato di diritto secondo il quale a difesa dei diritti soggettivi lesi dalla pubblica amministrazione, il cittadino

---

(1) Cfr. Bracci, scritto cit., nota 1 a pag. 78.

(2) Ranelletti, *Guarentigie* cit., nn. 41 e segg.; Zanobini, op. cit., pag. 216.

(3) Zanobini, op. cit., pag. 158, n. 8; Ranelletti, *Guarentigie*, cit., n. 234.

(4) Cfr. Ranelletti, *Guarentigie*, cit., n. 230; Zanobini, op. cit., pag. 149 e 218; Redenti, *Trattato*, II, pag. 98; Carnelutti, *Istituzioni*, n. 54; cfr. anche Calamandrei, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in « Riv. dir. comm. », 1942, I, pag. 355.

può sempre ricorrere alla giustizia: qui infatti ci troviamo di fronte a diritti soggettivi sprovvisti di ogni garanzia giurisdizionale, che possono esser violati senza possibilità di reazione giudiziaria e che possono quindi ad arbitrio della pubblica amministrazione esser riconosciuti come diritti ovvero disconosciuti come semplici interessi non protetti. In realtà la soppressione di ogni garanzia giurisdizionale equivale alla soppressione del diritto soggettivo (1); ma, nella terminologia della nostra legge, l'esercizio di un qualsiasi controllo giurisdizionale in uno di questi casi in cui la legge lo esclude, sarebbe considerato come uno sconfinamento del giudice nel campo riservato all'attività amministrativa, e darebbe quindi luogo a una « questione di giurisdizione ».

§ 87. - *C*) Limiti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali.

Abbiamo già accennato (§ 79) alle ragioni storiche per le quali il nostro diritto positivo considera i limiti tra giudici ordinari e giudici speciali, anzichè come limiti interni la cui violazione dia luogo a incompetenza per materia, come limiti esterni, assimilati nella terminologia e nel trattamento processuale a quelli che passano tra organi investiti di funzioni costituzionalmente diverse, la cui violazione dà luogo a « difetto di giurisdizione ».

« Difetto di giurisdizione » chiama infatti la nostra legge, come si trattasse di uno stesso fenomeno, tanto lo sconfinamento che il giudice ordinario commette « nei confronti *della pubblica amministrazione* » quanto quello che lo stesso giudice commette « nei confronti *dei giudici speciali* » (art. 37, primo comma); e più avanti (art. 362 n. 1), ammettendo la possibilità che un conflitto « di giurisdizione » possa nascere anche « tra giudici speciali », mostra di voler comprendere sotto il concetto di « difetto di giurisdizione » (anzichè sotto quello di incompetenza) anche lo sconfinamento che un giudice speciale commetta non solo nel campo riservato ai giudici ordinari, ma altresì nel campo di un altro giudice speciale. Così, mentre il concetto di incompetenza è riservato, come si vedrà, ai soli sconfinamenti che possono avvenire tra organi appartenenti alla gerarchia dei giudici ordinari (anche se tale sconfinamento abbia luogo tra giudici ordinari civili e giudici ordinari *penali*) (2), la violazione dei limiti posti tra giudici ordinari e giudici speciali, o tra un giudice speciale e un altro giudice ugualmente speciale, è considerata sempre come « difetto di giurisdizione », in armonia

ART. 37.
ART. 362.

Difetto di giurisdizione nei confronti della p. a. e nei confronti dei giudici speciali.

(1) Zanobini, op. cit., 149-150.
(2) Redenti, *Trattato*, II, pag. 105.

con quella concezione secondo la quale i giudici speciali non hanno altra giurisdizione all'infuori di quella che ad essi la legge positivamente attribuisce (§ 76 lett. b). In realtà però, tra il difetto di giurisdizione del giudice ordinario o speciale « nei confronti della pubblica amministrazione » e il difetto di giurisdizione del giudice ordinario « nei confronti dei giudici speciali » (o del giudice speciale nei confronti del giudice ordinario o di altro giudice speciale) la differenza è profonda (1): perchè il primo caso si può concepire come lo sconfinamento di un organo giurisdizionale nelle attribuzioni di un organo investito di funzione costituzionalmente diversa, mentre nel secondo caso lo sconfinamento non eccede i limiti della funzione giurisdizionale, in quanto si compie tra organi ugualmente giurisdizionali. Tale differenza non passa però inavvertita alla stessa legge, la quale pur accomunando tutte queste ipotesi sotto il concetto comprensivo di « difetto di giurisdizione », distingue poi anche nella terminologia il conflitto « di attribuzione » (tra organi di funzioni diverse: art. 362, n. 2) dal conflitto « di giurisdizione » (tra organi della stessa funzione giurisdizionale), che è qualcosa di meno (art. 362, n. 1).

ART. 362.

L'art. 37 più volte ricordato, quando parla di difetto di giurisdizione « nei confronti dei giudici speciali », non fa distinzione tra i giudici speciali amministrativi e gli altri giudici speciali *stricto sensu* civili; e quindi la regola vale anche per questi. Ma tuttavia solo chi tenga presente il modo con cui sono stati istituiti i giudici speciali amministrativi può intendere la vera ragione storica per la quale questa regola ha accomunato sotto il concetto di « difetto di giurisdizione » ipotesi di sconfinamento così differenti. Si pensi infatti che il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti dei giudici speciali *amministrativi* significa non soltanto sconfinamento di un organo giurisdizionale (ordinario) nel campo riservato a un altro organo giurisdizionale (speciale), ma può significare anche assoggettamento *della pubblica amministrazione* a un sindacato giurisdizionale (del giudice ordinario) diverso da quello (del giudice amministrativo) al quale la pubblica amministrazione è per legge soggetta: sicchè si può dire che lo sconfinamento del giudice ordinario nel campo riservato al giudice speciale amministrativo, se apparentemente è soltanto una violazione dei confini posti tra due organi ugualmente giurisdizionali, è in realtà anche una minaccia diretta contro le attribuzioni attive della pubblica amministrazione.

ART. 37.

Ragioni storiche di tale assimilazione.

---

(1) Cfr. REDENTI, *Trattato*, II, n. 36, pag. 105, il quale distingue il « difetto (assoluto) di giurisdizione » (in senso proprio), dal « difetto (relativo) di giurisdizione-competenza » (cioè di giurisdizione « in senso spurio »).

Tale sconfinamento potrebbe avvenire: 1) se il giudice ordinario, in mancanza di una lesione di un diritto soggettivo, esercitasse su un atto amministrativo il sindacato di diritto oggettivo (di legittimità o di merito) nei casi in cui può essere esercitato dagli organi della giustizia amministrativa; 2) se il giudice ordinario, riconosciuta la lesione di un diritto soggettivo, annullasse o modificasse l'atto amministrativo nei modi e casi in cui ciò può essere fatto soltanto dagli stessi organi; 3) se il giudice ordinario conoscesse di questioni attinenti a diritti soggettivi, in materia demandata alla giurisdizione *esclusiva* (anche su diritti soggettivi: cfr. § 76) di questi organi. E' facile accorgersi che secondo la legge del 1865 *e prima che fossero istituiti gli organi della giustizia amministrativa* (consiglio di Stato e g. p. a.) i due primi casi, che oggi appaiono come sconfinamenti nella giurisdizione riservata a giudici speciali, sarebbero apparsi soltanto come sconfinamenti nelle attribuzioni della amministrazione attiva: il che costituisce una riprova delle ragioni storiche che giustificano la terminologia dell'art. 37.

Qui, più che in ogni altra parte del nostro Corso, appare in modo evidente come assai volte gli istituti giuridici non si prestino ad essere inquadrati in astratte simmetrie dogmatiche e non possano essere intesi se non messi in relazione colle mutevoli contingenze storiche che successivamente hanno concorso a plasmarli.

Alla elaborazione del concetto di « difetto di giurisdizione » qual è ora accolto dall'art. 37 del C.p.c. hanno concorso varî orientamenti politici che si sono succeduti, per quasi un secolo, nella vita costituzionale dello Stato italiano: sicchè il concetto oggi adottato appare come il resultato contingente di forze storiche eterogenee e contraddittorie. Prima, colla legge del 1865 che abolì il contenzioso amministrativo, parve che i confini tra la giustizia e l'amministrazione attiva potessero essere tracciati secondo il principio essenzialmente liberale della giurisdizione unica, per il quale, anche contro la pubblica amministrazione, si concepiva in ogni caso come unica salvaguardia necessaria e sufficiente dei diritti soggettivi del cittadino, privati o pubblici, il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria; poi, come ulteriore perfezionamento di questo principio, la esigenza di una maggiore « giustizia nell'amministrazione » portò a creare, cogli organi speciali della giurisdizione amministrativa, quel controllo sulla legittimità oggettiva degli atti amministrativi, che doveva essere nel pensiero dei suoi creatori non una menomazione della tutela finora accordata in sede ordinaria ai diritti soggettivi del cittadino, ma un accrescimento di garanzie di legalità estese anche al campo dei semplici interessi. Ma, successivamente, per il prevalere di tendenze autoritarie su quelle liberali, l'evoluzione degli istituti cambiò direzione:

Evoluzione storica della giustizia amministrativa.

e gli organi della giustizia amministrativa furono adoprati, attraverso la cosiddetta « giurisdizione esclusiva » del consiglio di Stato e delle g. p. a., per sottrarre la pubblica amministrazione al controllo della autorità giudiziaria ordinaria anche in casi in cui si facesse questione di veri e propri diritti soggettivi; finchè, in tempi più recenti, si è affermata sempre più imperiosa la tendenza a sottrarre l'autorità amministrativa ad ogni forma di controllo giurisdizionale di organi ordinari o speciali, e a restringere così sempre più, a vantaggio della amministrazione attiva incontrollata, l'ambito della giurisdizione e con essa le garanzie dei diritti individuali.

Sezione seconda

I LIMITI INTERNI DELLA GIURISDIZIONE (QUESTIONE DI COMPETENZA)

SOMMARIO. — § 88. - La questione di competenza e i varî criteri per risolverla.

A) *Repartizione della competenza tra i varî tipi di giudici ordinari.* — § 89. - Osservazioni generali. — § 90. - Regole della competenza oggettiva in particolare: criterio qualitativo (per materia). — § 91. - Regole della competenza oggettiva in particolare: criterio quantitativo (per valore). — § 92. - Regole della competenza funzionale in particolare.

B) Repartizione della competenza fra giudici dello stesso tipo. — § 93. - Nozioni generali sulla competenza per territorio. — § 94. - Regole della competenza per territorio: criterio personale e criterio reale. — § 95. - Regole della competenza per territorio: criterio organico.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE. — CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, §§ 25-30; CARNELUTTI, *Istituzioni,* nn. 125-158; REDENTI, *Trattato,* II, nn. 46-67; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, nn. 52-97, pag. 323 e segg.; AZZARITI, *Della competenza e del regolamento di competenza,* in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, I, 81; GIONFRIDA, *La competenza nel nuovo processo civile* (Trapani, 1942).

§ 88. — LA QUESTIONE DI COMPETENZA E I VARI CRITERI PER RISOLVERLA.

La soluzione affermativa della questione di giurisdizione, secondo i varî criteri finora esposti, non significa ancora individuazione del giudice al quale spetta in concreto il potere di provveder sulla domanda. Negare la giurisdizione vuol dire negare che sussista tra i giudici dello Stato (o per lo meno tra i giudici *ordinari* dello Stato) un qualsiasi organo che possa decidere la causa: e quindi questa negazione generica rende praticamente vana ogni altra più specifica ricerca. Ma quando viceversa si è stabilito che una certa azione rientra nella giurisdizione dei giudici ordinari dello Stato, questa soluzione rimarrebbe in sè priva di ogni utilità pratica, se non si riuscisse a riconoscere, in quella moltitudine di giudici di cui già si è descritta la organizzata gerarchia, qual è il giudice a cui ci si

può concretamente rivolgere affinchè provveda su quella causa: a tale quesito (che, come è stato osservato (1), si presenta prima alla parte che al giudice, perchè è la parte che, se vuol far valere un diritto, deve proporre domanda « *al giudice competente* », art. 99) rispondono le regole della « competenza », le quali dettano appunto i varî criteri secondo i quali, una volta affermato che una certa causa rientra in astratto nella giurisdizione dei giudici dello Stato considerati nel loro insieme, si può procedere in mezzo ad essi alla scelta del giudice a cui spetta il potere di deciderla in concreto.

ART. 99.

Questione di giurisdizione e questione di competenza.

La questione « di competenza » sorge dunque, logicamente, come un *posterius* della questione « di giurisdizione » (cfr. art. 5 e art. 187, secondo comma). La repartizione interna del lavoro tra i varî organi giudiziari presuppone che si sia prima stabilito quali sono nella loro totalità le funzioni affidate dallo Stato alla organizzazione presa nel suo complesso: solo dopo aver tracciato i limiti esterni dei compiti che i giudici debbono risolvere presi tutti insieme, si può utilmente procedere a repartire questi compiti tra loro, in modo che il loro lavoro si svolga ordinatamente e ciascuno di essi abbia una propria sfera di uffici entro la quale possa svolgere la propria attività senza intralciare l'attività degli altri giudici. Questa sfera di uffici che la legge attribuisce a ciascun giudice nell'interno della gerarchia giudiziaria repartendo tra essi l'esercizio pratico della giurisdizione, costituisce per ogni giudice la sua propria « competenza »: che si suol tradizionalmente definire come « misura di giurisdizione », in quanto lo Stato, determinando qual è in concreto la frazione di giurisdizione attribuita ad un giudice, viene con ciò a tracciare i confini reciproci di attività tra questo giudice e tutti gli altri.

ART. 5 E 187.

La competenza è dunque, prima di tutto, una determinazione dei poteri giurisdizionali di ciascun giudice; ma poichè questa limitazione di poteri si manifesta praticamente in una limitazione delle cause su cui ciascun giudice può esercitarli, così il concetto di competenza si sposta, per un fenomeno di metonimia, dai poteri del giudice alle cause che sono oggetto dei medesimi: da misura soggettiva dei poteri dell'organo giudiziario essa è intesa in pratica come misura oggettiva della materia su cui l'organo giudiziario è chiamato in concreto a provvedere, intendendosi così per competenza di un giudice il complesso delle cause su cui esso può esercitare secondo legge la sua frazione di giurisdizione (2).

Domandare qual è la competenza di un giudice equivale dunque

---

(1) REDENTI, *Trattato*, II, n. 49.

(2) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 173.

a domandare quali sono i tipi di cause su cui esso giudice è chiamato a provvedere. Anche gli art. 7 e segg. C.p.c.. che forniscono appunto i varî criteri per determinare la competenza, seguono in sostanza questo metodo che già abbiamo visto quando si è parlato dei varî criteri seguiti nell'ordinamento giudiziario per attuare praticamente il principio della pluralità dei giudici (§ 72 e segg.): e che consiste nel classificare le cause in varî gruppi o masse secondo i loro caratteri, e nel far corrispondere a questo vario raggruppamento delle cause la distribuzione della giurisdizione tra i giudici. Basta leggere l'art. 7 del C.p.c. per accorgersi fin dalle prime parole che la determinazione della competenza del conciliatore è in realtà una classificazione dei gruppi di cause su cui quest'organo è chiamato a provvedere (« ... cause relative a beni mobili di valore non superiore a lire mille ... »); e lo stesso si potrebbe ripetere per gli articoli successivi, che riguardano la competenza degli altri giudici.

ART. 7 E SEGG.

Per intendere queste disposizioni del Codice, di cui nei §§ seguenti riassumeremo i principî essenziali, è opportuna qualche osservazione preliminare.

In primo luogo si deve ricordare che queste regole di competenza riguardano soltanto la repartizione di uffici fra i giudici ordinari (1), dato che nel nostro ordinamento la repartizione di uffici tra giudici ordinari e giudici speciali si considera problema attinente alla giurisdizione, non alla competenza in senso stretto. Questo però non esclude che quando si voglia aver una nozione precisa della competenza di ciascun organo giudiziario ordinario, bisogni necessariamente ricordare che anche la attribuzione di certe categorie di cause a certi giudici speciali funziona in concreto come un limite della competenza di quel giudice ordinario, al quale tali cause sarebbero demandate se il giudice speciale non esistesse.

Varî criteri per determinare la competenza.

In secondo luogo si osserva che se gli articoli da 7 a 36 del C.p.c. contengono le più importanti norme per la determinazione della competenza dei giudici ordinari, queste norme vanno però integrate, per dare un quadro completo, con altre disposizioni contenute in altre parti dello stesso C.p.c., o in altri Codici o leggi speciali: come si farà nel seguito di questa trattazione per i casi più importanti.

L'art. 67 del C.p.c. 1865 enunciava, in modo programmatico, i criteri da esso seguiti per determinare la competenza: « la competenza è determinata per materia o valore, per territorio, per connessione o continenza di causa »; ma la dottrina completava questa enumerazione, aggiungendo al criterio *oggettivo* (materia e valore) e

(1) Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 233.

al criterio *territoriale,* il criterio *funzionale,* che la legge, pur senza espressamente enunciarlo, adottava in altre disposizioni regolanti la competenza « per grado » (art. 82, 83, 84, 87, 88 C.p.c. 1865).

Distinzione del problema di competenza in due momenti

Il nuovo Codice non ha una disposizione programmatica che corrisponda all'art. 67 della legge precedente; ma, come si vedrà, il sistema dei criteri determinativi della competenza è rimasto invariato. Si deve però avvertire fin d'ora che i criteri di determinazione della competenza, che ora passeremo in rassegna, non si possono considerare come omogenei tra loro, in modo da poterli tutti classificare sullo stesso piano, ma devono essere distinti (come già si avvertì per i corrispondenti criteri determinativi della pluralità dei giudici: §§ 72-73) in due gruppi, secondochè rispondano all'una o all'altra di due domande che, nella risoluzione del problema di competenza, si presentano in ordine logicamente successivo, come tappe diverse di uno stesso cammino. Per individuare in concreto il giudice competente a decidere una determinata causa, bisogna infatti (così il problema si presenta nella pratica alla parte che, al momento di iniziare un processo, deve per prima cosa *trovare il suo giudice*) scegliere innanzitutto, tra i varî tipi di giudici che l'ordinamento giudiziario presenta in serie (conciliatori, pretori, tribunali ecc.), qual è *il tipo* di giudice adatto a quel tipo di cause. Ma quando questa scelta del tipo sarà stata fatta in base ai criteri forniti a tale scopo dalla legge, il giudice competente non sarà ancora individuato, perchè rimarrà da fare, tra i giudici del tipo prescelto, la individuazione di quello al quale dovrà essere in concreto portata la domanda. (Quand'io, dovendo proporre una causa « di valore non superiore a lire diecimila », contro una persona che risiede a Firenze avrò appreso dall'art. 8 del nuovo C.p.c. che la competenza su cause di questo tipo spetta a quel tipo di organo giudiziario che si chiama « pretore », non avrò ancora saputo qual è, tra i più di mille pretori che esistono nell'ordinamento giudiziario italiano, quello concretamente competente a provveder sulla mia domanda: e avrò bisogno di trovare nel Codice l'art. 18, il quale, disponendo che la competenza per territorio spetta al giudice « del luogo in cui il convenuto ha la residenza... », mi permetterà di procedere oltre nella scelta, e di individuare in concreto, nella serie degli organi tutti uguali al tipo « pretore », proprio il pretore di Firenze e non altri).

ART. 8.

ART. 18.

Così il problema di competenza si risolve non in un solo momento, ma in più momenti distinti, per approssimazioni successive: ed è pertanto opportuno, nella rassegna dei criteri offerti dalla legge per risolverlo, tener distinte, in corrispondenza coi varî momenti del problema:
A) le regole di repartizione della competenza tra i *varî tipi* di giudici;
B) le regole di repartizione della competenza tra i giudici *dello stesso tipo.*

A) Repartizione della competenza tra i vari tipi di giudici ordinari.

§ 89. — Osservazioni generali.

Alla ripartizione della competenza fra i varî tipi di giudici servono quelle regole che il Codice intitola « *della competenza per materia e valore* » (Capo I, sez. II) e che la dottrina riunisce sotto la denominazione di competenza *oggettiva;* a queste si debbono aggiungere, quantunque la legge non ne faccia parola qui, le regole della competenza « *per grado* », che la dottrina denomina *funzionale* (1).

a) Competenza oggettiva.

Si è già visto, studiando l'organizzazione giudiziaria, che l'adozione di più tipi di organi (diversamente costituiti per il numero e per i criteri di scelta delle persone che li compongono) è stata consigliata dall'opportunità di far meglio corrispondere la costituzione dell'organo alle particolari esigenze dei varî tipi di cause su cui i giudici possono esser chiamati a provvedere.

Se tutte le cause che sono portate dinanzi ai giudici presentassero gli stessi caratteri economico-giuridici, non ci sarebbe stato bisogno di istituire più tipi di giudici (se, per esempio, tutte le cause civili fossero « relative a beni mobili di valore non superiore a lire mille », art. 7, alle esigenze di esse potrebbero bastare i soli conciliatori).

La pluralità di tipi diventa opportuna in quanto nella realtà si riscontrano nei caratteri economico-giuridici delle cause tali profonde differenze, da richiedere, in corrispondenza colle speciali esigenze connesse a questi differenti caratteri, una specializzazione di organi giudicanti. Si tratta allora di istituire un sistema pratico per far sì che le parti possano trovare, tra i varî tipi di giudici, quello più idoneo alle esigenze della causa da decidere: e per far ciò la legge, allo scopo di poter stabilire praticamente questa correlazione tra le esigenze della causa e la costituzione dell'organo giudicante, ha classificato le cause secondo certi caratteri economico-giuridici desumibili dai loro elementi di identificazione, considerati come « indici di competenza ».

Caratteri economico-giuridici delle cause come indici di competenza.

Conosciamo già dalla parte generale (§ 39) quali sono gli elementi di identificazione delle azioni o cause, e in quanti modi, secondo che

---

(1) Eccezionalmente il tipo di organo giudiziario competente può esser determinato da una qualità *soggettiva,* propria delle parti o di una di esse: tale è il caso dell'art. 53, secondo il quale sulla ricusazione di un giudice decide il pretore, il presidente del tribunale o il collegio, secondochè il giudice ricusato sia un conciliatore o un pretore o uno dei componenti il collegio.

si prenda in considerazione l'uno o l'altro di essi, le azioni o cause possono essere classificate (§ 40): sappiamo anche, da quanto allora fu detto, che in ogni azione o causa si può distinguere un aspetto soggettivo (concernente le *persone* tra le quali la causa verte) e un aspetto oggettivo (concernente il *petitum* messo in relazione colla *causa petendi*). Questo aspetto oggettivo delle cause, nei suoi due elementi del *petitum* e della *causa petendi,* è appunto quello che la legge tiene presente quando detta le regole della competenza *oggettiva,* per materia e valore.

Da questo aspetto oggettivo della causa la legge trae due distinti indici di competenza: talvolta prende in considerazione nell'oggetto e nel titolo della causa i caratteri *qualitativi* attinenti alla natura giuridica del rapporto controverso o del provvedimento richiesto (competenza *per materia*), tal altra considera come rilevanti, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto, i caratteri *quantitativi* della causa, cioè l'importo economico dell'oggetto di cui si contende (competenza *per valore*). Così, per dare qualche esempio dei caratteri qualitativi che la legge prende in considerazione come indici di competenza per materia, questi possono riguardare o l'oggetto *mediato* della causa, cioè il bene di cui si contende (per es., « cause relative *a beni mobili* », art. 7), o l'oggetto *immediato,* cioè il provvedimento giurisdizionale richiesto (per es. « consegna o rilascio di cose », art. 16), o anche il diritto sostanziale che costituisce il titolo della domanda (per es. « cause in materia di imposte e tasse », art. 9) (cfr. § 40); come indici di competenza per valore, la legge per lo più prende in considerazione l'importo economico, valutato in lire, dell'oggetto mediato (per es. « cause relative a beni mobili *di valore non superiore a lire mille* », art. 7), ma può darsi anche che per fissare il valore della causa stabilisca, come si vedrà, un rapporto tra l'oggetto ed il titolo, cioè tra la cosa e il diritto che su di essa si fa valere (es. art. 15: una causa relativa alla *proprietà* di un immobile ha un valore doppio di quello di una causa relativa all'*usufrutto* dello stesso immobile).

Caratteri qualitativi e caratteri quantitativi della causa.

ART. 7, 9, 16.

b) *Competenza funzionale.*

Si è già veduto, studiando l'ordinamento giudiziario (§ 73, *b*) che le ragioni per le quali si è ritenuto opportuno istituire numerosi tipi di organi giudiziari non si esauriscono in quelle finora esposte, desunte dai diversi caratteri qualitativi o quantitativi delle cause: una ulteriore moltiplicazione di tipi è consigliata dalla convenienza di dare una attuazione organica *al principio della pluralità delle istanze o gradi,* secondo il quale la decisione di ogni causa, anziché esaurirsi dinanzi a un solo giudice, deve poter passare, a maggior garanzia di giustizia, attraverso il riesame successivo di più giudici, disposti in ordine sca-

Pluralità delle istanze.

lare: in modo che, prima di arrivare al provvedimento giurisdizionale definitivo, il processo, pur rimanendo unico, si fraziona in diverse fasi che si svolgono dinanzi a giudici di tipo diverso, e che si denominano « gradi » o « istanze » (§ 44) (1).

Per questa repartizione di uffici tra diversi tipi di giudici, chiamati in momenti successivi dello stesso processo a esercitare la giurisdizione sulla stessa causa, si parla di competenza *per grado,* o anche di *competenza funzionale.* Quest'ultima denominazione è stata introdotta dal CHIOVENDA (2), e, poichè essa è entrata ormai anche nella pratica, non vedo ragione per sostituirla con altre denominazioni meno comuni e più ermetiche (3), le quali non lasciano intendere con altrettanta chiarezza che qui l'indice della competenza non è tratto dalla natura della causa che è oggetto della giurisdizione, ma dalla natura delle funzioni del giudice, che è in sè diversa (qualunque sia la causa) nelle varie fasi di cui si compone l'unico processo. Il Codice, come già si è avvertito, non menziona espressamente questo criterio di competenza: e, a differenza del Codice precedente, regola questa repartizione di uffici tra giudici di diverso grado sotto il titolo *Delle impugnazioni* (art. 341, 365, 398, 404); ma ciò non significa che, volendo dare un quadro completo dei varî criteri sui quali è fondata nel Codice la pluralità dei tipi di giudici, si possa tacer del criterio funzionale, pur avvertendo che questa espressione è adoprata qui in un senso più ristretto di quello in cui l'adopera il CHIOVENDA, che ricomprende in essa, insieme colla competenza *per grado* di cui qui si parla, altri casi che secondo noi, come si vedrà, rientrano piuttosto nella competenza per materia o in quella per territorio.

Criterio funzionale. ART. 341, 365, 398, 404.

La combinazione di questi tre criteri (*oggettivo,* per materia e per valore; *funzionale,* per grado) porta in ogni caso, quasi si direbbe al punto in cui queste tre linee convergenti si incontrano, alla determinazione del tipo, nell'ambito del quale si dovrà poi, con ulteriore ricerca, individuare, tra i varî giudici appartenenti a quel tipo, quello concretamente competente. Ma per arrivare a tale determinazione del tipo, i tre suddetti criteri si intrecciano e si integrano a vicenda (4): e non è possibile scindere l'applicazione dei medesimi in momenti cronologicamente distinti.

---

(1) Cfr. REDENTI, *Trattato,* II, n. 48.

(2) *Istituzioni,* II, § 28; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, n. 53, pag. 233 e segg.

(3) Cfr. sulle classificazioni e sulla terminologia in tema di competenza, REDENTI, *Trattato,* II, n. 48, postilla *d;* n. 54, post. *d.*

(4) Sulla diversa importanza della competenza per materia e di quella per grado, cfr. REDENTI, *Trattato,* II, n. 54.

Combinazione dei varî criteri.

Il primo criterio che entra in giuoco in questa ricerca del tipo è quello della materia: prima di poter ricorrere agli altri criteri di competenza stabiliti dal Codice per le cause civili, bisogna stabilire se la causa da decidere sia civile o penale; e, una volta stabilito che si tratti di causa *lato sensu* civile, bisogna stabilire altresì se essa rientri nella giurisdizione dei giudici ordinari: indagini che, l'una e l'altra, si fondano sul criterio della materia. A questo punto subentra il criterio del valore, poichè, quando sarà accertato che la causa appartiene alla giurisdizione civile, l'indice di competenza per scegliere il tipo di giudice idoneo a decidere quella causa (conciliatore, pretore o tribunale) è dato, normalmente, dall'importanza economica della medesima. Ma anche in questo momento della ricerca il criterio del valore non può andare scompagnato da quello della materia, perchè si hanno numerosi casi in cui il valore della causa, stabilito dalla legge come indice generale di competenza, perde importanza per certe categorie di cause, le quali, per considerazioni attinenti alla loro materia, sono portate alla competenza di un tipo di giudice diverso da quello al quale dovrebbero essere attribuite in base al generale criterio del valore (per es., una causa di valore « non superiore a lire diecimila », che, secondo l'indice di valore preso a base dall'art. 8 dovrebbe rientrare nella competenza del pretore, appartiene invece alla competenza del tribunale se verte « in materia di imposte o tasse », art. 9).

E infine la combinazione dei due indici della materia e del valore non è ancora sufficiente alla determinazione del tipo, se non è completata dalla considerazione del criterio funzionale: i criteri oggettivi della materia e del valore valgono infatti in quanto sia sottinteso che il tipo di giudice da scegliere sia di primo grado, cioè un giudice dinanzi al quale la causa debba essere inizialmente introdotta; ma quando la causa è già stata proposta e decisa in primo grado, e si tratta ora di scegliere il tipo di giudice dinanzi al quale la medesima deve svolgersi nei gradi ulteriori, allora i criteri della competenza oggettiva non bastano più, ed entrano in giuoco le regole della competenza funzionale, le quali, presupponendo già avvenuta in base agli indici combinati della materia e del valore la scelta del giudice di primo grado, indicano, partendo da questo, quali sono i giudici competenti per le fasi successive.

§ 90. — Regole della competenza oggettiva in particolare: criterio qualitativo (per materia).

Guardiamo ora, un po' più da vicino, secondo quali regole la competenza oggettiva (materia e valore) è distribuita dal nuovo Codice tra i varî tipi di giudici ordinari.

1) Sappiamo già che agli organi giudiziari, accanto alle attribuzioni attinenti alla giurisdizione vera e propria (giurisdizione c.d. *contenziosa*), sono demandate mansioni di carattere amministrativo che si comprendono sotto la denominazione di giurisdizione c. d. *volontaria*. La distinzione tra questi due ordini di attribuzioni è data essenzialmente dalla diversità del provvedimento che si richiede al giudice (§ 23) cioè dalla diversità della *materia* nel senso sopra chiarito: la distribuzione tra i varî tipi di organi giudiziari delle mansioni di giurisdizione volontaria è disciplinata da speciali regole di competenza per materia che si trovano non raggruppate nella sezione del C.p.c. che qui si studia, ma disperse in varî articoli del C.p.c. o del C.c. o in leggi speciali (1). Per dare qualche esempio: la funzione conciliativa, che come sappiamo, rientra nella giurisdizione volontaria (§ 24), è attribuita, quando è esercitata a sè e non come incidente in un procedimento contenzioso, a quell'organo giudiziario che, appunto da questa sua attribuzione, teoricamente preminente, prende il nome di *conciliatore* (Ord. giud. art. 22; l. 25 giugno 1940 n. 763, n. 3); importanti attribuzioni di giurisdizione volontaria in materia di rapporti familiari sono demandate al pretore, nell'ufficio di *giudice tutelare* (Ord. giud. art. 33; art. 344 C. c.), e al tribunale, nella sezione specializzata detta *tribunale dei minorenni* (art. 38, 39 Disp. att. C. c.; art. 49 Ord. giud.); anche il tribunale civile in formazione ordinaria esplica mansioni di giurisdizione volontaria in molteplici casi (art. 721, 732, 735, 737 e segg. C.p.c.; 375, 2330 ecc. C.c.); e la stessa corte d'appello è talora organo di giurisdizione volontaria in primo grado (in materia di adozione, art. 312-313 C. c.).

Competenza per la giurisdizione volontaria.

ORD. GIUD. ART. 22, 33, 49.

ART. 721, 732, 735, 737.

2) Anche nell'esercizio della vera e propria giurisdizione (cosiddetta *contenziosa*), il criterio della materia serve in prima linea a ripartire il lavoro tra i varî tipi di organi giudiziari secondo la diversa natura dei provvedimenti giurisdizionali richiesti (provv. di cognizione, di esecuzione forzata e cautelari: § 27) (2). Si potrebbe astrattamente pensare che nell'ordinamento giudiziario a questi tre ordini di provvedimenti corrispondessero tre diversi tipi di organi giudiziari: o che almeno vi fosse distinzione tra gli organi della cognizione (uffici giudicanti o giudici in senso stretto) e quelli della esecuzione forzata (uffici esecutivi). In realtà questa distinzione organica non vi è: funzioni di cognizione, di esecuzione forzata e cautelari si cumulano negli stessi organi. Ma, secondo la natura del provvedimento richiesto, le regole

---

(1) Cfr. REDENTI, *Trattato* cit., II, pag. 155; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.* I, pag. 252, n. 73; CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 138.

(2) Cfr. REDENTI, *Trattato* cit., II, pag. 156; ZANZUCCHI, op. cit., pag. 252, n. 72.

di competenza per materia variano: mentre, quando si tratta di provvedimenti di cognizione, la distribuzione della competenza tra i tre organi di primo grado avviene secondo le regole degli art. 7 a 15 che tra poco si esamineranno (§ 90), per la esecuzione forzata la competenza per materia sui procedimenti esecutivi è diversamente regolata dall'art. 16: il pretore ha competenza sui procedimenti esecutivi *a*) di consegna e rilascio di cose mobili o immobili (art. 605-611), *b*) di espropriazione forzata di cose mobili o di crediti (art. 513-554), *c*) di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare (art. 612-614); il tribunale ha competenza sui procedimenti di espropriazione forzata di immobili, e anche dei mobili che siano soggetti all'espropriazione forzata insieme coll'immobile (cfr., per l'espropriazione forzata di navi o di aeromobili, gli art. 620 e 1026 C. nav.). E anche per la materia cautelare valgono speciali regole di competenza diverse in parte da quelle degli art. 7 a 15 (art. 672, 673, 688, 693, 701, 703 ecc.). Il conciliatore non ha mai competenza per materia nè nei procedimenti di esecuzione nè in quelli cautelari (cfr. art. 672, comma secondo; art. 673 comma ultimo; art. 688; art. 701; è però competente, nei limiti di valore, per i procedimenti d'istruzione preventiva: art. 693-694). In base a criteri tratti dalla materia è stabilita la competenza del tribunale per il procedimento complesso (prevalentemente esecutivo) di fallimento e per quelli di concordato, di amministrazione controllata e di liquidazione coatta amministrativa (r. decr. 16 marzo 1942, n. 267, art. 9, 161, 187, 195) (1).

Competenza per i provvedimenti esecutivi e cautelari.

ART. 513 E SEGG.; ART. 672 E SEGG.

3) Nel più ristretto ambito dei provvedimenti giurisdizionali di cognizione, il criterio della materia serve a stabilire quali sono le cause di competenza degli organi giudiziari ordinari e quelle di competenza degli organi speciali o specializzati.

Gli organi ordinari sarebbero in teoria competenti a decidere illimitatamente (salva tra loro la repartizione per valore di cui al § 90) su tutte le cause civili; ma quando la legge attribuisce la cognizione di qualche categoria di cause a un organo speciale o a una sezione specializzata, queste disposizioni operano come limitazioni della competenza *per materia* degli organi ordinari: così attengono alla materia i criteri secondo i quali sono sottratte alla cognizione degli organi ordinari le cause amministrative (nel senso già visto, §§ 42 e 76 *c*), o quelle sulle acque pubbliche (§ 77 *b*), o sugli usi civici (§ 77 *d*), e così via.

Competenza dei giudici speciali.

Una particolare menzione meritano a questo punto le « controversie in materia corporativa » che, pur essendo oggi regolate dal Codice

(1) Cfr. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare* (Roma, 1943), pag. 48.

(art. 409-473), sono però considerate come una categoria distinta dalle altre cause civili (che nel loro complesso si potrebbero designare, in contrapposto, come cause civili « in materia *non corporativa* »). Questo criterio di distinzione è senza dubbio attinente alla materia (in quanto è basato sulla natura giuridica del rapporto controverso); ma la distinzione non sempre porta nel nuovo Codice a una vera e propria repartizione di competenza per materia, che dia luogo a una limitazione di competenza degli organi giudiziari. ART. 409-473. *Materia corporativa.*

Prima del nuovo Codice, quando la giurisdizione del lavoro era regolata da leggi speciali (§ 77 *a*), le sezioni specializzate degli organi ordinari alle quali queste controversie erano attribuite, avevano su di esse una vera e propria competenza per materia, che escludeva la competenza delle sezioni ordinarie e che obbligava queste, ove per errore fossero investite di una controversia del lavoro, a dichiararsi incompetenti. Secondo il nuovo Codice questa speciale competenza per materia è rimasta soltanto per le controversie collettive, attribuite, in primo ed unico grado, alla magistratura del lavoro (art. 409); mentre, per le controversie individuali del lavoro e per le altre controversie individuali ad esse equiparate, la differenza della materia non dà più luogo a una diversità di competenza, ma solo a una diversità di procedimento, da cui può derivare nel corso del processo un cambiamento di rito, ma non una eccezione di incompetenza (art. 445, 446, 451) (1). ART. 409, 445, 446, 451.

4) Quando si sia giunti così, attraverso delimitazioni concentriche sempre più precise, a stabilire qual è la materia riservata alla cognizione degli organi giudiziari ordinari civili, sottentra al criterio qualitativo, per disciplinar la distribuzione di questa materia fra i diversi tipi di organi ordinari, il criterio quantitativo del valore. Questo come già si è detto (§ 73 *a*) opera *grosso modo* così: la materia civile idealmente distinta secondo il suo importo economico in tre masse, comprendenti, la prima, le cause di valore non superiore a lire mille, che sono riservate alla competenza del conciliatore (non di questo o di quel conciliatore, ma del *tipo* conciliatore; art. 7); la seconda, le cause di valore superiore a lire mille ma non a lire diecimila, attribuite alla competenza del pretore (art. 8); la terza, le cause di valore superiore a lire diecimila, attribuite alla competenza del tribunale. Delle regole della competenza per valore si dirà tra poco (§ 91); ma qui, per esaurire tutto quanto riguarda la competenza per materia, bisogna ricordare che, in numerosi casi, considerazioni attinenti alla materia ART. 7-8.

---

(1) Cfr. Rel. D. a., n. 40: « questa unificazione del procedimento ha fatto venir meno la separazione di competenze fra il giudice del lavoro e quello ordinario... »; ANDRIOLI, *Comm.*, vol. I, art. 429, I; 464, II.

operano, come già si è avvertito (§ 88 in fine), come limiti o come ostacoli all'applicazione del criterio per valore, nel senso che certe categorie di cause, in vista della loro materia, sono riservate alla competenza di un determinato tipo di giudice, anche se per avventura il loro valore ecceda in più o in meno i limiti di valore propri di questo tipo.

Il criterio della materia come modificativo di quello del valore.

I casi principali di questo fenomeno sono i seguenti.

Conciliatore.

ART. 7.

ART. 434, 447, 461.

ART. 8.
ART. 9.

La competenza del conciliatore, che per valore è estesa, dall'art. 7, alle cause non eccedenti le lire mille, è limitata per materia alle sole « cause relative a beni mobili » (senza distinguere tra azioni personali e azioni reali; come invece faceva l'art. 70 del C. 1865), il che significa che le cause personali o reali attinenti a beni immobili, anche se di valore inferiore a lire mille, sono per ragioni di materia sottratte in ogni caso al conciliatore; lo stesso avviene per le controversie individuali del lavoro (art. 434, 447, 461), e per tutte quelle categorie di cause che, qualunque sia il loro valore, sono dalla legge attribuite per ragioni di materia alla competenza esclusiva del pretore (art. 8) o del tribunale (art. 9). Il criterio attinente alla materia serve dunque qui per *restringere* quella che sarebbe la competenza del conciliatore basata sul valore, ma lo stesso criterio serve invece ad *ampliarla* nel caso previsto dal secondo comma dello stesso art. 7, secondo il quale la competenza per valore del conciliatore si inalza fino a lire duemila (invadendo così il campo della competenza per valore riservata al pretore) « per le cause di sfratto per finita locazione e in generale per tutte « le cause relative a contratti di locazione di beni immobili ».

Pretore.

ART. 447.

ART. 703.

ART. 688.

ART. 700.

La competenza del pretore, che per valore dovrebbe aggirarsi tra le mille e le diecimila lire, eccede talvolta per ragioni di materia questi limiti di valore. Ciò avviene non soltanto per quelle cause di valore inferiore alle lire mille che per ragioni di materia sono sottratte al conciliatore, (cause relative a beni immobili, non attinenti a contratti di locazione; cause individuali del lavoro, o anche semplicemente ritenute tali, cfr. art. 447 secondo comma), ma altresì per categorie di cause, specificate dall'art. 8 (cfr. art. 82 C.p.c. 1865) le quali per ragioni di materia sono demandate al pretore « qualunque ne sia il valore » e quindi non soltanto se il loro valore è inferiore alle lire mille, ma anche se supera le diecimila: azioni possessorie (art. 703 e segg. C.p.c.; 1168 e segg. C.c.); denuncie di nuova opera e di danno temuto (art. 688 e segg. C.p.c.; 1171 e segg. C.c.); provvedimenti di urgenza (art. 700 C.p.c.); cause relative ad apposizioni di termini (art. 951 C.c.) e alla osservanza delle distanze stabilite dalla legge (art. 873 e segg. C.c.) dai regolamenti o dagli usi riguardo al piantamento degli alberi e delle siepi; cause di sfratto per finita mezzadria (art. 2141 C.c.) e affitto a coltivatore diretto (art. 1647 C.c.); cause per finita locazione in quanto

non siano di competenza del conciliatore (cfr. art. 657 e segg.; art. 429 n. 2 C.p.c.); cause relative alla misura e alle modalità di uso dei servizi del condominio delle case (art. 1117 e segg. C.c.) (1). In tutti questi casi il criterio della materia serve ad *ampliare* la competenza per valore del pretore; ma in certi altri casi serve a *restringerla,* come avviene per quelle categorie di cause per le quali (anche se il valore è inferiore alle lire diecimila) la competenza è esclusivamente affidata, per ragioni di materia, al tribunale, ovvero (anche se il valore è superiore alle lire mille) al conciliatore. Da ragioni di materia è anche determinata la competenza del pretore a dichiarare esecutivi i lodi arbitrali (art. 825). ART. 429.

Il tribunale per valore sarebbe competente soltanto nelle cause eccedenti le lire diecimila; ma per ragioni di materia (art. 9: cfr. art. 81 e 84 C.p.c. 1865) esso è esclusivamente competente (anche se il valore è inferiore a questo limite) sulle cause in materia di tasse o imposte (art. 6 l. 20 marzo 1865), su quelle relative allo *status* e alla capacità delle persone e ai diritti onorifici, e in generale su ogni causa di valore indeterminabile (lib. 1° del C.c.), sulla querela di falso (art. 221 e segg.; cfr. art. 81 e 84 C.p.c. 1865); nonchè sulle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie (art. 461). E' anche competente a conoscere di tutte le cause che derivano dal fallimento, qualunque ne sia il valore (art. 24 r. decr. 16 marzo 1942, n. 267). Viceversa anche la competenza per valore del tribunale si trova limitata per tutte quelle cause che, qualunque ne sia il valore (e quindi anche se esso supera le diecimila lire) la legge, come si è visto, demanda per ragioni di materia alla competenza del pretore. *Tribunale.* ART. 9, 221, 461.

In tutti questi casi il criterio della materia serve per così dire da correttivo precostituito della repartizione basata sul valore. Normalmente il criterio del valore è ritenuto sufficiente dalla legge per procedere alla scelta del tipo di giudice meglio idoneo alle esigenze di ciascuna causa; ma, per certe categorie di cause, considerazioni prevalenti, desunte dalla materia, consigliano la scelta di un tipo diverso da quello che sarebbe determinato secondo il criterio del valore. Così, ad esempio, le cause su diritti immobiliari o su rapporti di lavoro sono considerate così importanti socialmente che, anche se il loro valore è minimo, si è ritenuto opportuno sottrarne la decisione, non sempre semplice, a un giudice non fornito di specifica cultura giuridica qual è il conciliatore. Per le cause affidate al pretore senza limiti di valore, *Ragione di queste norme.*

---

(1) Esegesi di queste disposizioni in ANDRIOLI, *Comm.*, I, all'art. 8; REDENTI, *Trattato,* II, n. 57; SARACENO, *Il procedimento davanti al pretore e al conciliatore,* in « Riv. dir. proc. civ. », 1942, I, pag. 188 e segg., nn. 7-8.

la ragione per la quale quest'organo è stato preferito al tribunale, anche se il valore della causa superi le diecimila lire, deve riscontrarsi nella maggiore semplicità e celerità del suo procedimento e nella sua maggior vicinanza al luogo del litigio, che lo rendono particolarmente idoneo a prendere sul posto quei provvedimenti urgenti, che sono richiesti in queste materie (1). E, viceversa, sono state attribuite al tribunale, anche se di valore inferiore alle diecimila lire, quelle cause per le quali è apparsa specialmente desiderabile per considerazioni desunte dalla importanza della materia, la garanzia della collegialità: caso tipico è quello della competenza sulle « cause per materia di imposte o tasse », riservate all'organo collegiale (in quanto la causa verta tra l'ente impositore e il contribuente) dall'art. 6, comma terzo, della legge sul contenzioso amministrativo del 20 marzo 1865 (2).

Anche la competenza delle corti d'appello, che di regola è determinata da ragioni funzionali, può essere eccezionalmente determinata, in quei pochi casi in cui esse sono giudici di primo grado, da ragioni di materia (cfr. § 92, in fine).

§ 91. — Regole della competenza oggettiva in particolare: criterio quantitativo (per valore).

Inalzamento dei limiti di competenza per valore.

Tolti i casi, finora visti, nei quali il tipo di giudice competente è determinato secondo la materia, la repartizione delle cause tra i tre tipi di giudici ordinari di primo grado avviene secondo il criterio del valore. Conosciamo già le ragioni di convenienza che giustificano questa tradizionale tripartizione di organi basata sul valore (§ 73 A, *a*), che il nuovo Codice ha ereditato dal Codice del 1865: qui giova soltanto avvertire che il nuovo Codice ha notevolmente inalzato i limiti massimi di competenza per valore del conciliatore e del pretore, portando la prima da lire quattrocento (l. 16 settembre 1922, n. 1278) a lire mille (art. 7), e la seconda da lire cinquemila (l. 16 settembre 1922 citata) a lire diecimila (art. 8). Questo è stato fatto non soltanto in considerazione del mutato valore della moneta, ma anche per avvicinare di più, come è stato detto, la giustizia al popolo: « questo « innalzamento della competenza per valore... avrà la immediata con- « seguenza di far risentire i vantaggi di un procedimento più semplice « e più familiare, com'è quello che si può seguire dinanzi al giudice « unico, a un più vasto numero di controversie di modesto valore

---

(1) Cfr. in proposito le belle pagine del Saraceno, scritto cit., nn. 1-5.

(2) Cfr. Chiovenda, *Istituzioni*, II, n. 190; Andrioli, *Comm.*, I, all'art. 9; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, n. 69, 2, pag. 249.

« economico nelle quali sono in giuoco gli interessi del popolo meno « abbiente » (rel. GRANDI, n. 18).

Stabilita dunque, negli art. 7, 8, 9, questa base di repartizione per valore, il Codice negli art. 10 a 15 e 17 ha dettato una serie di regole volte a stabilire come si fa praticamente a calcolare il valore di una causa: queste regole, come già si è detto, si riferiscono soltanto alle « cause », cioè ai provvedimenti di cognizione, non a quelli di esecuzione, per i quali la competenza è determinata secondo criteri di materia (§ 89 n. 2). Il carattere istituzionale di questo Corso ci vieta di fare di questi articoli un compiuto commento esegetico (1); e dobbiamo limitarci a riassumerne i punti essenziali. ART. 7-17.

1. — Il principio della *perpetuatio iurisdictionis,* che abbiamo già visto come regola generale (§ 80), si trova espressamente enunciato in relazione alla competenza per valore dall'art. 10: « il valore della causa, *ai fini della competenza,* si determina dalla domanda » (cfr. art. 72 C.p.c. 1865). La legge ha ritenuto opportuno formulare questo principio con particolare riferimento alla competenza per valore, perchè è proprio al momento di calcolare il valore della causa ai fini della competenza che meglio si può apprezzare la utilità pratica di questa regola semplificatrice, la quale fornisce la base per risolvere agevolmente il problema di competenza senza bisogno di lunga indagine e su dati di fatto reperibili fin dal momento iniziale del processo. ART. 10.

Il valore si determina dalla domanda.

Si consideri infatti che il valore della causa è un elemento che può avere grande importanza anche nella decisione del merito: e che anzi, in certi casi, può costituire il punto più difficile e più dibattuto del litigio. In una causa per risarcimento di danni, ad esempio, può darsi che tutto il dibattito si concentri proprio sulla valutazione del danno da risarcire: talchè, se la competenza per valore si dovesse determinare non dal *petitum* ma dal *decisum,* cioè non da quella somma che l'attore inizialmente ha chiesto a titolo di risarcimento ma da quella che alla fine il giudice liquiderà come dovuta, si arriverebbe all'assurdo logico di dovere prima far decidere la causa, per poter scegliere poi, in base al *quantum* deciso, il giudice competente per deciderla... La regola dell'art. 10 distingue invece il valore, cioè l'importo economico della causa, « ai fini della competenza », dal valore di essa ai fini del merito: questi due valori possono coincidere, ma possono anche rimaner distinti e rilevanti ciascuno sul proprio piano. Agli effetti della competenza il valore si determina dalla domanda, con un calcolo approssimativo e sbrigativo, di cui ora si vedranno

(1) Cfr. in proposito i *Commentari* di ANDRIOLI e di D'ONOFRIO, agli articoli corrispondenti.

i criteri (« a norma delle disposizioni seguenti », dice il primo comma dell'art. 10); ma questo calcolo fatto ai soli effetti della competenza, non esclude poi, che agli effetti del merito, il giudice competente possa arrivare a una valutazione diversa dell'oggetto del litigio (cfr. oltre, n. 7).

Non si dimentichi poi che, quando si dice che il valore si determina dalla « domanda », non si esclude che agli effetti della determinazione del valore della causa si debba tener conto anche delle domande riconvenzionali opposte dal convenuto (§ 80 lett. *c*); com'è confermato dalla formula usata dall'art. 12, secondo il quale il valore della causa si desume « da quella parte del rapporto *che è in contestazione* ».

2. — Come si fa, praticamente, a desumere « dalla domanda » il valore di una causa *agli effetti della competenza*? Vedremo a suo tempo che la domanda dell'attore deve contenere « la determinazione « della cosa oggetto della domanda » e « l'esposizione dei fatti e degli « elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda » (art. 163, nn. 3 e 4); e sono appunto questi (*petitum* e *causa petendi*) gli indici da cui si potrà desumere il valore della causa. Naturalmente, nella massima parte dei casi, questi indici si desumono dalla domanda dell'attore; ma poichè il convenuto può allargare colle sue domande riconvenzionali (art. 167) il tema del dibattito e contrapporre al *petitum* dell'attore un diverso o più vasto *petitum*, così in realtà quando si parla del *petitum* si deve intendere più esattamente il *disputatum*, cioè l'oggetto « in contestazione ».

Da questi indici bisogna poter rilevare una valutazione in danaro della causa, che permetta di scegliere il giudice competente per valore (questa causa vale più o meno di mille lire? più o meno di diecimila lire?). E' evidente che la legge, quando prende come indice di competenza il valore di una causa, presuppone che « la cosa oggetto della domanda » sia un bene suscettibile di valutazione economica; ossia che la causa verta intorno a un rapporto giuridico di carattere patrimoniale, il cui importo economico possa essere ragguagliato ad una somma in danaro; nelle cause relative a rapporti non patrimoniali, che la legge chiama « di valore non determinabile » (art. 9) la competenza può essere stabilita non secondo il criterio del valore, ma secondo quello della materia (§ 90).

Determinazione del valore del petitum.

Ma anche nelle cause di carattere patrimoniale non è detto che gli elementi da cui si può desumere il valore si trovino sempre spiegati nella domanda in modo preciso e compiuto. Può accadere che l'attore, chiedendo la condanna del convenuto al pagamento di un credito in denaro ne indichi fino al centesimo l'importo; o che, pur indicando come oggetto della domanda una cosa determinata o una certa quantità di cose fungibili, dichiari espressamente il loro equivalente in

danaro (art. 639): e allora qui non ci sarà bisogno di ricorrere a calcoli estimativi per tradurre in danaro il valore del *petitum*, perchè questo si troverà già compiutamente valutato dallo stesso attore. Ma in altri casi potrà darsi che l'attore si limiti a indicare la cosa, mobile o immobile, a cui si riferisce la sua pretesa, senza dichiararne l'equivalente in denaro; o che, pur chiedendo il pagamento di una somma di danaro, non ne precisi l'ammontare, rimettendone la liquidazione all'esito del giudizio. In questi casi come si fa a calcolare il valore non dichiarato nella domanda?

D'altra parte è evidente che, anche quando il *petitum* sia già nella domanda determinato in danaro, o sia dichiarato il suo equivalente in danaro, non sempre basta questo solo elemento a dare una esatta e compiuta valutazione economica del rapporto controverso; diversi possono essere i titoli giuridici per i quali si contende su un bene di valore determinato, e col variare del titolo può variare, pur rimanendo invariato il bene, il valore patrimoniale della causa. Se si controverte sulla proprietà di una cosa, è evidente che le conseguenze patrimoniali di questa controversia saranno più rilevanti di quelle che potrebbero derivare dal contendere sul godimento della medesima, a titolo, poniamo, di prestito e di locazione. Qui dunque il calcolo del valore del *petitum* è complicato dalla necessità di tener conto della relazione economico-giuridica che passa tra il *petitum* e la *causa petendi*. In questi casi come si fa a calcolare le diverse conseguenze patrimoniali di questa relazione?

Relazione tra petitum e causa petendi per calcolare il valore.

Per rispondere a questi due ordini di problemi (il primo riguarda più particolarmente la stima del bene; il secondo il valore della causa che resulta dal mettere in relazione il bene stimato colla *causa petendi*) (1), evitando le complicazioni che deriverebbero dal dover compiere sulla soglia di ogni processo una stima tecnicamente approfondita, la legge detta una doppia serie di regole, destinate a stabilire agli effetti della competenza, in maniera approssimativa ma sbrigativa, come si fa a calcolare il valore economico del *petitum* (art. 14 e 15; cfr. art. 78, 79, 80 C.p.c. 1865); come si fa a calcolare le variazioni di valore del *petitum* in relazione al variar della *causa petendi* (art. 11, 12, 13, e in parte art. 14: cfr. art. 72, 76, 77 C.p.c. 1865) (2).

3. — I criteri dettati dagli art. 14 e 15 per stimare il *petitum* (considerato in sè, indipendentemente dalla *causa petendi*) si riferiscono all'oggetto mediato della domanda (§ 39, *b*), cioè al bene economico che il richiedente tende a raggiungere attraverso il provve-

Stima del petitum.

ART. 14 E 15.

(1) Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 134.

(2) ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 240.

dimento giurisdizionale (1). Dell'oggetto immediato della domanda (cioè della natura giuridica del provvedimento) la legge, agli effetti del calcolo del valore, non tien conto: la rivendicazione di un immobile ha lo stesso valore dell'azione di mero accertamento sul medesimo; l'azione costitutiva per la risoluzione di un contratto, ha lo stesso valore dell'azione di condanna per l'esecuzione del medesimo. In quanto all'oggetto mediato, la legge distingue tre ipotesi: che esso sia costituito da somme di denaro, da beni mobili o da beni immobili. Nel primo caso la richiesta della somma di denaro sarà di solito accompagnata dall'indicazione del suo preciso ammontare; sicchè il valore si potrà determinare, senza bisogno di calcoli, « in base alla somma indicata ». Nel secondo caso potrà accadere che alla indicazione dei beni mobili si accompagni la dichiarazione dell'equivalente in danaro; e in tale ipotesi il valore del *petitum* si determinerà « in base al valore dichiarato dall'attore ». Se poi oggetto della domanda sarà una somma di danaro non determinata nel *quantum*, o una cosa mobile non accompagnata da dichiarazione di valore, allora « in mancanza di « indicazione o dichiarazione, la causa si presume di competenza del « giudice adito » (art. 14 primo comma).

ART. 14.

I criteri di valutazione del bene stabiliti dalla legge per i due casi ora visti (somme di danaro e cose mobili) prescindono interamente dalla *causa petendi*, e valgono ugualmente per i rapporti obbligatorî e per i rapporti reali. Per il terzo caso (beni immobili) i criteri di stima dettati dall'art. 15 valgono invece solo per quelle cause immobiliari in cui si faccia valere un diritto reale: in tale ipotesi, per arrivare con semplicità e rapidità a quella stima approssimativa che è sufficiente ai fini della competenza, è preso come indice presuntivo di valore il tributo diretto che grava sull'immobile a favore dello Stato (2), moltiplicato, come ora si dirà (n. 5), per un diverso coefficiente secondo la diversa natura del diritto reale di cui si contende.

ART. 15.

Se poi si tratta di immobile non sottoposto a tributo, il valore della causa è determinato dal giudice « secondo quanto risulta dagli atti »; se questi non offrono elementi per la stima, la causa è considerata « di valore indeterminabile », cioè appartenente alla competenza del tribunale (art. 15 ultimo comma).

Determinazione del valore secondo la causa petendi.

4. — Più complicati e più minuziosi sono i criteri dettati dalla legge per arrivare a determinare il valore della causa in vista della relazione che passa tra il *petitum* e la *causa petendi*. Una compiuta esegesi di essi non è qui possibile: guardiamo di estrarne, se è possibile, qualche orientamento generale.

---

(1) REDENTI, *Trattato*, II, n. 65.

(2) Cfr. REDENTI, *Trattato*, II, n. 66.

Dalla regola generale secondo la quale il valore della causa si determina dalla domanda, deriva come corollario (1) la disposizione dell'art. 12 secondo la quale « il valore delle cause relative all'esisten- « za, alla validità o alla risoluzione di un rapporto giuridico obbliga- « torio si determina in base a quella parte del rapporto *che è in conte-* « *stazione* » (cfr. comma ultimo art. 72 C.p.c. 1865). Si pensi a un rapporto obbligatorio di carattere continuativo, dal quale sorgano obbligazioni rateali periodiche: un mutuo di 50.000 lire, che il mutuatario si è obbligato di restituire in dieci anni, a 5.000 lire per anno. Se è « in contestazione » la validità del negozio giuridico nella sua totalità (perchè, poniamo, si sostenga che il contratto è annullabile per vizio di consenso), le conseguenze economiche derivabili dalla decisione di questa causa avranno lo stesso ambito dell'intero rapporto controverso e quindi il valore della causa sarà di 50.000 lire; ma se è « in contestazione » il rimborso di una singola rata (in quanto, poniamo, il mutuatario affermi di averla già pagata e il mutuante lo neghi), il valore della causa sarà di 5.000 lire, perchè gli effetti della decisione riguarderanno soltanto questa minor somma, e lasceranno impregiudicato il resto del negozio. Applicazione di questo principio è il comma dell'art. 12, che concerne le cause in materia di locazione di immobili (art. 1607 e segg. C.c.).

ART. 12.

Dello stesso principio sono applicazione anche le disposizioni dell'art. 13, che concernono le cause relative a prestazioni alimentari periodiche (art. 433 e segg. C.c.), a rendite (art. 1861 e segg. C.c.), a canoni enfiteutici (art. 957 e segg. C.c.): se la contestazione è limitata alla singola rata, da essa si determina il valore della causa; ma « se il titolo è controverso », allora il valore della causa si determina dall'importo economico dell'intero negozio giuridico, per determinare il quale la legge detta qui criteri approssimativi di facile applicazione (cumulo di *due* annualità per le prestazioni alimentari periodiche; di *venti* annualità per le rendite perpetue; di *dieci* annualità, come massimo, per le rendite temporanee o vitalizie).

ART. 13.

Cause su diritti reali immobiliari.

5. — Per la cause su diritti reali immobiliari (art. 15) l'indice di valore costituito dal tributo diretto si moltiplica per un diverso coefficiente secondo la diversa *causa petendi*: per duecento, se si tratta di proprietà (art. 948 C.c.); per cento, se si tratta di usufrutto, uso, abitazione, nuda proprietà, enfiteusi (art. 978 e segg.; 957 e segg. C.c.); per cinquanta, se si tratta di servitù (art. 1027 e segg.; art. 499 C.c.). Per il regolamento di confini (art. 950 C.c.) il valore della causa si desume da quello della parte di proprietà che è controversa.

ART. 15.

---

(1) CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 134; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 243, n. 62, 1.

ART. 12. Il valore delle cause per divisione (art. 784 e segg. C.p.c.) si determina da quello della massa attiva da dividersi (art. 12 ultimo comma, in relazione agli art. 14 e 15).

Cumulo di domande.

6. — Si è fatta finora la ipotesi che la domanda proposta in giudizio sia una sola; ma può accadere che nello stesso processo siano proposte contemporaneamente, tra gli stessi soggetti, più domande aventi ciascuna un diverso *petitum* ed eventualmente anche una diversa *causa petendi* (*cumulo oggettivo*: § 41, B, *a*), ovvero che contro più persone siano proposte nello stesso giudizio più domande aventi ciascuna un diverso *petitum*, ma basate su un titolo giuridico unico (*cumulo soggettivo*, § 41 B, *b*). In questi casi il valore della causa è dato (art. 10, primo comma) dalla somma del valore delle varie domande cumulate; e ciò vale anche quando queste domande siano fondate su titoli diversi, contrariamente a quanto disponeva l'art. 73 del vecchio Codice. Se cito in giudizio il mio inquilino per farlo condannare a pagarmi 5.000 lire per canoni arretrati e 6.000 per danni da lui prodotti al mio stabile, la causa va al tribunale nonostante che ciascuna delle due domande, se proposta separatamente, sarebbe stata di com-

ART. 10. petenza del pretore (art. 10 secondo comma: cfr. art. 72 e 73 C.p.c. 1865). Se, essendo creditore di lire 15.000, io cito nello stesso giudizio i tre coeredi del mio debitore originario, per farli condannare ciascuno al pagamento della quota di L. 5.000, è competente il tribunale, nonostante che ciascuna delle tre domande, se proposte separata-

ART. 11. mente, sarebbe stata di competenza del pretore (art. 11: cfr. art. 74 C.p.c. 1865) (1).

Contestazione fatta dal convenuto.

7. — Si deve infine ricordare che la regola già vista (§ 60 lett. *b*) secondo la quale il convenuto può sempre contestare, ai fini della competenza, le affermazioni di fatto contenute nella domanda, è espressamente affermata, in tema di competenza per valore, dall'art. 14, il quale dispone che, nelle cause relative a somme di denaro o a cose mobili, il convenuto può contestare nella prima difesa il valore dichiarato dall'attore, o, in mancanza di dichiarazione, quello presunto nei limiti della competenza del giudice adito: « in tal caso il giudice « decide, ai soli fini della competenza, in base a quello che risulta « dagli atti e senza apposita istruzione ».

Questa determinazione sommaria del valore della causa, fatta dal giudice dietro contestazione del convenuto ai soli fini della competenza (cfr. anche, per gli immobili, il comma ultimo dell'art. 15) di

ART. 14. regola non ha effetti sul merito; viceversa, « se il convenuto *non con-* « *testa* il valore dichiarato o presunto, questo rimane fissato, *anche*

---

(1) Cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 61, pag. 242.

« *agli effetti del merito,* nei limiti della competenza del giudice adito » (art. 14 comma ultimo).

8. — Speciali regole per il calcolo del valore detta l'art. 17 per le cause relative all'esecuzione forzata: le quali, quantunque concernenti contestazioni sorte nel corso di un procedimento esecutivo, danno luogo a provvedimenti di cognizione (e per questo l'art. 17 parla di « cause ») e seguono regole di competenza diverse da quelle dettate dall'art. 16 per i provvedimenti esecutivi.

Cause sull'esecuzione forzata.

I criteri per calcolare il valore di queste cause sono anche qui desunti dal valore del bene contestato: il credito per cui si procede, nelle cause di opposizione all'esecuzione forzata (art. 615); il valore dei beni contestati, nelle cause proposte da terzi rivendicanti (art. 619); il valore del maggiore dei crediti contestati, nelle controversie sorte in sede di distribuzione (art. 596-598).

ART. 17.

§ 92. — Regole della competenza funzionale in particolare.

Sotto la denominazione di competenza *funzionale* il Chiovenda (1), che per primo la introdusse nella nostra dottrina, comprendeva tre fenomeni diversi: la repartizione di funzioni tra organi giudiziari di diverso tipo secondo la diversa natura dei provvedimenti richiesti (cognizione ed esecuzione) (2), che noi abbiamo considerato invece come un caso di competenza per materia (§ 90, n. 2); la distribuzione territoriale delle cause tra organi dello stesso tipo, quando « una « causa è affidata al giudice di un determinato territorio per il fatto « che la sua funzione sarà ivi più facile o più efficace » (cosiddetta competenza *territoriale-funzionale* (3) che secondo noi non è opportuno tener separata dalla competenza territoriale, di cui è una sottospecie) (4); e finalmente la repartizione di funzioni tra organi giudiziari di diverso tipo in fasi successive dello stesso processo, nello stesso grado o in gradi diversi. A quest'ultimo caso, in cui la repartizione di attribuzioni non è basata nè sulla materia, nè sul territorio, ma semplicemente sulla diversità delle funzioni che diversi organi giudiziari sono chiamati a compiere *sulla stessa causa,* in momenti successivi *dello stesso processo,* credo che possa essere utilmente con-

Nozione di competenza funzionale.

---

(1) *Istituzioni,* II, n. 191.

(2) Chiovenda, *Istituzioni,* II, n. 193.

(3) Ivi, nn. 191, 194.

(4) Cfr. Jaeger, *Dir. proc.,* n. 101; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.,* I, n. 79, pag. 255.

servata, come ho già avvertito, la denominazione di competenza funzionale (1).

1. — I casi più importanti di competenza funzionale (per i quali si parla comunemente di competenza *per grado*) sono quelli stabiliti in coordinazione col sistema dei mezzi di impugnazione (art. 323). Quando la legge, ad esempio, in attuazione del principio del doppio grado (§ 73 *b*), stabilisce che ad ogni giudice di primo grado corrisponda un giudice di diverso tipo per il secondo grado (art. 339 e 341), la scelta del tipo del giudice d'appello non è fatta in base a criteri di materia o di valore, perchè, una volta scelto, in base alla materia e al valore, il giudice di primo grado, la designazione del giudice di appello deriva automaticamente dal criterio funzionale che ricollega la seconda istanza alla prima: per sapere che l'appello contro le sentenze del pretore si porta al tribunale (art. 341), non c'è da risolvere un problema di competenza per materia o per valore, perchè, qualunque sia la materia o il valore della causa su cui il pretore ha deciso in primo grado, il giudice d'appello dev'essere un tribunale per l'unica e semplice ragione funzionale che il giudice di primo grado è stato un pretore (2).

Competenza per grado.

ART. 323 E SEGG.

2. — Le principali regole della competenza funzionale per grado sono le seguenti.

Certe impugnazioni si portano per legge a un giudice diverso da quello di cui si impugna la sentenza: il giudice al quale si propone la impugnazione (cosiddetto giudice *ad quem*) è superiore a quello da cui è stata pronunciata la sentenza impugnata (cosiddetto giudice *a quo*); questo avviene per l'appello, per il ricorso in cassazione, per il regolamento di competenza e per il regolamento di giurisdizione. Altre impugnazioni invece (revocazione e opposizione di terzo) si portano allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata: giudice *a quo* e giudice *ad quem* si identificano (n. 3).

Giudice dell'impugnazione: giudice a quo e giudice ad quem.

Per l'appello la competenza funzionale per grado spetta di regola al giudice *immediatamente* superiore a quello di primo grado: contro le sentenze del conciliatore, l'appello si propone al pretore; contro quelle del pretore, al tribunale; contro quelle del tribunale, alla corte d'appello (art. 341). Ma in certi caso l'appello si porta, *omisso medio*, alla corte d'appello, anche se la sentenza di primo grado è di un pretore (art. 450).

Appello.

ART. 341-450.

Per il ricorso in cassazione il giudice *ad quem* è sempre la supre-

---

(1) Cfr. REDENTI, *Trattato*, II, n. 48; ZANZUCCHI, op. cit., pag. 253; JAEGER, op. cit., n. 100.

(2) Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 131.

ma corte di cassazione (art. 360); e poichè, come a suo tempo si vedrà, il ricorso in cassazione può essere proposto tanto contro le sentenze « pronunciate in grado d'appello », quanto contro quelle « pronunciate in unico grado » inappellabili (es. art. 452, 466: escluse però le sentenze inappellabili dei conciliatori, per le quali cfr. gli art. 339 ultimo comma, 46 e 360 primo comma), il giudizio dinanzi alla suprema corte (limitato, come si vedrà, a determinati vizi della sentenza), costituisce in alcuni casi la terza fase del processo, che segue a quella di appello; mentre in altri casi costituisce la seconda fase, immediatamente susseguente a quella di primo grado (questo avviene non solo quando si ricorre in cassazione contro una sentenza per legge inappellabile, ma anche quando le parti si trovano d'accordo per omettere l'appello e impugnare direttamente *per saltum* in cassazione una sentenza appellabile del tribunale: art. 360, secondo comma). Nel regolamento di competenza, se la questione di competenza non è portata insieme coll'impugnazione sul merito al giudice di appello, competente a decidere è la corte di cassazione (art. 42, 43, 47); e così nel caso di regolamento di giurisdizione (art. 41, secondo comma). In certi casi il ricorso si porta alle sezioni unite (art. 374) (1).

Cassazione

ART. 360, 452, 466, ECC.

Regolamento di competenza.

ART. 42 E SEGG.

3. — Di carattere funzionale è la competenza, anche quando la impugnazione si deve portare per legge allo stesso giudice *a quo*: anche qui il criterio di scelta del giudice dell'impugnazione non è desunto da ragioni attinenti alla materia o al valore della causa, ma solo dalla ragione funzionale per cui la legge ritiene che a decidere su certe impugnazioni l'organo giudiziario più adatto sia quel medesimo che ha pronunciato la sentenza impugnata: così avviene per la revocazione (art. 405). Su ragioni funzionali si basa anche, quando la suprema corte di cassazione abbia accolto il ricorso, la competenza del giudice di rinvio, il quale è, di regola, non lo stesso giudice *a quo*, ma un « altro giudice di grado pari a quello che ha pronunciato la « sentenza cassata » (art. 383).

Competenza del giudice a quo.

ART. 405, 383.

4. — Di competenza funzionale si può parlare infine anche in certi altri casi che, a rigor di termini, non rientrano nella competenza *per grado* di cui si è discorso finora.

Può accadere infatti che nel corso *di uno stesso grado*, quando il processo si svolge di fronte ad un organo giudiziario *complesso* (§ 68), il provvedimento giurisdizionale non si perfezioni in un momento solo, concentrato alla fine del processo, ma si formi gradualmente come somma di più momenti funzionali successivi, in ciascuno dei quali determinate frazioni di poteri giurisdizionali siano separatamente eser-

Competenza funzionale nello stesso grado.

(1) Cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, nn. 77 e 78, pag. 254 e segg.

citate nel corso del processo da alcuno degli organi semplici di cui si compone l'organo giudiziario complesso: in tali casi la repartizione di funzioni tra i vari organi semplici si può far rientrare sotto la nozione di competenza funzionale.

ART. 633, 637.

Si vedrà, ad esempio, che nel procedimento d'ingiunzione (art. 633 e segg.), la competenza ad emettere quel provvedimento sommario di condanna che è l'*ingiunzione* spetta, quando il valore del credito supera le lire diecimila, al presidente del tribunale (art. 637) non al tribunale collegialmente costituito, al quale spetta invece decidere sul-

ART. 645.

l'opposizione alla ingiunzione (art. 645). Se il ricorso per ottenere l'ingiunzione fosse indirizzato, anzichè al presidente, al collegio, questo dovrebbe dichiararsi incompetente a dare quella speciale forma di provvedimento che è la ingiunzione: e questa dichiarazione di incompetenza sarebbe basata su ragioni funzionali. Lo stesso si può dire, per quei casi in cui, nei processi dinanzi al tribunale, certi provvedimenti cautelari sono demandati al presidente o al giudice istruttore

ART. 672, 673, 695, 701.

(art. 672, 673, 695, 701 ecc.).

Ma ancor più caratteristico è il frazionamento dell'atto giurisdizionale in più provvedimenti successivi che avviene nel processo esecutivo (cfr. § 27, I B e § 44 in fine), l'effetto finale del quale è in certi casi raggiunto gradualmente attraverso una serie di provvedimenti parziali, successivamente compiuti, in base a una repartizione di competenze che ha carattere funzionale, dai varî organi semplici che

Competenza funzionale nel processo esecutivo.

compongono il tribunale. Così, ad esempio, nella espropriazione immobiliare, l'ufficiale giudiziario è competente a eseguire il pignoramento (art. 492), il giudice dell'esecuzione è competente a ordinare la

ART. 492 E SEGG.

vendita (art. 569 e a trasferire all'aggiudicatario il bene espropriato (art. 586), il collegio è competente a decidere sulle opposizioni (art. 569); e così via. Una repartizione di competenze funzionali tra i varî organi semplici che compongono il tribunale si vede anche nel processo fallimentare (es.: repartizioni di competenze tra giudice delegato e collegio nell'accertamento del passivo: art. 97-99 r. decr. 16 marzo 1942 n. 267).

5. — Da quanto si è esposto nei precedenti §§ 89-92, appare

Importanza comparatoria nei vari criteri.

dunque che, essendo varî e tra loro intrecciati i criteri secondo i quali la legge traccia, per ogni tipo, la competenza degli organi giudiziari ordinari, non è possibile riassumere la competenza di ciascun tipo in una formula semplice che tutti li racchiuda; ma bisognerà arrivare a delimitarla combinando tra loro questi diversi criteri (1) e tenendo conto, per voler descrivere esattamente le attribuzioni di ciascun

---

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 164.

organo non soltanto della competenza per materia o valore, ma anche di quella « per grado ».

Per il conciliatore, non basterà tener conto delle delimitazioni per materia e valore dettate dall'art. 7, ma bisognerà anche avvertire che la sua competenza è anche limitata per grado, nel senso che esso è sempre giudice di primo grado, non mai giudice d'appello.

Competenza di primo e di secondo grado dei varî organi.

Per il pretore, si dovranno distinguere i casi in cui esso decide come giudice di primo grado (nel qual caso valgono le limitazioni per materia e valore stabilite dall'art. 8), dai casi in cui decide come giudice di appello (art. 341: nel qual caso la sua competenza non è determinata da ragioni di materia o valore, ma solo dalla ragione funzionale che la sentenza appellata sia stata pronunciata da un conciliatore).

Anche per il tribunale si dovrà fare analoga distinzione: della competenza di primo grado (per materia e per valore, art. 9) da quella di secondo grado (appello contro le sentenze dei pretori: art. 341).

Nella competenza delle corti di appello il criterio funzionale è quello prevalente: essendo istituite per funzionare come organi di secondo grado, la loro competenza non è determinata da criteri di materia e di valore, ma solo dal fatto che nelle cause su cui esse sono chiamate a decidere sia impugnata in appello una sentenza pronunciata da un tribunale (o eccezionalmente da un pretore, art. 450). Tuttavia vi sono certi casi in cui le corti d'appello funzionano eccezionalmente come organi di primo grado, e allora questa loro competenza è necessariamente determinata in base alla materia: controversie collettive in materia corporativa (art. 410); giudizi per dichiarare la efficacia delle sentenze straniere nel Regno (art. 796); giudizi per rendere esecutive agli effetti civili le sentenze dei tribunali ecclesiastici che pronunciano la nullità del matrimonio (art. 17 l. 27 maggio 1929 numero 847).

B) **Repartizione della competenza fra giudici dello stesso tipo.**

§ 93. — Nozioni generali sulla competenza per territorio.

Scelto, in base ai criteri visti finora, il tipo di organo giudiziario competente a provvedere su un certo tipo di domande, bisogna in un secondo momento, come già si spiegò (§ 88 in fine), individuare tra gli organi dello stesso tipo quello competente a provvedere sulla domanda che in concreto si propone: alla scelta del tipo, deve seguire la individuazione dell'organo entro quel tipo. A ciò servono quelle regole che il Codice denomina « della competenza per territorio »

ART. 18-30.

(art. 18-30: cfr. art. 90-97 C.p.c. 1865), integrate da numerose altre disposizioni sparse nei Codici e in leggi speciali (1).

1. — La individuazione del giudice competente in concreto a provvedere su una determinata domanda si fa con riferimento al *territorio,* perchè, come già si spiegò (§ 74), la repartizione del lavoro tra i giudici di uno stesso tipo istituiti in serie, è attuata nel nostro ordinamento coll'assegnare a ciascuno di essi una propria sede fissa ed una propria circoscrizione territoriale entro i limiti della quale quel giudice esercita in maniera esclusiva le funzioni giurisdizionali che sono proprie, secondo i già visti criteri oggettivo e funzionale, del suo tipo. Sappiamo già, dalle regole passate in rassegna, quali sono le categorie di cause che appartengono in genere alla competenza dei pretori; ma quando si vuol arrivare a determinare in concreto la competenza di quel pretore individuato che rende giustizia in una determinata sede, bisogna trovare il modo per tracciare, in quelle categorie di cause che appartengono in genere alla competenza dei pretori, una ulteriore delimitazione, che permetta di ricollegare un gruppo di esse alla competenza di *quel* pretore individuato, ad esclusione di tutti gli altri. Si sa, ad esempio che spettano alla competenza (per materia) dei pretori le cause possessorie (art. 8): ma quali sono, tra tutte le cause possessorie che possono sorgere in Italia, quelle che rientrano in concreto nella competenza del pretore, poniamo, di Firenze, ad esclusione di tutti gli altri pretori funzionanti in tutti gli altri mandamenti del Regno? I criteri che la legge suggerisce per rispondere a questa domanda hanno carattere *territoriale*: mirano cioè a « localizzare » le cause, ossia a considerarle come collocate nello spazio, in modo da poter stabilire un collegamento tra ciascuna di esse e il territorio su cui si estende la circoscrizione giudiziaria di un determinato giudice. E il giudice al quale una causa così territorialmente si ricollega, si chiama, secondo un'espressione tradizionale, conservata anche nel nuovo Codice, il « fòro » competente per quella causa (2).

Criteri di localizzazione delle cause: personale, reale, organico.

Questi criteri di localizzazione delle cause, in base ai quali si determina la competenza territoriale, sono tre: *personale, reale, organico.*

2. — I criteri di collegamento adoprati per localizzare una causa di primo grado nel territorio di un determinato giudice prendono in

---

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, § 29; CARNELUTTI, *Istituzioni,* n. 140; REDENTI, *Trattato,* II, nn. 68-78; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, pag. 262 e segg.

(2) Il fòro, latinamente, era il luogo dove si giudicava e si negoziava; per traslato la parola fu poi adoprata per indicare il giudice stesso o la giurisdizione, e si parlò, ad esempio, di « fòro ecclesiastico », « fòro civile » (« l'uno e l'altro fòro », DANTE, *Par.,* 10).

considerazione o l'elemento soggettivo di essa causa (cioè la posizione territoriale delle persone tra cui la causa verte) o gli elementi oggettivi della medesima (cioè la posizione territoriale della cosa di cui si contende, o del fatto costitutivo del diritto che si fa valere in giudizio). Nel primo caso si parla di *fòro personale,* nel secondo di *fòro reale*: fòro personale e fòro reale sono dunque espressioni abbreviate per indicare il giudice la cui competenza a provvedere su una certa domanda è determinata dal fatto che nella sua circoscrizione territoriale si trova la residenza o il domicilio o la dimora dei contendenti o di alcuno di essi (fòro personale, es. art. 18), ovvero dal fatto che in quella circoscrizione è posta la cosa di cui si contende ovvero è sorto o deve esercitarsi il diritto che si fa valere in giudizio (fòro reale, es. art. 20 e 21) (1).

Fòro personale e fòro reale.

Si fa distinzione tra fòro *generale* (art. 18) e fòri *speciali,* intendendosi per fòro generale quel giudice che è territorialmente competente a decidere su tutte le cause che non siano espressamente deferite ad altri fòri *speciali;* tra fòro *facoltativo* e fòro *esclusivo,* intendendosi colla prima espressione indicare quei casi in cui l'attore proponendo la sua domanda ha facoltà di scegliere tra più giudici ugualmente competenti per territorio, senza che il convenuto possa pretendere di esser chiamato dinanzi all'uno ad esclusione dell'altro (fòri *concorrenti,* es. art. 20 in relazione all'art. 18), mentre colla seconda si allude a quei casi in cui per certe cause il fòro competente è uno solo, in modo che se l'attore propone la domanda dinanzi a un giudice diverso, il convenuto ha diritto di eccepire la incompetenza (es., art. 21, 22, 23 ecc.). I fòri concorrenti possono essere *concorrenti elettivamente,* ovvero *concorrenti successivamente* (2): il primo caso si verifica quando l'attore è libero di scegliere fino da principio l'uno o l'altro, mentre il secondo caso si verifica quando il secondo fòro può essere adito dall'attore solo in mancanza del primo. Un esempio di questi casi si ha nell'art. 18: se il convenuto ha la sua residenza nella circoscrizione di un giudice, e il suo domicilio in quella di un altro, l'attore può a sua scelta proporre la sua domanda dinanzi all'uno o dinanzi all'altro (fòri *elettivamente concorrenti*); ma solo se la residenza e il domicilio siano sconosciuti, l'attore può proporre la domanda dinanzi al giudice nella cui circoscrizione il convenuto abbia la sua dimora (fòro *successivamente concorrente*).

Fòro generale e fòro speciale.

Fòro facoltativo e fòro esclusivo.

Fòri concorrenti.

3. — I criteri di collegamento territoriale, desunti dall'elemento soggettivo (fòro personale) o da quelli oggettivi (fòro reale) della

---

(1) Cfr. Chiovenda, *Istituzioni,* n. 195.

(2) Cfr. Chiovenda, *ibidem.*

causa, servono quando si tratti di scegliere il giudice all'inizio del processo; ma quando si tratta di scegliere il giudice territorialmente competente per i gradi successivi (e in qualche altra ipotesi che vedremo, § 95) allora questi criteri di collegamento non servono più, e subentra un terzo criterio che si può denominare *organico*. Se io voglio appellare contro la sentenza pronunciata in primo grado dal giudice territorialmente competente (poniamo, ad esempio, che si tratti di una sentenza pronunciata dal tribunale di Siena, in una causa relativa a diritti reali su un immobile posto in quella circoscrizione), le regole della competenza funzionale per grado (§ 92, n. 2) mi dicono che il tipo di giudice a cui debbo proporre la mia impugnazione è una corte di appello; ma quale in concreto, tra le venti e più corti d'appello che esistono in Italia? Qui il problema non riguarda più la scelta del tipo, ma la individuazione in concreto del fòro competente entro quel tipo: è problema di competenza territoriale, dunque, non di competenza funzionale. Ma questo problema di competenza territoriale si risolve secondo un criterio di collegamento che è desunto non dagli elementi soggettivi o oggettivi della causa, ma dal fatto che la circoscrizione territoriale del giudice che ha pronunciato la sentenza di primo grado sia compresa nella più vasta circoscrizione territoriale del giudice d'appello: il criterio di collegamento territoriale è dato dal vincolo organico che ricollega il tribunale di Siena alla corte d'appello di Firenze (nel cui distretto è compresa la circoscrizione di quel tribunale), e non alle altre corti d'appello funzionanti in altri distretti. L'art. 341, il quale stabilisce che « l'appello contro le sentenze... del « tribunale si propone... alla corte d'appello *nella cui circoscrizione ha « sede il giudice che ha pronunciato la sentenza* », contiene dunque, in realtà, due regole: una di competenza funzionale « per grado », la quale stabilisce qual è il tipo di organo giudiziario (la corte d'appello) che è competente a decidere sull'appello contro le sentenze dei tribunali; l'altro di competenza territoriale, la quale stabilisce che tra le varie corti d'appello esistenti nell'ordinamento giudiziario si deve individuare come competente in concreto quella « nella cui circoscrizione ha sede il tribunale che ha pronunciato la sentenza ». Una volta determinata la competenza territoriale del giudice di primo grado secondo il criterio personale o reale, la competenza territoriale dei giudici dell'impugnazione è senz'altro determinabile in base al criterio organico (1).

Criterio organico.

ART. 341.

4. — La preferenza data dalla legge al criterio personale o a quello reale è fondata sulla materia delle cause: la legge, ad esempio, distin-

---

(1) Cfr. REDENTI, *Trattato*, II, n. 48.

gue le cause « relative a diritti di obbligazione » (art. 20) da quelle « relative a diritti reali su beni immobili » (art. 21) e stabilisce che per le prime sia opportuno ammettere come facoltativo, accanto al fòro personale dell'art. 18, il fòro reale « del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio », mentre per le seconde ritiene opportuno stabilire come fòro esclusivo quello reale « del luogo dove è posto l'immobile ».

Ragioni per la adozione dei varî criteri secondo le cause.

Ma le ragioni di opportunità per le quali, nei varî gruppi di cause prese in considerazione agli effetti della competenza territoriale, la legge preferisce l'uno o l'altro criterio, non ha sempre, sotto il profilo dell'interesse pubblico, la stessa rilevanza. Talvolta, nel determinare la competenza territoriale, il legislatore si è curato soltanto di indicare il giudice che, per essere il più vicino alla residenza delle parti o all'oggetto del litigio, appaia per i litiganti o per uno di essi come il più indicato per essere adito col massimo di rapidità e di economia; colla conseguenza che se le parti, rinunciando a questi vantaggi, preferiscono di portar la causa dinanzi a un giudice dello stesso tipo, ma territorialmente diverso da quello indicato dalla legge, l'interesse pubblico non ha nulla da temere da questo spostamento, perchè tutti i giudici dello stesso tipo, essendo ugualmente organizzati, sono ugualmente idonei a render giustizia sulle cause ad essi attribuite per ragioni di materia e di valore. Altre volte invece il fòro competente è determinato dalla legge per considerazioni attinenti non alla comodità delle parti (alla quale esse possono anche rinunciare), ma alla maggior idoneità che il giudice di un certo territorio presenta per il compimento *in loco* di determinate funzioni, che non potrebbero esser compiute con altrettanto frutto fuori di lì, da giudici territorialmente diversi. Qui la determinazione del giudice territorialmente competente è rilevante ai fini dell'interesse pubblico, perchè attiene alla migliore amministrazione della giustizia: il che, come si vedrà (§ 94, II, n. 3) porta ad escludere che le parti possano, in casi siffatti, derogare alle disposizioni di legge (art. 28).

§ 94. — Regole della competenza per territorio: criterio personale e criterio reale.

Le regole della competenza per territorio non riguardano soltanto i procedimenti di cognizione (art. 18-25); ma altresì quelli di esecuzione forzata (art. 26-27) e quelli cautelari (speciali regole, che risolvono anche il problema di competenza territoriale, negli art. 671, 672 ecc.). Anche qui però, come si è visto a proposito della competenza per valore, la massima parte delle disposizioni contenute nel Codice

si riferisce ai procedimenti di cognizione (« cause »): ne diamo qui una sommaria parafrasi.

1. — Il rapporto tra il fòro generale e i fòri speciali, è, come già si è visto, questo: che la competenza del primo vale in genere per tutte le cause che non si trovino espressamente attribuite dalla legge alla competenza di un fòro speciale. Il fòro generale stabilito dagli art. 18 e 19 (art. 90 C.p.c. 1865) vale dunque per tutte le categorie di cause che non siano prese in speciale considerazione dagli art. 20 e 25 (vale quindi, in generale, per le cause relative a diritti personali e di famiglia, a diritti di obbligazione e a diritti reali su beni mobili; e senza far distinzioni tra le azioni di accertamento, di condanna o costitutive).

Fòro generale.

ART. 18-19

Il fòro generale è un fòro personale, desunto dalla relazione che passa tra la circoscrizione territoriale del giudice e le persone dei contendenti, delle quali, per stabilire il collegamento tra esse e il territorio, si prende in considerazione, se si tratta di persone fisiche, la *residenza* (che è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale: art. 43 C.c. secondo comma) ovvero, alternativamente, il *domicilio* (che è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari o interessi: art. 43 C.c. primo comma); solo in mancanza di residenza o domicilio conosciuti, ha rilevanza, agli effetti del collegamento col territorio, la *dimora* temporanea. Il domicilio speciale, eletto a norma dell'art. 47 C.c. equivale, agli effetti della competenza, al domicilio generale (art. 30 C.p.c.). Questo vale per le persone fisiche (cfr., nelle cause in materia di famiglia e di stato personale, art. 706, art. 712; e art. 48 C.c.): per le persone giuridiche (art. 11 e segg. C.c.; per lo Stato, cfr. oltre, n. 5) agli effetti della competenza territoriale si prende in considerazione il luogo ov'essa ha *sede*, ovvero quello in cui ha « uno stabilimento e un rappresentante autorizzato a stare in « giudizio per l'oggetto della domanda » (art. 19 primo comma); per le società non aventi personalità giuridica, le associazioni non riconosciute e i comitati di cui agli art. 36 e segg. del C.c., si considera come loro sede il luogo dove essi svolgono attività in modo continuativo (art. 19 secondo comma).

Residenza domicilio dimora delle persone fisiche.

ART. 18.

Residenza delle persone giuridiche.

ART. 19.

Il momento che vale per determinare, agli effetti della competenza, questi indici di collegamento territoriale, è, come sappiamo già, quello della proposizione della domanda (art. 5); se il convenuto nel corso del giudizio cambia di residenza o di domicilio, questo cambiamento è irrilevante agli effetti della competenza già radicata.

Di regola, se gli indici di collegamento territoriale sono diversi per le due parti in causa (perchè, poniamo, l'attore ha residenza nella circoscrizione di un giudice diverso da quello nella cui circoscrizione risiede il convenuto), la competenza si determina dalla situazione ter-

Actor sequitur forum rei.

ritoriale *del convenuto*; è la parte attrice che di solito deve spostarsi per andare a proporre la domanda dinanzi al giudice, nella cui circoscrizione ha residenza o domicilio, ovvero dimora, la parte convenuta (*actor sequitur forum rei*) (1). Solo se il convenuto non ha residenza, nè domicilio, nè dimora nel Regno, o se la dimora è sconosciuta, la competenza territoriale si determina dal luogo in cui risiede l'attore (*forum actoris*).

Da queste disposizioni si intende che, quantunque nel determinare il fòro generale la legge abbia tenuto conto più della comodità del convenuto che di quella dell'attore (per il quale può costituire un certo aggravio dover litigare fuori dalla sua residenza o dal centro dei suoi affari), l'interesse dell'attore è in un certo senso salvaguardato dalla facoltà di scelta che gli è riconosciuta quando il convenuto risieda in una circoscrizione giudiziaria diversa da quella in cui è domiciliato: nel qual caso l'attore può scegliere tra i fòri elettivamente concorrenti della residenza o del domicilio del convenuto, mentre, in mancanza di questi, può servirsi del fòro della dimora dello stesso convenuto; e se anche questo manca, può citarlo dinanzi al giudice della sua propria residenza. Ugualmente, se convenuta è una persona giuridica, l'attore può scegliere tra il fòro della sede e quello dello stabilimento. In tutti questi casi il fòro generale si scinde in una pluralità di fòri generali posti a disposizione, alternativamente o successivamente, dell'attore.

Facoltà di scelta dell'attore.

2. — Quando si tratta di « cause relative a diritti di obbligazione », l'attore, accanto al fòro generale (personale) di cui si è già parlato, ha a sua disposizione, per l'art. 20 (molto più semplice del corrispondente art. 91 del C.p.c. 1865) due fòri facoltativi speciali, alternativamente concorrenti, aventi carattere reale: quello del luogo « in cui è sorta... l'obbligazione dedotta in giudizio » (cioè quello nella cui circoscrizione è avvenuto il fatto costitutivo del rapporto obbligatorio contrattuale, *forum contractus*, o estracontrattuale, *forum commissi delicti*) (2); e quello del luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio (*forum destinatae solutionis*: per es., se da una com-

Fòri reali facoltativi.

ART. 20.

---

(1) Sulle ragioni di questa regola tradizionale (in cui *rei* è il genitivo di *reus* - convenuto, e non di *res* - cosa), cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 197; REDENTI, *Trattato*, II, n. 68; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 86, pag. 262.

(2) Rimane così assorbita in questo art. 20 la disposizione dell'art. 127 del Codice stradale r. decr. 8 dic. 1933, n. 1740, secondo il quale le azioni per risarcimento dei danni prodotti da veicoli circolanti potevano esser promosse dinanzi al giudice del luogo in cui il danno si era verificato « purchè non siano trascorsi due mesi dal giorno in cui è avvenuto il fatto che ha prodotto il danno »: cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 90, pag. 265.

pravendita sorgono l'obbligo del venditore di consegnare la merce in un luogo, e quello del compratore di pagare il prezzo in luogo diverso, il *forum destinatae solutionis* corrisponderà all'una o all'altra di queste due località secondochè attore sia il venditore che fa valere in giudizio l'obbligo del compratore, o viceversa) (1). L'art. 91 del C. p.c. 1865 a questi due fòri facoltativi ne aggiungeva un terzo, anch'esso di carattere reale, per le azioni reali mobiliari, desunto dal luogo « in cui si trovi la cosa mobile oggetto dell'azione » (*forum rei mobilis sitae*); ma il nuovo Codice l'ha mantenuto soltanto per le cause in cui è convenuta la pubblica amministrazione (art. 25).

3. — Le disposizioni degli art. 21 a 24, ed altre collocate in altre parti del Codice, pongono per speciali categorie di cause altrettanti fòri speciali *esclusivi,* che ci limitiamo a enumerare:

Fòri speciali

ART. 21. per le cause relative a diritti reali su immobili, per quelle di apposizioni di termini e di sfratto, il fòro reale « del luogo dove è posto l'immobile » (*forum rei immobilis sitae,* art. 21, in cui è regolato anche il caso dell'immobile compreso in più circoscrizioni giudiziarie: cfr. art. 93 C.p.c. 1865);

per le azioni possessorie e per le denuncie di nuova opera e di danno temuto, il fòro reale del « luogo nel quale è avvenuto il fatto denunciato » (art. 21 secondo comma);

ART. 22. per le cause ereditarie, il fòro reale del « luogo dell'aperta successione » che è, per l'art. 456 C.c., quello « dell'ultimo domicilio del defunto; se la successione si è aperta fuori del Regno, subentra il fòro reale del luogo « in cui è posta la maggior parte dei beni situati nel Regno », ovvero, in ultimo grado, il fòro personale del convenuto: (*forum apertae successionis o forum haereditatis,* art. 22; cfr. art. 94 C.p.c. 1865);

per le cause tra soci, il fòro del luogo dove ha sede la società (*forum societatis,* art. 23: cfr. art. 96 C.p.c. 1865);

ART. 23. per le cause tra condomini, il fòro reale del luogo « dove si tro« vano i beni comuni o la maggior parte di essi » (art. 23);

ART. 24. per le cause relative alle gestioni tutelari e patrimoniali, il fòro reale del « luogo d'esercizio della tutela o dell'amministrazione » (*forum gestae administrationis,* art. 24, cfr. art. 97 C.p.c. 1865);

per le controversie *collettive* in materia corporativa, il fòro reale desunto dalla circoscrizione in cui « ha vigore il contratto collettivo, la

---

(1) Secondo il D'Onofrio, *Comm.*, I, pag. 29, e in « Giur. it. », 1943, I, 1, questo articolo si dovrebbe interpretare nel senso che sia competente indifferentemente il giudice del luogo in cui deve eseguirsi l'uno o l'altro degli obblighi scaturenti dal rapporto obbligatorio dedotto in giudizio; ma è interpretazione che mi pare contrastata dalla lettera dell'articolo e dai suoi precedenti.

norma corporativa, o l'accordo da applicare », o da quella « in cui si svolgono i rapporti di lavoro da regolare »; se il contratto collettivo ha vigore o i rapporti di lavoro si svolgono in più circoscrizioni « è competente la magistratura del lavoro di Roma » (art. 410); ART. 410

per le controversie individuali del lavoro, il fòro reale corrisponde alla circoscrizione in cui « si trova l'azienda o una qualsiasi di- « pendenza di questa, alla quale è addetto il lavoratore o presso la « quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto. « Tale competenza permane dopo il trasferimento dell'azienda, o la « cessazione di essa o della sua dipendenza, purchè la domanda sia « proposta entro tre mesi dal trasferimento o dalla cessazione» (art. 434); ART. 434.

per le controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria, si hanno varî fòri speciali determinati secondo i criteri enunciati dall'art. 461, comma secondo e terzo (1); ART. 461.

per le domande di dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere, la corte di appello territorialmente competente è quella « del luogo in cui la sentenza deve avere attuazione » (art. 796); ART. 796.

per le cause per sinistri marittimi, e per quelle di risarcimento di danni da urto, la competenza territoriale è rispettivamente regolata dagli art. 567 e 1010 Cod. nav.

Fòro dello straniero.

4. — Abbiamo esaminato a suo tempo (§ 81) i casi, indicati nell'art. 4, in cui lo straniero può essere convenuto dinanzi ai giudici italiani: e abbiamo avvertito allora che quella norma concerne la giurisdizione, non la competenza. Si deve però aggiungere ora che quella norma, se è dettata prima di tutto per stabilire in quali casi « i giudici del Regno » complessivamente considerati hanno giurisdizione sullo straniero convenuto, contiene anche, implicitamente, il suggerimento dei criteri che si devono seguire per determinare qual è caso per caso il giudice territoriale competente a provvedere in concreto: basta leggere l'art. 4 per riconoscere, nei varî numeri di esso, fòri personali o reali secondo cui si determina la competenza interna. ART. 4.

Fòro dello Stato.

5. — Quando in una causa civile di competenza dei giudici ordinari è parte, come attrice o come convenuta, un'amministrazione dello Stato (non quindi le pubbliche amministrazioni locali, Comuni e Provincie, per le quali rimangono pienamente in vigore le norme ordinarie) la determinazione del giudice territorialmente competente è fatta secondo norme speciali, dettate dall'art. 25 C.p.c. e dal t. u. 30 ottobre 1933 n. 1611, sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato, che l'art. 25 suddetto richiama e completa. ART. 25.

---

(1) Cfr. per l'esegesi di queste disposizioni, REDENTI, *Trattato*, II, nn. 69-73; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, nn. 88-94, pag. 262 e segg.; ANDRIOLI, *Comm.*, I, agli articoli corrispondenti.

Le norme attinenti a questo fòro speciale («fòro dello Stato», « fòro della pubblica amministrazione », o anche *fòro erariale*) mirano a rendere più agevole e più efficace la difesa della pubblica amministrazione, quando essa è parte in causa dinanzi ai giudici ordinari. A tale scopo, mentre dinanzi agli organi giudiziari minori (conciliatori e pretori), la difesa dell'amministrazione dello Stato può essere assunta da liberi professionisti legali (avvocati e procuratori), dinanzi ai tribunali e agli organi giudiziari di grado superiore la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio dell'amministrazione statuale spetta esclusivamente ai funzionari della avvocatura dello Stato, i cui uffici sono istituiti soltanto nelle grandi sedi di corte d'appello, secondo circoscrizioni distrettuali coincidenti all'incirca con quelle delle corti stesse (art. 18 t. u. cit.).

Nelle cause in cui la difesa della pubblica amministrazione è riservata all'avvocatura dello Stato (dai giudizi di tribunale in su) la legge, per evitare che gli avvocati dello Stato debbano muoversi fuori del capoluogo ove risiede il loro ufficio, provvede a *concentrare*, presso gli organi giudiziari del capoluogo distrettuale, le cause che secondo le regole ordinarie apparterrebbero alla competenza territoriale dei varî organi giudiziari compresi in quel distretto; nelle cause, invece, in cui la difesa della pubblica amministrazione può essere assunta da liberi professionisti (giudizi dinanzi ai pretori e dinanzi ai conciliatori), e inoltre, anche dinanzi ai tribunali, nei procedimenti esecutivi e fallimentari, nelle cause ereditarie e in quelle derivanti da urto di navi (art. 7 t.u. cit.: cfr. art. 22 C.p.c., e art. 567 C. nav.), tale concentramento distrettuale non ha luogo, e rimangono ferme le norme ordinarie di competenza, sia pur con quelle modificazioni che ora vedremo, introdotte per i casi in cui l'amministrazione è convenuta.

Concentramento delle cause dello Stato nelle sedi di avvocatura dello Stato.

Ciò premesso, le norme di cui qui si tratta possono distinguersi in due gruppi (1).

Le norme del primo gruppo valgono per determinare il fòro territorialmente competente nei casi in cui l'amministrazione statuale è convenuta: in tali casi non si applicano più nella loro integrità quegli indici di collegamento territoriale che sopra abbiamo enumerati, ma la competenza si determina « con riguardo al giudice del luogo in cui è « sorta o deve eseguirsi l'obbligazione, o in cui si trova la cosa mo- « bile o immobile oggetto della domanda » (art. 25 in fine); il che significa che quando l'amministrazione è convenuta, cessa di aver vigore il fòro generale personale dell'art. 19 e i fòri speciali degli art. 23 e

---

(1) Cfr. REDENTI, *Trattato*, II, n. 74; ANDRIOLI, *Comm.*, I, all'art. 25; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 82, pag. 259.

24, e rimangono soltanto, secondo la natura della causa, i fòri reali degli art. 20 e 21, coll'aggiunta del *forum rei sitae* anche per le cose mobili, (nonchè gli speciali fòri dell'art. 167 C. nav.).

Le norme del secondo gruppo riguardano soltanto quelle cause in cui la difesa della pubblica amministrazione spetta esclusivamente alla avvocatura dello Stato (dai giudizi di tribunale in su): e valgono tanto se l'amministrazione è attrice quanto se è convenuta. Qui, per arrivare alla determinazione del fòro erariale, bisogna compiere una doppia indagine, in due tempi successivi: in un primo tempo si cerca, in base alla natura della causa, il giudice che sarebbe competente secondo le « norme ordinarie »; in un secondo tempo si cerca in qual distretto dell'avvocatura dello Stato è compreso questo giudice, e il fòro erariale viene così ad essere individuato *mediante concentramento* nel giudice « del luogo dove ha sede l'ufficio dell'avvocatura dello Stato « di quel distretto » (art. 6 t.u.; art. 25 C.p.c.). Si avverta però che, nel fare la prima indagine, si devono distinguere i casi in cui l'amministrazione è attrice (nei quali il giudice « che sarebbe competente secondo le norme ordinarie » si determina secondo i criteri enunciati sotto il n. 3) dai casi in cui l'amministrazione è convenuta (nei quali « le norme ordinarie » per determinare il giudice « che sarebbe competente » debbono intendersi modificate da quelle norme speciali del primo gruppo che abbiamo sopra esaminate). Si aggiunga poi che quando la controversia verte in materia di tasse, la competenza spetta (senza distinguere se l'amministrazione sia attrice o convenuta) « al « tribunale civile del luogo dove risiede l'ufficio dell'avvocatura dello « Stato, nel cui distretto trovasi l'ufficio che ha liquidato la tassa o la « sovratassa controversa » (art. 8 t.u. cit.).

Esempi pratici.

Qualche esempio chiarirà meglio la varia applicazione di queste norme. Facciamo l'ipotesi che verta tra un privato e l'amministrazione dello Stato una causa di rivendicazione di una cosa mobile che si trovi, poniamo, a Siena. Qualora la causa rientri nella competenza per valore del pretore, bisognerà distinguere, per la determinazione del pretore territorialmente competente, se la amministrazione sia attrice o convenuta: se è attrice, il foro competente sarà quello della residenza del privato convenuto (art. 19), in modo che, ove costui risieda poniamo a Parma, la causa dovrà essere portata dinanzi al pretore di Parma nonostante che la cosa rivendicata si trovi a Siena; ma se l'amministrazione è convenuta, la competenza apparterrà al *forum rei mobilis sitae* (art. 25 ultima parte), e la causa dovrà esser portata dinanzi al pretore di Siena, nella cui circoscrizione si trova la cosa rivendicata. Qualora la causa rientri nella competenza per valore di un tribunale, anche qui bisognerà distinguere qual è nella causa la posizione della amministrazione: se è attrice, tribunale competente secondo le norme

ordinarie sarebbe quello di Parma (*forum rei*, art. 19), ma poichè Parma, dove non esiste sede dell'avvocatura dello Stato, è compresa nel distretto di Bologna, la causa, in ragione del fòro erariale, si dovrà concentrare dal tribunale di Parma a quello di Bologna; se è convenuta, tribunale competente secondo le norme ordinarie modificate dall'art. 25, sarebbe quello di Siena (*forum rei mobilis sitae*), ma poichè Siena, dove non esiste sede dell'avvocatura dello Stato, è compresa nel distretto di Firenze, la causa, in ragione del foro erariale, si dovrà concentrare dal tribunale di Siena a quello di Firenze.

Competenza territoriale nell'esecuzione.

6. — Per la determinazione dell'organo esecutivo competente nei vari provvedimenti di esecuzione forzata, il criterio reale e quello personale si intrecciano (art. 26): se si tratta di « esecuzione forzata « su cose mobili o immobili » (e in questa espressione si deve intender compresa tanto l'espropriazione mobiliare e immobiliare, art. 483 e segg., quanto l'esecuzione per consegna o rilascio, art. 605 e segg.), la competenza spetta al *forum rei sitae* (fòro reale); per l'espropriazione forzata di crediti, art. 543 e segg., la competenza spetta all'organo esecutivo del luogo « dove risiede il terzo debitore » (fòro personale); per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare, art. 612 e segg., è competente l'organo esecutivo del *forum destinatae solutionis* (fòro reale). In materia fallimentare la competenza territoriale è determinata « dal luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa » (art. 9 r. decr. 16 marzo 1942 n. 267).

ART. 26.

C.t. nei provvedimenti cautelari.

7. — In materia cautelare, la competenza territoriale, quando non è determinata in base al criterio organico (cfr. § 95), è stabilita in base al criterio reale: il sequestro, se non vi è causa pendente per il merito, può esser concesso dal giudice « del luogo in cui il sequestro deve essere eseguito » (art. 672: cfr. per altri provvedimenti cautelari, articolo 688, art. 693 secondo comma, art. 701).

ART. 672, 688 ECC.

C.t. nei provvedimenti sommari.

8. — Nel procedimento di ingiunzione (procedimento sommario di cognizione riservato alle azioni di condanna per pagamento di somma e consegna di cose: art. 633 e segg.) la competenza territoriale è quella stessa che si dovrebbe osservare « per la domanda proposta in via ordinaria » (art. 637, primo comma); ma quando con questo procedimento sono fatti valere crediti professionali di avvocati, procuratori e notai contro i propri clienti, la domanda può esser portata al fòro, elettivamente concorrente, del luogo ove ha sede l'associazione professionale, alla quale l'avvocato o il procuratore è iscritto, o del luogo in cui il notaro ha il proprio ufficio, o nella cui circoscrizione ha sede il sindacato dal quale dipende (art. 637, terzo comma). Per la liquidazione delle spese ed onorari nei confronti del proprio cliente, l'avvocato o il procuratore può rivolgersi, con uno speciale procedimento di liquidazione, al capo dell'ufficio giudiziario dinanzi al quale si è svolto

ART. 633 ECC.

il processo in cui è stata prestata l'opera professionale (l. 13 giugno 1942, n. 794, art. 28, 29).

§ 95. — REGOLE DELLA COMPETENZA PER TERRITORIO: CRITERIO ORGANICO.

Si è già rilevato (§ 93 n. 3) che, in certi casi, la repartizione della competenza tra giudici dello stesso tipo è basata non su criteri soggettivi od oggettivi desunti dalla causa, ma su un criterio *organico*, consistente in ciò: che una volta determinata, in base ai criteri ordinari, la competenza territoriale di un giudice, questo basta a determinare la competenza territoriale di un secondo giudice (o dello stesso, in una fase successiva) in conseguenza della relazione funzionale o gerarchica in cui si trova col primo. Esaminiamo i casi più importanti di questo fenomeno.

Criterio organico.

1. — Il caso più caratteristico è quello della competenza territoriale nei giudizi di impugnazione.

Qui, se l'impugnazione si porta allo stesso giudice *a quo* (art. 398, art. 405), il problema di competenza territoriale per il giudizio sulla impugnazione non sorge neppure; se l'impugnazione si porta a un giudice superiore (art. 43, 47, 341, 360), la competenza territoriale del giudice *ad quem* si determina non in base a elementi personali o reali desunti dalla causa, ma solo in base al vincolo gerarchico derivante dal fatto che la circoscrizione del giudice *a quo* sia organicamente compresa nella più vasta circoscrizione del giudice *ad quem*.

Giudizi di impugnazione.

La regola è espressamente formulata per l'appello dall'art. 341, il quale, indicando come giudice *ad quem* quello « nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha pronunciato la sentenza », pone con ciò, come già si osservò (§ 93 n. 3), una norma di competenza territoriale (1): e non occorre insistervi.

Qui giova soltanto aggiungere che questa relazione organica tra giudice *a quo* e giudice *ad quem* si modifica in certi casi in cui, per speciali considerazioni, la legge ammette che l'appello sia portato a un giudice diverso da quello nella cui circoscrizione ha sede il giudice *a quo*. Ciò può avvenire quando, in osservanza delle regole sul fòro erariale, l'appello contro la sentenza di un pretore debba esser portato, anzichè al tribunale da cui quel pretore organicamente dipende, al tribunale del luogo ove ha sede l'avvocatura dello Stato (art. 7, comma secondo del t.u. 30 ottobre 1933: ad esempio, l'appello contro la sentenza del pretore di Pisa dovrà esser portato, anzichè al tribunale

---

(1) Cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 77, pag. 254; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 192.

di Pisa, a quello di Firenze, cioè a un tribunale nella cui circoscrizione non ha sede il giudice che ha pronunciato la sentenza appellata).

Un fenomeno simile si poteva verificare sotto il vecchio Codice (e può forse verificarsi, seppur assai più raramente, anche sotto il Codice nuovo) in seguito a cassazione con rinvio (art. 383 e 392): se il giudice di rinvio rimandava la causa per la prosecuzione al giudice di primo grado, l'appello contro le successive sentenze pronunziate da questo si doveva portare non più al giudice organicamente superiore, ma a quello di rinvio (1).

2. — In altri casi, indipendentemente dai giudizi di impugnazione, il fòro è determinato dalla opportunità di far coincidere, *nello stesso giudice* già competente a provvedere su una certa causa o su un certo procedimento (o in un altro giudice *dello stesso luogo*), la competenza territoriale a provvedere in primo grado su una causa connessa o in un procedimento connesso (cfr. sulle differenze tra questa determinazione della competenza territoriale basata sul criterio organico, e lo spostamento della competenza per connessione, § 98 *b*).

Altri casi in cui la competenza territoriale è determinata da rapporti organici.

Per le cause di opposizione all'esecuzione forzata è competente, di regola, il giudice « del luogo dell'esecuzione » (art. 27, in relazione agli art. 615 e 619: cfr. però art. 480 terzo comma); per le cause di opposizione a singoli atti esecutivi « è competente il giudice davanti « al quale si svolge l'esecuzione » (art. 27 primo comma). Il tribunale dinanzi al quale pende il procedimento fallimentare è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore e anche se relative a rapporti di lavoro, eccettuate le azioni reali immobiliari, per le quali restano ferme le norme ordinarie di competenza (art. 24 r. decr. 16 marzo 1942, n. 267) (2). Per il procedimento ingiunzionale che sia esperimentato per crediti dei professionisti legali (articolo 633, n. 2) è competente « il capo dell'ufficio giudiziario che ha « deciso la causa al quale il credito si riferisce ». Competente a decidere sull'istanza di sequestro può essere in certi casi il giudice competente a decidere sulla causa di merito (art. 672); e si potrebbe continuare. In tutti questi casi il criterio che serve alla scelta del fòro territoriale ha carattere *organico*, perchè la localizzazione del giudice non dipende da elementi desunti dalle persone dei litiganti o dalla *res litigiosa*, ma dalla relazione fra organi, che consiglia di far coincidere la seconda competenza colla prima già determinata.

ART. 27.

ART. 633.

ART. 672.

3. — Si deve infine far menzione qui di un gruppo di casi in cui

---

(1) Cfr. CALAMANDREI, « *Cassazione* », in « Nuovo Dig. it. », vol. II, pag. 1024, n. 37.

(2) Cfr. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, pag. 73 e segg.

la scelta del giudice territorialmente competente, invece che regolata da criteri prestabiliti, è rimessa al criterio discrezionale di un giudice superiore, al quale la legge affida di determinarlo volta per volta. E' questo il cosidetto « foro commissorio », che si verifica (per citare i due esempi più noti) quando la corte di cassazione designa il giudice di rinvio tra quelli « di grado pari a quello che ha pronunciato la sentenza cassata » (art. 383); quando, nel procedimento di ricusazione, il giudice superiore designa il giudice che deve sostituire quello ricusato (art. 54); e quando, nel procedimento di responsabilità civile contro i giudici, « la corte di cassazione designa, con decreto emesso in camera di consiglio, il giudice che deve pronunciare sulla domanda » (art. 56, secondo comma) (1).

Il foro commissorio.

ART. 383.

ART. 54; 56.

Un fenomeno molto simile è quello per il quale, negli organi giudiziari divisi in sezioni, la assegnazione della causa a una di esse è fatta dal presidente dell'organo, in modo che da quel momento la competenza interna su quella causa (cosiddetta « competenza per impossessamento ») appartiene alla sezione designata ad esclusione delle altre (cfr. art. 173 terzo comma; art. 376; art. 374 secondo comma) (2).

---

(1) ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 95, pag. 268 (non mi pare che si possa considerare come un caso di fòro commissorio quello del regolamento di competenza, sul quale la corte di cassazione dichiara qual è secondo la legge il giudice competente, ma non lo sceglie secondo un criterio discrezionale); CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 203; CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 145.

(2) Sulla competenza territoriale degli ufficiali giudiziari, cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 85, pag. 260.

SEZIONE TERZA

MODIFICAZIONI E GARANZIE DEI LIMITI (ESTERNI ED INTERNI) DELLA GIURISDIZIONE

SOMMARIO. — § 96. - Osservazioni generali. — § 97. - *a*) Modificazioni della giurisdizione e della competenza per volontà delle parti. — § 98. - *b*) Modificazioni della giurisdizione e della competenza derivanti dalla identità delle cause o da comunanza di elementi. — § 99. - Poteri del giudice e delle parti a garanzia dell'osservanza delle regole di giurisdizione e di competenza. — § 100. - Decisioni sulla giurisdizione e sulla competenza: effetti e rimedi.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE. — ANDRIOLI, *Commento al C. p. c.*, vol. I, sugli art. 31-50; AZZARITI, *Della competenza e del regolamento di competenza*, cit.; BRACCI, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzioni*, cit.; CARNELUTTI, *Istituzioni*, (3ª ed., 1942), nn. 146-158; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, § 30; D'ONOFRIO, *Commento al nuovo C. p. c.*, vol. I, art. 31-50; GIONFRIDA, *La competenza nel nuovo processo civile*, (Trapani, 1942); MENESTRINA, *Del regolamento di giurisdizione e di competenza* (in « Il nuovo Codice p. c. commentato », Torino 1943, vol. I, pag. 215 e segg.); REDENTI, *Trattato della giustizia civile*, vol. II; ROSSI, *Delle modificazioni della competenza per ragioni di connessione* (in « Il nuovo Codice p. c. commentato », vol. I, pag. 139 e segg.); ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 269 e segg.

§ 96. — OSSERVAZIONI GENERALI.

Circostanze modificatrici dei limiti della giurisdizione.

Segnati, colle norme esaminate finora, i limiti sia esterni (giurisdizione *stricto sensu*, §§ 81-87) che interni (§§ 88-95) della giurisdizione, la legge ammette che in certi casi tali norme possano non essere osservate quando il verificarsi di certe circostanze faccia apparire la opportunità di regolare la distribuzione delle cause tra gli organi giudiziari in maniera diversa da quella che deriverebbe dall'applicazione delle norme suddette (1). Le circostanze che la legge considera rilevanti come cause modificatrici delle norme attinenti ai limiti della giurisdizione, sono di due ordini: alcune riguardano la *relazione di totale* o

(1) Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 146.

parziale identità o *di comunanza di elementi* che possono passare tra due o più cause, in vista della quale può apparire opportuno concentrare dinanzi a un solo giudice i processi che secondo le norme ordinarie della competenza dovrebbero svolgersi ciascuno dinanzi a un giudice diverso; altre riguardano la *volontà dei litiganti,* in ossequio alla quale può essere opportuno in certi casi portare la causa, invece che dinanzi al giudice che per legge sarebbe competente, dinanzi a quello che le parti preferiscano per loro comodità.

Delle due cause modificatrici sopra ricordate la legge considera espressamente sotto questo profilo solo la prima (la sezione V del capo I del Codice si intitola infatti « delle modificazioni della competenza per ragioni di connessione »); in quanto alla volontà dei litiganti può sembrare, dalla collocazione delle norme che la riguardano (art. 28-29) che il Codice, piuttosto che come causa modificatrice della competenza, la consideri come uno dei titoli autonomi e primari, in base ai quali può essere stabilita la competenza territoriale, ponendo così l'« accordo delle parti » come un fatto costitutivo di competenza sullo stesso piano degli altri indici di collegamento personali e reali. Ma in realtà dalla stessa terminologia della legge, che considera l'accordo delle parti come una « deroga » della competenza (art. 6, 28, 29), sembra che, alla volontà delle parti, nei casi in cui essa è considerata come rilevante agli effetti della competenza, si sia voluto attribuire, di fronte agli altri fatti costitutivi di competenza, un carattere soltanto modificativo o secondario (1), del tutto simile a quello espressamente riconosciuto alla connessione. « Derogare », nel significato proprio e tradizionale della parola significa sospendere o modificare per un caso speciale una norma generale precedentemente posta: quando si dice che l'accordo delle parti può in certi casi « derogare » alla competenza stabilita dalla legge, si intende dunque dire con ciò che questo accordo opera, al pari della connessione, come una causa modificatrice delle norme di competenza ordinarie.

a) Volontà delle parti.

b) Relazione tra cause.

Ciò premesso, la regola generale è quella della inderogabilità delle norme che pongono i limiti esterni o interni della giurisdizione: « la « giurisdizione italiana non può essere convenzionalmente derogata a « favore di una giurisdizione straniera... salvo che... ecc. » dice l'articolo 2; e l'art. 6: « la competenza non può essere derogata per accordo « delle parti, salvo che nei casi stabiliti dalla legge » (cfr. art. 69 C.p.c. 1865) (2). La regola della inderogabilità ammette dunque, « nei

Principio generale della inderogabilità.

ART. 6.

---

(1) CARNELUTTI, l. c.

(2) Il C. p. c. 1865 poneva anche il principio che « nessuna autorità giudiziaria può delegare ad altra la propria giurisdizione, salvo i casi stabiliti dalla

casi stabiliti dalla legge » qualche eccezione: e le pagine seguenti saranno appunto dedicate a esaminare in quali casi i limiti esterni o interni della giurisdizione possano essere modificati

a) dalla volontà delle parti;

b) dalla relazione di totale o parziale identità che passi tra due o più cause.

§ 97. — Modificazioni della giurisdizione e della competenza per volontà delle parti.

Non tutte le disposizioni che limitano e distribuiscono la giurisdizione tra i varî organi giudiziari oppongono alla volontà delle parti la stessa resistenza. Alcune disposizioni hanno carattere cogente, ed anche se le parti fossero d'accordo nel non osservarle, nessuna rilevanza avrebbe di fronte alla legge questa convenzione (per questi casi si parla di *inderogabilità* della giurisdizione o della competenza, art. 2 e art. 28); mentre altre hanno carattere dispositivo, nel senso che è consentito alle parti di non attenervisi, sia accordandosi espressamente o tacitamente per non osservarle, sia omettendo di rilevarne l'inosservanza (e in tal caso si parla di *derogabilità* della giurisdizione o della competenza; il C.p.c. 1865, art. 69, parlava nello stesso caso di *prorogabilità* o *improrogabilità*). Nello stesso senso in cui si contrappone alla giurisdizione o alla competenza *derogabile* quella *inderogabile,* si parla di giurisdizione o di competenza *assoluta,* contrapposta a quella *relativa.* Il criterio su cui si basa tale contrapposizione è quello della prevalenza da darsi, secondo i casi, all'interesse pubblico o a quello privato: la repartizione di attribuzioni stabilita da certe norme è preordinata a certi fini di ordine pubblico, il raggiungimento dei quali deve esser garantito indipendentemente da ogni considerazione di utilità privata, e in questi casi le norme sono sottratte a qualsiasi deroga convenzionale; mentre altre disposizioni sono dettate sopra tutto in vista della utilità delle parti, ed è quindi consentito alle parti di accordarsi, nel loro interesse, per derogarvi.

ART. 2 E ART. 28.

Derogabilità e inderogabilità.

I. *Giurisdizione.* — La legge parla di deroga convenzionale alla giurisdizione solo in relazione ai limiti *internazionali* di essa (§ 81-83), mentre in relazione ai suoi limiti costituzionali (§ 84-86), ed ai limiti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali (§ 87-88), una qualsiasi efficacia derogativa della volontà privata non è neanche pensabile.

---

legge »: il nuovo Codice ha ritenuto superfluo enunciare questo principio, il quale deriva intuitivamente dal carattere di potere-dovere che ha l'esercizio della giurisdizione. Una delegazione di poteri istruttorî può aversi nei casi regolati dagli artt. 203 e 204 del Codice.

In relazione ai limiti internazionali, il problema della derogabilità della giurisdizione si risolve diversamente secondochè la deroga sia diretta *a favore della giurisdizione straniera* (cioè a sottoporre ai giudici di uno Stato estero una causa che secondo l'art. 4 rientrerebbe nella giurisdizione dei giudici italiani), ovvero in senso contrario, *a favore della giurisdizione italiana.*

Derogabilità della giurisdizione.

Per la prima ipotesi, l'art. 2 stabilisce che la deroga « a favore di una giurisdizione straniera » ovvero « di arbitri che pronuncino all'estero » è di regola vietata: è permessa soltanto per quelle cause in cui si verifichino contemporaneamente due circostanze, una di carattere soggettivo (che si tratti di una causa tra stranieri ovvero tra uno straniero e un italiano non residente nè domiciliato nel Regno), ed una di carattere oggettivo (che si tratti di causa relativa a diritti di obbligazione; escluse dunque le cause su diritti reali, successorî, o di stato personale, che per l'art. 4 rientrino nella giurisdizione italiana). Quando coincidano queste due condizioni, la deroga, per essere operativa, deve risultare da atto scritto (1).

ART. 2.

Per la seconda ipotesi, invece, la deroga è di regola permessa: si è già visto infatti (§ 81, *c*) che uno dei momenti di collegamento secondo i quali può esser fatta rientrare nella giurisdizione dei giudici italiani una causa che altrimenti apparterrebbe alla giurisdizione straniera, è quella della *accettazione* del convenuto (art. 4, n. 1): questo significa che se vi è accordo tra l'attore (italiano o straniero) e il convenuto (straniero) per sottoporre alla giurisdizione italiana una causa qualsiasi, questo accordo (espresso o resultante da *facta concludentia*) è giuridicamente rilevante anche in mancanza di altri momenti di collegamento. Questo accordo sarebbe inefficace nel solo caso in cui si trattasse di una domanda « relativa a beni immobili situati all'estero »: in questo caso, anche se il convenuto straniero accettasse la giurisdizione italiana, l'accordo delle parti rimarrebbe irrilevante.

ART. 4.

In conclusione: le disposizioni che stabiliscono i limiti internazionali della giurisdizione sono di regola inderogabili, se la deroga è convenuta a favore della giurisdizione straniera; sono di regola derogabili, se la deroga è convenuta a favore della giurisdizione italiana. Ed è facile intendere la ragione di questa diversità, quando si consideri che, se lo Stato ha di regola interesse a impedire che la giurisdizione nazionale sia menomata a vantaggio di quella straniera, non ha di regola interesse ad impedire il contrario.

II. *Competenza.* — La regola generale è quella contenuta nel-

---

(1) Su questo articolo, cfr. i commenti esegetici di ANDRIOLI, D'ONOFRIO, ROSSI.

Derogabilità della competenza.

l'art. 6: che « la competenza non può esser derogata per accordo delle parti » (cfr. art. 69 C.p.c. 1865); ma a questa regola la legge ammette espressamente una eccezione che riguarda la sola competenza per territorio, della quale l'art. 28 stabilisce in linea di massima che « può esser derogata per accordo delle parti... ». Questa proposizione, a prenderla isolata, potrebbe far credere che *soltanto* la competenza per territorio sia derogabile, e che la competenza per territorio sia *sempre* derogabile: in realtà, il problema della deroga della competenza è più vasto, perchè, mentre si hanno casi in cui la competenza per territorio *non è derogabile,* non è escluso che l'accordo delle parti possa avere in certi casi una certa rilevanza anche di fronte alla competenza determinata in base a criteri oggettivi o funzionali.

ART. 6.

ART. 28.

Il problema si può dunque scindere in due quesiti: possono le parti validamente accordarsi per sottoporre il loro litigio a un organo giudiziario *di tipo diverso* da quello che la legge prestabilisce? possono le parti accordarsi per sottoporre il loro litigio a un organo giudiziario *dello stesso tipo, ma di circoscrizione territoriale diversa* da quella stabilita dalla legge?

1. — Il primo quesito va esaminato in relazione ai varî criteri sui quali si fonda la repartizione della competenza tra organi di diverso tipo.

Inderogabilità della competenza per materia.

La competenza stabilita *per materia* (criterio oggettivo qualitativo) è sempre inderogabile (1). Quando la legge attribuisce a un organo giudiziario di un certo tipo una certa categoria di cause in vista della natura giuridica di queste, lo fa perchè ritiene che la costituzione tipica di quell'organo sia la più idonea a render giustizia col massimo rendimento su cause di quella natura: e l'interesse pubblico a che ogni causa sia sottoposta al giudice più idoneo, non può esser sacrificato alla diversa volontà dei privati fondata sulla loro personale utilità (ad es.: l'accordo dei privati per portare un'azione possessoria al tribunale, o per portare al pretore una causa matrimoniale, non avrebbe alcuna rilevanza).

Ind. della competenza per valore.

Inderogabile è anche la competenza *per valore* (criterio oggettivo quantitativo) nel senso che la legge non riconosce la validità di una convenzione con cui le parti preventivamente si accordino per portare una causa a un giudice di tipo diverso da quello competente per valore, anche se il patto di deroga mirasse a portare al giudice superiore una causa che per valore apparterrebbe alla competenza dell'organo inferiore (2). Tuttavia da diverse disposizioni si può intendere indiret-

---

(1) Chiovenda, *Istituzioni,* II, n. 174, a.

(2) Sulla validità di tali deroghe quand'era in vigore la l. 15 settembre 1922

tamente che, per la determinazione della competenza per valore, non sempre la volontà delle parti rimane del tutto irrilevante: la norma dell'art. 14 (per la quale nelle cause relative a beni mobili il valore si determina secondo quello dichiarato dall'attore, che, se il convenuto non lo contesta, rimane fissato anche agli effetti del merito) dimostra che le parti possono tacitamente accordarsi, senza che il giudice possa impedirlo, per portare dinanzi al tribunale la rivendicazione di un mobile del valore di poche lire, o viceversa per portare dinanzi al conciliatore la rivendicazione di un oggetto di valore superiore alle lire diecimila. D'altra parte vi sono diversi casi in cui la legge ammette che il giudice possa validamente pronunciare non solo su cause di valore inferiore al limite minimo della sua competenza (es. art. 34, 35, 36) ma anche su cause di valore superiore al limite massimo: questo può avvenire nell'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 14, quando il giudice, dopo aver deciso « ai soli fini della competenza » che il valore della causa, contestato dal convenuto, rientra nella sua competenza, accerta, nel decidere il merito, che il valore è in realtà superiore e pronuncia condanna per la cifra accertata (1); e può avvenire altresì in alcuni casi di connessione che esamineremo più avanti (art. 31, secondo comma, art. 32).

ART. 34, 35, 36

Inderogabile è di regola, la competenza funzionale: la legge non ammette che le parti si accordino, ad es., per omettere il primo grado e portare senz'altro la causa dinanzi al giudice di seconda istanza. Tuttavia nel Codice vi è un caso in cui la volontà delle parti può validamente modificare l'ordine delle impugnazioni: le parti possono accordarsi (nella forma stabilita dall'ultimo comma dell'art. 366) per impugnare direttamente *per saltum* con ricorso per cassazione una sentenza appellabile del tribunale, omettendo il giudizio di appello (art. 360, secondo comma).

Inderogabilità di quella funzionale.

ART. 360.

ART. 366.

2. — Derogabile è di regola, come già si è detto, la competenza per territorio; l'accordo espresso e preventivo (il cosiddetto *pactum de foro prorogando*) « deve riferirsi ad uno o più affari determinati e risultare da atto scritto » (art. 29). Il fòro così stabilito (cosiddetto fòro *dispositivo* o *convenzionale*) ha il carattere di un fòro facoltativo, aggiunto agli altri fòri stabiliti dalla legge e concorrente con essi a scelta dell'attore: affinchè il giudice convenzionalmente stabilito acquisti competenza esclusiva, occorre che l'accordo lo stabilisca espressamente (art. 29 secondo comma) (2). La dottrina considera anche

Derogabilità della competenza territoriale.

---

n. 1287 e successivo regolamento del 20 settembre 1922, n. 1316, cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pag. 144.

(1) Cfr. REDENTI, *Trattato*, II, pag. 185.

(2) Cfr. ANDRIOLI, *Comm.*, I, art. 29, IV; cfr. anche, allo stesso articolo, i commenti di D'ONOFRIO e di ROSSI.

come deroga volontaria alla competenza per territorio la elezione di domicilio (art. 30) (1); ma siccome questa è in realtà un negozio di diritto sostanziale, il cui scopo principale può non esser quello di derogare alla competenza, mi è parso più esattamente considerarla come uno dei criteri per determinare il *forum domicilii* (§ 93, 4) (2).

Deroga espressa. ART. 29-30.

Vedremo come, accanto a questa deroga della competenza territoriale per accordo espresso e preventivo, possa aver luogo la cosiddetta deroga tacita, che si verifica in corso del processo, quando, avendo l'attore promosso la causa dinanzi a un giudice territorialmente incompetente, il convenuto si astenga dall'eccepire la incompetenza; ovvero quando il giudice, indicato come competente dalla parte che eccepisce la incompetenza del giudice adito, sia accettato dalle altre parti (art. 38). Ma di ciò parleremo più avanti (§ 99, n. 3).

Deroga tacita.

3. — Ma non sempre la competenza territoriale è derogabile per accordo delle parti. Già si è rilevato (§ 93, n. 4) che mentre di regola il foro territorialmente competente è designato dalla legge per considerazioni attinenti alla comodità delle parti, si hanno peraltro numerosi casi in cui la preferenza data dalla legge, tra i giudici dello stesso tipo, a quello di una determinata sede, è preordinata al raggiungimento di fini pubblici, in quanto la legge ritiene che il giudice di quella sede possa provvedere su una certa causa meglio di tutti gli altri giudici dello stesso tipo che rendono giustizia in altre sedi; ora in questi casi anche la competenza territoriale, in quanto rilevante per l'interesse pubblico, è inderogabile. Mentre la competenza per territorio è di regola derogabile purchè si rimanga tra i giudici dello stesso tipo, ciascuno dei quali, per la legge, vale l'altro, diventa inderogabile quando la legge stima che, anche sotto il profilo dello interesse pubblico, il giudice di un determinato territorio valga più degli altri dello stesso tipo.

Competenza territoriale inderogabile.

Abbiamo già ricordato come questi varî casi di competenza territoriale inderogabile siano stati raggruppati dal CHIOVENDA sotto la nozione di competenza *funzionale* (territoriale-funzionale) (3): e abbiamo anche spiegato le ragioni per le quali ci sembra che, pur conservando questa nozione, sia preferibile, per non intorbidarla, riservarla al fenomeno, che non ha niente a che vedere colla competenza per territorio, della ripartizione di competenza tra organi diversi in fasi successive dello stesso processo. Mentre nel vecchio Codice i casi di competenza territoriale inderogabile si trovavano dispersi in sva-

---

(1) Cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 237; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II. n. 203, F.

(2) REDENTI, *Trattato*, II, n. 75.

(3) ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 79, pag. 255.

riate disposizioni, ed era la dottrina che, anche nel silenzio della legge, ne argomentava razionalmente la inderogabilità, il nuovo Codice li ha raggruppati nell'art. 28, il quale tassativamente enumera i casi per i quali non vale la regola generale della derogabilità della competenza per territorio. Tali casi di competenza territoriale inderogabile sono, nell'ordine in cui li enumera l'art. 28, i seguenti: ART. 28.

1°) cause in cui l'azione civile è pubblica (art. 70, n. 1; cfr. § 38);
2°) cause matrimoniali, comprese quelle di separazione personale dei coniugi (art. 70, n. 2);
3°) cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone (art. 70, n. 3);
4°) altre cause, escluse quelle corporative, in cui l'intervento del p.m. è obbligatorio per legge (art. 70, n. 5);
5°) procedimenti di esecuzione forzata e di opposizione alla stessa (compreso il fallimento, art. 9 r. decr. 16 marzo 1942);
6°) procedimenti cautelari e possessorî;
7°) procedimenti in camera di consiglio;
8°) ogni altro caso in cui l'inderogabilità sia disposta espressamente dalla legge.

Tra i casi di competenza inderogabile disposti espressamente da altre leggi si deve ricordare il fòro erariale (art. 25; art. 9 t.u. 30 ottobre 1933). Non ha invece carattere inderogabile, poichè il richiamo che l'art. 28 fa all'art. 70 non comprende il n. 4, la competenza per territorio stabilita in materia corporativa per le controversie collettive (art. 410) e individuali (art. 434); ma altri casi di competenza territoriale inderogabile rientrano attraverso il richiamo dell'art. 28 al n. 5 dell'art. 70 (in forza del quale richiamo la competenza territoriale è inderogabile in tutte le cause, anche se non espressamente menzionate dall'art. 70, in cui l'intervento del p.m. sia per legge obbligatorio: per es., nei giudizi di delibazione, art. 796) (1). ART. 25 ART. 70.

Orbene: perchè in tutti questi casi l'organo territorialmente determinato dalla legge è considerato, ai fini pubblici della giustizia e indipendentemente dalla privata utilità delle parti, come preferibile a tutti gli altri organi dello stesso tipo? Qual è il carattere comune che ricollega tra loro, sì da renderne razionale il raggruppamento, i casi contemplati sotto l'art. 28?

Abbiamo già visto (§§ 94-95) che i criteri di collegamento secondo i quali la legge determina la competenza per territorio sono tre: personale, reale, organico. Ma non sarebbe esatto ricercare nella di-

(1) Sul carattere inderogabile della competenza territoriale nei giudizi di delibazione, cfr. la circolare del guardasigilli 12 maggio 1942, n. 2705.

stinzione tra questi tre criteri la ragione del raggruppamento contenuto nell'art. 28; nel quale si trovano indifferentemente riuniti, sotto lo stesso divieto, casi di competenza territoriale basati sull'uno o sull'altro di questi tre criteri: organico (opposizioni alla esecuzione, procedimenti cautelari), reale (esecuzione forzata, procedimenti possessorî) o personale (cause matrimoniali, cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone, art. 70, nn. 2 e 3). La ragione comune a tutte le ipotesi di competenza territoriale inderogabile prevista sotto l'art. 28 è, secondo noi, un'altra: che, qualunque sia il criterio di collegamento secondo il quale la legge determina la competenza per territorio, questa diventa inderogabile in quei procedimenti in cui l'organo giudiziario è fornito di poteri *inquisitorî* che possono essere utilmente esplicati solamente se il processo si svolge nel fòro stabilito dalla legge; in mancanza di che, se le parti fossero libere di derogare convenzionalmente alla competenza allontanando il processo dal luogo in cui si trovano le circostanze da indagare, esse verrebbero così ad annullare i poteri di indagine consentiti al giudice nell'interesse pubblico. Si pensi, per esempio, ai procedimenti possessorî o a certi procedimenti cautelari, nei quali l'organo giudiziario può, prima di provvedere, assumere d'ufficio « sommarie informazioni » (cfr. art. 689, 702, 703): affinchè tali sommarie indagini possano aver qualche frutto, occorre che esse si svolgano in prossimità del luogo dove sono avvenuti i fatti o dove si trovano le cose da indagare, portando la causa dinanzi a un giudice lontano da quel luogo, le indagini non potrebbero svolgersi con altrettanta rapidità e collo stesso rendimento.

Ragione di tale inderogabilità.

ART. 689, 702, 703.

Questa considerazione spiega la stretta relazione che passa tra l'art. 28 e l'art. 70, il quale enumera le cause nelle quali è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero. Nella massima parte delle cause in cui è obbligatorio l'intervento del p.m. (art. 70, nn. 1, 2, 3, 5), la competenza territoriale è inderogabile: perchè? Perchè in queste cause il p.m. è fornito di poteri inquisitorî (art. 72) che non possono essere utilmente esplicati altro che in quella determinata circoscrizione: se in una causa di annullamento matrimoniale (art. 70, n. 2) i coniugi si potessero accordare per portare il processo dinanzi al tribunale distante il più possibile dal *forum domicilii,* come potrebbe utilmente il pubblico ministero di quel tribunale compiere, in una circoscrizione diversa da quella in cui la famiglia è domiciliata, le indagini volte a stabilire se i fatti affermati dai coniugi per ottener l'annullamento siano veri, ed opporsi colle sue conclusioni al loro tentativo di frodare la legge (cfr. art. 397)? La stessa considerazione vale per le cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone (art. 70, n. 3). Vale del pari per la esecuzione forzata, in cui la inderogabilità del fòro stabilito dagli art. 26 e 27 è preordinata alla migliore esplicazione *in loco* dei poteri di inizia-

Inderogabilità della competenza nelle cause in cui è obbligatorio l'intervento del p.m.

tiva e di informazione che la legge riconosce al giudice dell'esecuzione (art. 485); ciò si vede in maniera evidentissima nel caso di fallimento (art. 6, 9, 15 del r. decr. 16 marzo 1942 n. 267). E il discorso è uguale per « i procedimenti in camera di consiglio » (giurisdizione volontaria), per i quali è espressamente stabilito che « il giudice può assumere informazioni » (art. 738 cpv. ultimo).

ART. 485.

ART. 738.

E' facile intendere, in conclusione, come la derogabilità della competenza territoriale sia una delle espressioni del principio *dispositivo* (§ 59): *in tutte quelle cause in cui si afferma la prevalenza del principio inquisitorio* (§ 60) *la competenza territoriale tende necessariamente a diventare inderogabile* (1).

§ 98. — Modificazioni della giurisdizione e della competenza derivanti dalla identità delle cause o da comunanza di elementi tra esse.

A differenza del vecchio Codice che considerava la « connessione o continenza di causa » sullo stesso piano degli altri titoli costitutivi della competenza (art. 67; art. 98-104), il nuovo Codice la considera più esattamente come una causa modificatrice della competenza (art. 31-36, sotto la rubrica « *Delle modificazioni della competenza per ragioni di connessione* »). A questi articoli, per compiutezza di esposizione, è opportuno avvicinare l'art. 39 che regola le modificazioni della competenza per « litispendenza e continenza di cause », e gli art. 3 e 4 n. 3, attinenti alla giurisdizione (2).

ART. 31-36. ART. 39. ART. 3 E 4.

In che senso la litispendenza, la continenza e la connessione possono esser considerate come cause modificatrici della giurisdizione e della competenza? Finora i problemi di giurisdizione e di competenza sono stati esaminati nella ipotesi della proposizione di una sola causa, isolatamente in sè considerata; ma tutti questi problemi vengono a complicarsi quando siano posti in vista della contemporanea proposizione di più cause, che si trovino tra loro in quella relazione di totale o parziale comunanza di elementi, di cui già abbiamo esaminato, al luogo opportuno (§ 41), le varie figure.

---

(1) Anche la inderogabilità del fòro erariale è giustificata da considerazioni di interesse attinenti al miglior funzionamento della giustizia *in loco;* ma qui, anzichè al miglior funzionamento degli organi giudiziari, si guarda a quello degli *organi di difesa* dello Stato.

(2) Cfr. Redenti, *Trattato*, II, cap. V; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 269 e segg., nn. 98-109; Carnelutti, *Istituzioni*, nn. 147-157; Gionfrida, op. cit., pag. 231 e segg.; Chiovenda, *Istituzioni*, II, § 30.

Modificazioni determinate da relazioni tra cause.

In casi siffatti può essere opportuno (per evitare il pericolo di decisioni contraddittorie che si verificherebbe se ciascuna di queste cause fosse decisa da un giudice diverso e in un separato processo, ed altresì per realizzare la cosiddetta « economia dei giudizi », cioè per evitare l'inutile dispendio di molteplici procedure) che queste cause siano riunite in un solo processo, per esser decise, con unità di criteri, da una sola sentenza. Ma mentre questa riunione di più cause in uno stesso processo (*simultaneus processus*) è agevole quando esse, in base alle regole di competenza proprie a ciascuna, resultano proposte o proponibili tutte allo stesso giudice (*idem iudex*: art. 273-274), la riunione diventerebbe impossibile quando il giudice competente per ciascuna di esse fosse diverso. Ad eliminare tale difficoltà provvedono le disposizioni che qui si studiano: le quali, allo scopo di poter conseguire i vantaggi della riunione delle diverse cause in un solo processo, modificano le ordinarie regole di competenza in modo da poter concentrare le diverse cause connesse (che a norma delle regole ordinarie di competenza « dovrebbero esser proposte davanti a giudici diversi »: art. 33, art. 40) presso lo stesso giudice, e da poter così, realizzata la necessaria premessa dell'*idem iudex*, arrivare ad ottenere dinanzi ad esso il *simultaneus processus*. Lo spostamento di competenza è dunque qui preordinato a render possibile la riunione delle cause dinanzi a un solo giudice (*forum connexitatis, forum continentiae causarum*): se questa riunione non è possibile (perchè nella causa preventivamente proposta il procedimento si trova già in una fase che non consentirebbe l'esauriente trattazione e decisione delle cause connesse: art. 40 secondo comma), neanche può aver luogo lo spostamento di competenza; ciò è detto espressamente negli art. 31, 32, 33 (« ... affinchè sia decisa nello stesso processo ... »).

ART. 273-274.

Lo spostamento di competenza come mezzo per portare alla riunione delle cause.

Differenza dalla c. territoriale basata su criterio organico.

Questo avvenimento fa intendere la differenza che passa tra questi spostamenti della competenza ordinaria preordinati a render possibile la riunione di cause connesse, e quei casi già visti (§ 95, n. 2) in cui la competenza territoriale è determinata *fin da principio* dal criterio organico, basato sulla opportunità di far decidere una certa causa dallo stesso giudice *che ha già separatamente deciso* o che *dovrà separatamente decidere su una causa connessa*. Ad esempio, quando l'art. 672 stabilisce che se la causa di merito non è ancora pendente, l'istanza di sequestro si può tuttavia proporre « al presi-« dente del tribunale competente a conoscere del merito », questa regola di competenza basata sul criterio organico mira ad ottenere lo *idem iudex*, ma non il *simultaneus processus*, perchè sull'istanza di sequestro il giudice provvede immediatamente, prima che sia stata iniziata la causa sul merito (art. 680); e quando l'art. 389 dispone che « le domande di restituzione o di riduzione in pristino... si propon-

« gono... in caso di cassazione senza rinvio, al giudice che ha pro- « nunciato la sentenza cassata », questa disposizione basata sul criterio organico è preordinata a far sì che sulle domande di restituzione o di riduzione decida lo stesso giudice che *ha già deciso* sulla causa principale, ma non già ad ottenere un *simultaneus processus,* perchè colla cassazione senza rinvio il processo sulla causa principale è estinto (1).

Separazione di cause riunite.

Ma in certi casi anche lo spostamento di competenza per connessione, pur essendo preordinato a render possibile, attraverso l'*idem iudex,* il *simultaneus processus,* può mancare a quest'ultimo scopo, e tuttavia il *forum connexitatis* rimane ormai stabilito nonostante che la trattazione delle cause connesse avvenga in separati processi: questo può accadere quando, essendo state inizialmente proposte più cause connesse, con spostamento di competenza dinanzi al *forum connexitatis,* appaia, nel corso dell'unico processo, la opportunità di separarle (art. 104) (2); in questo caso, anche dopo la separazione, la competenza rimarrà fissata, per ciascuna delle cause già riunite e poi separate, dinanzi al *forum connexitatis,* anche se esso è diverso da quello determinato secondo le regole della competenza ordinaria (3).

ART. 104.

Giova anche osservare, prima di passare all'esame delle disposizioni del Codice, che il fòro territoriale presso il quale vengono a concentrarsi, per esser riunite in un solo processo, le varie cause connesse, può esser determinato secondo tre diversi criteri: in certi casi, al momento di proporre più cause connesse « che a norma degli articoli 18 e 19 dovrebbero esser proposte davanti a giudici diversi », il *forum connexitatis* è determinato dalla scelta dell'attore, il quale può proporle tutte dinanzi al giudice che secondo le regole ordinarie sarebbe stato competente a decidere su una di esse (art. 33); in certi altri casi, quando una delle cause connesse è stata proposta prima delle altre, anche queste sono attratte dalla competenza del giudice primieramente adito (*forum praeventionis,* art. 40); e finalmente quando la connessione si presenta, anzichè in figura di coordinazione fra cause (connessione *semplice*), come subordinazione di una causa ad un altra (connessione *qualificata*: oltre II, *B*), il *forum connexitatis* coincide con quello della causa principale (es. art. 32; art. 40).

ART. 18, 19. ART. 32, 33, 40.

Forum connexitatis; vari criteri per determinarlo.

---

(1) In senso contrario, in quanto considera l'art. 389 come un caso di connessione per accessorietà, CARNELUTTI, *Istituzioni,* n. 153.

(2) Secondo ANDRIOLI, *Comm.,* I, art. 104, n. 2, questa facoltà di separare le cause riunite è limitata al solo caso dell'art. 104; mentre secondo CARNELUTTI, *Istituzioni,* n. 266, è una facoltà di ordine generale.

(3) CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, pag. 203.

I. — *Giurisdizione.*

Anche qui, come si è visto a proposito delle deroghe convenzionali (§ 97-I), la legge prende in considerazione soltanto i limiti *internazionali* della giurisdizione.

ART. 3. L'art. 3 fa l'ipotesi che sia proposta o si voglia proporre dinanzi ai giudici italiani una causa contro un convenuto straniero in uno dei casi previsti dall'art. 4; e che contemporaneamente penda dinanzi a un giudice straniero o la identica causa (*litispendenza*: § 41, A, *a*) o una causa connessa. In tal caso, dispone l'art. 3, la giurisdizione italiana rimane intatta e la prevenzione non basta ad attrarre la causa al *forum connexitatis* del giudice straniero, sottraendola a quello italiano.

ART. 4 N. 3. Viceversa l'art. 4 n. 3 considera la connessione come uno dei titoli di collegamento su cui può fondarsi la giurisdizione italiana rispetto allo straniero: quando una causa contro un convenuto straniero è stata proposta dinanzi al giudice italiano in base a uno qualunque degli altri momenti di collegamento previsti dall'art. 4, ciò basta a render lo stesso giudice competente su tutte le cause connesse colla prima, anche se esse, in sè considerate, non rientrerebbero negli altri momenti di collegamento dell'art. 4 e apparterrebbero quindi per sè stesse alla giurisdizione straniera.

Così (con un evidente parallelismo con quanto già si disse a proposito delle deroghe convenzionali) i limiti internazionali della giurisdizione resistono diversamente alla forza attrattiva del *forum connexitatis* secondochè l'attrazione operi a favore della giurisdizione straniera, ovvero a favore di quella italiana: irrilevante nel primo caso, essa è efficace nel secondo.

II. — *Competenza.*

Passiamo brevemente in rassegna le varie figure di « relazioni tra cause » già altrove delineate (§ 41), per vedere in qual modo per ciascuna di esse vengano a modificarsi le regole della competenza ordinaria.

Possiamo per chiarezza distinguere la ipotesi della identità, totale o parziale, delle cause (*sub* A: *litispendenza e continenza*), da quella di comunanza di elementi tra cause diverse (*sub* B: *connessione*).

A) *Litispendenza* (§ 41, A, *a*) (1). Quando dinanzi a due giudici diversi pendono contemporaneamente due cause che hanno identici tutti i loro elementi soggettivi ed oggettivi, queste cause sono due solo in apparenza, ma in sostanza si tratta di una causa sola, che necessariamente dev'esser decisa una sola volta e da un giudice solo, se non

(1) ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 99, pag. 269.

si vuol che sullo stesso rapporto si formino due giudicati tra loro contraddittorî ed incompatibili. In tal caso il fòro dinanzi al quale le due cause debbono non diciamo riunirsi ma, per così dire, rientrare l'una nell'altra e identificarsi, è il *forum praeventionis,* determinato dalla notificazione della citazione (art. 39 comma ultimo): il giudice « successivamente adito... dichiara la litispendenza e dispone con ordinanza la cancellazione della causa dal ruolo » (art. 39 comma primo); da questo momento il secondo processo (salvo il regolamento di competenza di cui all'art. 44) non esiste più, e rimane solo in vita quello pendente dinanzi al giudice preventivamente adito.

Litispendenza.

ART. 39.

2. — *Continenza* (§ 41, A, *b*) (1). In questa figura che il nuovo Codice denomina « continenza di causa », si ha, come già si avvertì, una litispendenza *parziale*: non si tratta già, come nei casi di connessione, di una relazione tra cause *diverse* che abbiano in comune soltanto alcuni dei loro elementi di identificazione, ma di una relazione tra due cause identiche e coincidenti in tutti e tre gli elementi, colla sola differenza che in una di esse (contenente) il *petitum* è più ampio che nell'altra (contenuta), in modo da comprendere, *in più,* qualche capo di domanda che nell'altra non è compreso (nella causa contenuta si discute, per es. del pagamento di una rata di un mutuo; in quella contenente, della restituzione dell'intera somma mutuata). Si tratta dunque di una differenza puramente quantitativa, la quale non esclude che, per quella porzione del *quantum* in cui le due cause coincidono, si verifichi anche agli effetti del giudicato un fenomeno perfettamente simile a quello della litispendenza: per questo la continenza costituisce, nel nuovo Codice, una figura a sè, distinta dalla connessione, che non può esser confusa con speciali figure di connessione, quali sono la accessorietà (art. 31) e la pregiudizialità (art. 34), regolate, come si vedrà, da norme diverse. Anche nel caso di continenza di cause, come per la litispendenza, la legge vuole che la causa contenuta sia riassorbita, per così dire, nella causa contenente: ma siccome qui, a differenza di quanto avviene nella litispendenza totale, la coincidenza tra le due cause è solo parziale, perchè la causa contenente comprende un *plus* marginale che eccede i limiti della causa contenuta, il giudice che diventa competente a decidere tutt'e due le cause non è sempre quello preventivamente adito, ma è quello competente a decidere sulla causa contenente, anche se adito successivamente (art. 39, secondo comma) (2).

Continenza.

ART. 39.

---

(1) Sulla estensione della nozione di « continenza », cfr. ANDRIOLI, *Comm.*, I, art. 39, n. 3; GIONFRIDA, op. cit., n. 66.

(2) Cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 100, pag. 270.

B) *Connessione* (§ 41-B). La connessione, nelle sue molteplici figure si può distinguere, secondo criteri già dati, in *propria* ed *impropria* (oltre, n. 7); quella propria si può a sua volta distinguere in *semplice* (oltre, n. 1) e *qualificata* (oltre, nn. 2-6): la prima, tra due o più cause, che, per la comunanza di alcuno dei loro elementi di identificazione, si presentano in relazione di reciproca coordinazione e complementarità; la seconda tra cause *a coppia,* che, per una particolare struttura dei loro elementi comuni, presentano una relazione di prevalenza dell'una sull'altra, che porta a considerare una di esse come principale nei confronti dell'altra subordinata e dipendente.

Connessione semplice.

1. — *Connessione semplice* (§ 41, B, *a*, *b*). Per intendere esattamente in che limiti tale connessione *semplice* (1) possa spostare la competenza ordinaria, bisogna tener presenti non solo l'art. 33 (cfr. art. 98 C.p.c. 1865), ma anche gli art. 103 e 104 del nuovo Codice; e distinguere bene i casi in cui la connessione tra cause può portare alla riunione di esse nello stesso processo solamente quando ciascuna di esse appartenga già, secondo le regole ordinarie, alla competenza dello stesso giudice, dai casi in cui la connessione può operare per alcune di esse uno spostamento di competenza, allo scopo di concentrare presso lo stesso giudice più cause che secondo le regole ordinarie apparterrebbero alla competenza di giudici diversi.

ART. 33, 103, 104.

Connessione soggettiva.

La semplice *connessione soggettiva,* che si verifica quando più cause, diverse nel titolo e nell'oggetto, vertono tra le stesse persone, può dar luogo a riunione di esse in un solo processo (*cumulo oggettivo*) solo se esse, considerata ciascuna secondo le regole ordinarie, appartengono alla competenza dello stesso giudice (art. 104); affinchè si produca lo spostamento di competenza occorre, anche nel caso di più cause vertenti tra le stesse persone, che tra di esse, si verifichi connessione anche *oggettiva,* cioè connessione « per l'oggetto o per il titolo » (art. 33).

ART. 104.

Quest'ultima regola vale *a fortiori* quando si tratta di più cause tra persone anche parzialmente diverse: nel qual caso solo quando esista tra esse connessione oggettiva, cioè comunanza di oggetto o di titolo (o di tutt'e due), si opera quello spostamento di competenza che può portare al *simultaneus processus*: ciò si desume dall'art. 33 (*cumulo soggettivo*) il quale, supponendo più cause contro una pluralità di convenuti, stabilisce che « le cause contro più persone che a « norma degli art. 18 e 19 dovrebbero essere proposte dinanzi a giu« dici diversi, *se sono connesse per l'oggetto o per il titolo* possono « essere proposte davanti al giudice del luogo di residenza o domicilio « di una di esse, per essere decise nello stesso processo ».

Connessione oggettiva.

ART. 33.

(1) ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, nn. 101-104, pag. 271 e segg.

In questi casi il *forum connexitatis* è determinato dalla scelta dell'attore, quando si tratta di cause non ancora proposte (fòro della residenza o del domicilio di uno qualunque dei convenuti); se poi le cause sono state già proposte dinanzi a giudici diversi, tutte le cause oggettivamente connesse si concentrano al *forum praeventionis* (art. 40). Su quali tipi di competenza operi lo spostamento previsto dallo art. 33, si vedrà più avanti (n. 8). ART. 40.

2. — *Accessorietà* (§ 41, B, *c*): è una figura di connessione, regolata dagli art. 31 e 40 primo comma (cfr. art. 99 e 103 C.p.c. 1865) (1), che si verifica quando tra due cause, vertenti tra le stesse persone (connessione soggettiva) passa anche una parziale connessione oggettiva (titolo) che dà luogo tra esse a un vincolo (non reciproco) di subordinazione, per cui una di esse si presenta come principale e l'altra come dipendente: nel senso che quella subordinata non può essere accolta se non è accolta quella principale, ma non viceversa. Si pensi, ad esempio, a una domanda di risoluzione di contratto per inadempienza, accompagnata da una domanda di risarcimento di danno; se la domanda principale di risoluzione del contratto non è accolta, neppure può essere accolta quella accessoria di danno (negato il diritto alla risoluzione, è negato il diritto al risarcimento del danno derivante dalla risoluzione); ma, d'altra parte, non è detto che accolta la domanda di risoluzione debba senz'altro essere accolta la domanda di risarcimento di danno (in quanto può darsi, per esempio, che, in fatto, alla risoluzione del contratto non sia derivato alcun danno). Da questo esempio si vede chiara la differenza che passa tra questa accessorietà e la continenza (retro, n. 2): mentre nel caso di continenza la decisione della causa contenente coinvolge necessariamente la decisione di quella contenuta (la quale quindi è già implicitamente pendente nella pendenza di quella che la contiene), nel caso di accessorietà la decisione della causa dipendente, pur presupponendo quella della causa principale, non è implicita in questa, e può quindi concepirsi una decisione sulla causa accessoria separata e diversa da quella sulla causa principale. Tutto questo si riassume dicendo che mentre la accessorietà è un caso di connessione, la continenza è un caso di (parziale) litispendenza. *Accessorietà.* ART. 31 E 40

Il vincolo di accessorietà, pur essendo una sottospecie del cumulo oggettivo, non dà luogo, come avviene in questo, a uno spostamento di competenza territoriale a favore del *forum praeventionis*, ma sempre a favore del fòro competente per la causa principale: dinanzi al

---

(1) CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 153; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 105, pag. 273; REDENTI, *Trattato*, II, n. 79.

quale possono fin da principio esser cumulativamente proposte (col rispetto dei limiti che vedremo più avanti, n. 8) la causa principale e quella accessoria; se poi le due cause sono state proposte separatamente dinanzi a giudici diversi, la causa accessoria è attratta dal giudice competente per la causa principale, anche se questa sia stata proposta dopo (art. 40 primo comma).

3. — *Garanzia* (§ 41, B, *d*). La figura di dipendenza che ricollega la causa di garanzia colla causa principale (art. 32; cfr. art. 100 n. 1 C.p.c. 1865) (1) ha, sotto il punto di vista della connessione oggettiva, molti punti di somiglianza colla accessorietà, in quanto la domanda di garanzia ha come presupposto l'accoglimento della domanda principale ed è appunto proposta per la ipotesi che sia accolta la domanda principale; ma ne differisce sotto il punto di vista della connessione soggettiva, in quanto, mentre la causa accessoria verte tra le stesse persone tra cui verte quella principale (in entrambe la stessa persona è attrice e la stessa è convenuta), tra la causa principale e l'azione di garanzia vi è solo una parziale identità di persone, nel senso che colui che figura come convenuto nella causa principale, figura a sua volte come attore (garantito) di fronte al terzo che deve garantirlo (garante).

Garanzia.

ART. 32.

Questa speciale figura di connessione prende il suo nome e la sua caratteristica struttura processuale da certe situazioni regolate dal diritto sostanziale, nelle quali chi ha trasferito un bene (es. vendita, art. 1476 n. 3 C.c.; cessione di crediti, art. 1266) è tenuto a *garantire*, cioè a difendere l'acquirente, quando questi sia convenuto da un terzo in rivendicazione di quel bene, o in mancanza a indennizzarlo del danno sofferto per l'evizione (art. 1483); ovvero chi è convenuto dal creditore come obbligato al pagamento di un debito altrui (es. fideiussione, art. 1936 C.c.: cfr. anche art. 1299 C.c.), ha diritto di rivolgersi in via di regresso contro l'obbligato principale, per farsi rimborsare di ciò che ha pagato per lui (art. 1950). In questi casi di garanzia *propria* regolati dalla legge (garanzia *reale* o *formale* nel primo gruppo di casi, garanzia *personale* o *semplice* nel secondo gruppo) il convenuto nella causa principale dal terzo rivendicante o dal creditore non solo ha diritto di chiamare in causa il garante affinchè lo difenda (art. 1485 C.c.; art. 106 e 108 C.p.c.), ma ha altresì diritto di proporre contro di lui nello stesso giudizio, per la ipotesi che la domanda dell'attore principale sia accolta, la domanda di garanzia o di regresso (per farlo

Garanzia propria.

---

(1) CALAMANDREI, *La chiamata in garantia* (Milano, 1913); REDENTI, *Trattato*, II, n. 81; CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 154; GIONFRIDA, op. cit., pag. 405; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 105, pag. 273.

condannare al risarcimento del danno o al rimborso della somma pagata). Così, se questa azione di garanzia, in sè considerata, sarebbe stata di competenza di un fòro diverso da quello in cui è stata proposta la causa principale (perchè, poniamo, il fòro del domicilio del garante è diverso da quello del garantito, convenuto nella causa principale) il vincolo di garanzia opera uno spostamento di competenza, nel senso che il fòro competente per la causa principale attrae « affinchè sia decisa nello stesso processo », anche l'azione di garanzia. In un solo caso lo spostamento può avvenire in senso inverso: quando, essendo chiamata in garanzia una amministrazione dello Stato, la causa principale è attratta dal fòro erariale competente per la causa di garanzia (art. 6, secondo comma r. decr. 30 ottobre 1933).

Tutto questo vale per i casi di garanzia *propria*, previsti dalla legge; ma la pratica tende ad allargare questo regime processuale a tutti i casi di cosiddetta garanzia *impropria*. Si supponga una serie a catena di contratti di vendita della stessa merce. A, domiciliato a Roma, si è obbligato, con un primo contratto, a fornire una certa merce a B, domiciliato a Firenze; il quale a sua volta, con un contratto separato e successivo, si è obbligato a fornire altrettanta merce a C, domiciliato a Milano, che a sua volta (e si potrebbe continuare...) ha stipulato un terzo contratto con un altro contraente D. Se l'ultima fornitura non è puntualmente eseguita e l'ultimo acquirente D propone contro C, dinanzi al fòro di Milano, domanda di risarcimento per inadempienza, potrà C proporre nello stesso giudizio l'azione di regresso per analoga inadempienza contro il suo venditore B (domiciliato a Firenze), e questi a sua volta per altrettale motivo contro il primo venditore A (domiciliato a Roma)? La dottrina prevalente (1) nega che in questi casi, in cui esiste di fatto soltanto una materiale successione di contratti a catena, ma non una comunanza giuridica di titolo e di oggetto fra essi, sia applicabile lo spostamento di competenza previsto dall'art. 32; ma non esclude che, quando le varie cause siano già pendenti secondo le regole ordinarie di competenza dinanzi allo stesso fòro, possano esser riunite in un solo processo (art. 103; art. 274).

Garanzia impropria.

4. — *Pregiudizialità.* Le premesse elementari dell'art. 34 (che non ha disposizione corrispondente nel vecchio Codice, sotto l'impero del quale la dottrina (2) era giunta ugualmente a soluzioni analoghe) furono già chiarite (§ 41, B, *g*).

La regola è questa: che il giudice, per arrivare a decidere *princi-*

---

(1) Cfr. gli autori citati alla nota 1 della pagina precedente.

(2) Sempre fondamentale Chiovenda, *Istituzioni*, I, § 16.

Pregiudizialità.

ART. 34.

paliter con efficacia di giudicato la causa che è oggetto finale del suo giudizio, può risolvere *incidenter tantum* (cioè senza efficacia di giudicato e ai soli fini strumentali della causa) tutte le questioni pregiudiziali che si presentano nel suo cammino logico, anche se queste, ove costituissero oggetto principale di un separato giudizio, apparterrebbero alla competenza di un giudice diverso. Ad es., il pretore al quale è proposta, entro i suoi limiti di valore, una causa per prestazione alimentare fondata sulla parentela, può risolvere ai soli effetti della causa di alimenti la questione pregiudiziale sorta sulla sussistenza del vincolo di parentela, che, se fosse proposta come causa principale, sarebbe di competenza del tribunale (art. 9); in tal caso il giudicato si formerà sulla causa di alimenti, ma non sulla questione di stato, che potrà esser ripresa in esame e diversamente decisa, occorrendo, nella sede competente.

Ma questa regola viene meno quando o per disposizione di legge, o « per esplicita domanda di una delle parti », sorga la necessità di decidere la questione pregiudiziale « con efficacia di giudicato », cioè non ai soli effetti limitati e puramente strumentali del rapporto originariamente controverso, ma con efficacia di accertamento, estesa a tutte le possibili conseguenze che dalla decisione di essa questione possono derivare. In tal caso, in virtù di questa domanda di accertamento che incide nella causa originaria (e per questo si parla di « accertamento incidentale »), la « questione pregiudiziale » si trasforma in « causa pregiudiziale », e come tale è considerata anche agli effetti della competenza. Così, nell'esempio sopra riportato, se nel giudizio alimentare dinanzi al pretore una delle parti esplicitamente domanda che la questione di parentela sia decisa con efficacia di giudicato, il *thema decidendum* si allarga fino a diventare una « causa di stato », sulla quale è competente a decidere *principaliter* il tribunale.

Quando accade questa trasformazione della questione pregiudiziale in causa pregiudiziale, viene a crearsi tra la causa originaria in cui la questione è sorta e questa causa pregiudiziale sopraggiunta nel corso del processo *tra le stesse persone,* una relazione che ha molte somiglianze colla continenza: si potrebbe infatti esser portati a dire (1) che la causa pregiudiziale, vertendo su un *thema decidendum* più vasto di quello della causa in cui essa è sorta, contenga virtualmente la decisione di questa. Ma, guardando più attentamente, mi par che la differenza tra questo caso e quello già visto della vera continenza sia tale da non permettere confusioni: mentre nella vera continenza la decisione della causa contenente verte necessariamente

(1) Cfr. REDENTI, *Trattato,* II, n. 32; GIONFRIDA, op. cit., n. 65.

con efficacia di giudicato anche sulla causa contenuta, nella pregiudizialità la decisione della causa pregiudiziale fissa soltanto una premessa per la decisione della causa originaria in cui la pregiudiziale è sorta, ma non ne contiene la conclusione (nell'esempio dato sopra, anche quando il tribunale avrà deciso la causa di stato affermando la sussistenza del vincolo di parentela, la domanda di prestazione alimentare potrà tuttavia esser respinta per mancanza, poniamo, dello estremo bisogno). La pregiudizialità è dunque, non un caso di continenza, ma di connessione qualificata, che ha molti punti di somiglianza colla accessorietà; e come tale par che la consideri la legge (la quale, nonostante che nell'art. 34 parli di « causa » al singolare, il che potrebbe sembrare piuttosto un richiamo all'idea di continenza, colloca però lo stesso articolo tra le norme sulla connessione).

Spostamento di competenza.

Dato questo vincolo di connessione tra le due cause, il quale consiglia per ragioni di priorità logica che la decisione sulla causa originaria non avvenga prima di quella sulla pregiudiziale che ne costituisce una premessa, la legge stabilisce che le due cause siano decise nello stesso processo, o, nei casi in cui ciò non è possibile, che la decisione della causa originaria sia sospesa fino a che non sia stata decisa la pregiudiziale.

La riunione delle due cause nello stesso processo non dà luogo a difficoltà quando tutt'e due, secondo le regole della competenza ordinaria, appartengono allo stesso giudice: qui non c'è neanche bisogno di un provvedimento di riunione (art. 274) perchè il giudice competente per la causa originaria si trova senz'altro investito della causa pregiudiziale appena sorta. Quando, viceversa, le due cause apparterrebbero, secondo le regole della competenza ordinaria, a due giudici diversi, la causa originaria attrae al proprio foro la pregiudiziale se si tratta soltanto di uno spostamento di competenza territoriale derogabile; se viceversa, la causa pregiudiziale, considerata in sè stessa, appartiene « per materia o valore alla competenza di un giudice superiore » o anche a un fòro territoriale inderogabile, allora la causa pregiudiziale attrae al proprio fòro la causa originaria (cfr. oltre, n. 8).

Sospensione della causa principale.

Nei casi in cui lo spostamento di competenza non è possibile nè in un senso nè in un altro (perchè, ad esempio, tanto la competenza per la causa originaria quanto quella per la pregiudiziale sono determinate da ragioni di materia), la legge, in luogo della riunione delle due cause, si contenta di prescrivere la sospensione della prima fino a che non sia stata decisa la seconda: « il giudice dispone che il processo « sia sospeso nel caso previsto nell'art. 3 codice di procedura penale « e in ogni altro caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere « una controversia civile o amministrativa, dalla cui definizione dipen- « de la decisione della causa » (art. 295). L'art. 3 C.p.p. che l'art. 295

ART. 295.

cita ad esempio, dispone che il giudizio civile sia sospeso in attesa della decisione del giudice penale quando « viene iniziata l'azione « penale, e la cognizione del reato influisce sulla decisione della con- « troversia civile »; altri casi di un fenomeno simile son previsti espressamente nel C.p.c. (art. 318, in relazione agli art. 9 e 225, per la querela di falso proposta dinanzi al pretore o al conciliatore; art. 819, per le questioni incidentali insorte nel giudizio arbitrale), o in altre leggi (cfr., per le pregiudiziali civili o amministrative insorte nel processo penale, gli art. 19 o 20 C.p.p.; per le pregiudiziali civili nei giudizi amministrativi, l'art. 30 comma secondo del t.u. sul consiglio di Stato 26 giugno 1924 n. 1054); e, anche all'infuori dei casi espressamente previsti dalle leggi, la sospensione può esser disposta dal giudice tutte le volte in cui, per il rispetto delle norme di competenza inderogabile, non è possibile la riunione delle due cause presso lo stesso giudice.

ART. 318, ART. 819.

5. — *Compensazione* (§ 41, B, *e*). Alla disciplina giuridica dettata dal nuovo Codice per gli accertamenti incidentali dev'essere ravvicinata la norma dell'art. 35 sull'eccezione di compensazione (art. 100, n. 2 e 102 C.p.c. 1865): integrata ora dall'art. 1243 C. civ., il quale, accanto alla compensazione *legale* che era la sola espressamente ammessa dal vecchio Codice civile tra debiti « ugualmente liquidi ed esigibili » (cfr. art. 1287 C.c. 1865), ha ora ammesso la compensazione *giudiziale,* già riconosciuta non senza contrasti dalla giurisprudenza, nei casi in cui « il debito opposto in compensazione non è liquido ma « è di facile e pronta soluzione » (art. 1242 secondo comma) (1).

Compensazione legale:

ART. 35.

Quando il convenuto, per dimostrare la insussistenza del credito in danaro (o in cose fungibili) fatto valere contro di lui dall'attore, gli oppone in compensazione un controcredito *omogeneo* (in denaro o in cose fungibili dello stesso genere) che egli vanta a sua volta, in base allo stesso o in base a un diverso rapporto giuridico, contro l'attore, questa eccezione, che è volta unicamente a contrastar l'azione, non basta essa sola, *se il controcredito non è controverso,* a far sorgere la necessità di un accertamento incidentale, perchè, anche se il rapporto giuridico su cui si basa l'eccezione è in sè stesso tale da eccedere, per la materia o per il valore, la competenza del giudice adito per la domanda, questo non impedisce che il giudice dell'azione ne conosca *incidenter tantum,* con efficacia non eccedente i limiti della domanda. Ma se, viceversa, il credito opposto in compensazione « è contestato », allora la contestazione apre l'adito a un vero e proprio accertamento incidentale, il cui *thema decidendum* è costituito

(1) Su questa innovazione del C. c., cfr. REDENTI, *Trattato,* II, n. 85.

dall'intero rapporto eccepito in compensazione, in relazione al quale, e non più in relazione al solo rapporto dedotto dall'attore, dev'essere determinata la competenza; sicché si produce tra la causa principale relativa al credito fatto valere dall'attore, e la causa incidentale sul controcredito fatto valere dal convenuto, una situazione del tutto simile a quella già vista in tema di pregiudizialità, quando il giudice competente sulla causa originaria non ha competenza a decidere sulla causa pregiudiziale. In tal caso le cause sono in realtà due, vertenti tra le stesse parti, ma in posizione capovolta: in quella principale, l'attore fa valere contro il convenuto un'azione di condanna (pagamento di credito), in quella di compensazione il convenuto fa valere contro l'attore un'azione di mero accertamento (accertamento incidentale del controcredito); ma la seconda causa ha carattere incidentale nella prima, nel senso che l'accertamento del controcredito vale come accertamento di un fatto estintivo del credito principale, e quindi serve praticamente a far respingere come infondata l'azione di condanna.

Spostamento di competenza.

Anche qui, per risolvere questa situazione, valgono le stesse soluzioni dettate dall'art. 34 per la pregiudizialità (1). Si mira prima di tutto, dov'è possibile, a spostar la competenza in modo da riunir le due cause presso lo stesso giudice: e lo spostamento può avvenire a favore del giudice della causa principale, ovvero a favore di quello della causa relativa al rapporto dedotto in compensazione, secondo le ipotesi già formulate in base all'art. 34, che l'art. 35 nell'ultimo suo periodo espressamente richiama. Ma l'art. 35 aggiunge per la compensazione una soluzione che l'art. 34 non prevede per la pregiudiziale: quando la domanda principale « è fondata su titolo non controverso « o facilmente accertabile » (cfr. art. 102 comma secondo C.p.c. 1865) la legge permette al giudice di separare la causa principale da quella sulla compensazione, ritenendo la prima alla propria cognizione per decider senz'altro su di essa senza tener conto della compensazione, e rimettendo la decisione della causa di compensazione al giudice competente per essa; così se il giudice della causa principale accoglie la domanda, la condanna del convenuto si intende pronunciata « con riserva » dell'eccezione di compensazione, nel senso che essa condanna cadrà nel nulla se l'altro giudice, competente a decidere sul controcredito, accerterà che la compensazione è fondata: per questo l'art. 35, in vista di questa minaccia di risoluzione che pende sulla condanna, dà al giudice il potere di subordinare l'esecuzione alla prestazione di una cauzione (sulle « condanne con riserva » in generale

(1) Cfr. Andrioli, *Comm.*, I, art. 35.

avremo occasione di tornare a suo tempo, parlando dei processi sommari).

A queste soluzioni date dal C.p.c. se ne aggiunge ora un'altra, introdotta, per la sola compensazione giudiziale, dal comma secondo dell'art. 1243 C.c.; il quale dà al giudice competente per la causa principale, dinanzi al quale sia opposto in compensazione un credito non liquido, ma di facile e pronta liquidazione, il potere di « sospende- « re la condanna per il credito liquido fino all'accertamento del credito « opposto in compensazione »: quando, si intende, tale accertamento appartenga alla competenza di un giudice diverso da quello competente sulla causa principale. Si avrebbe così, per la compensazione giudiziale, un caso di sospensione del processo simile a quelli stabiliti dall'art. 295 in attesa della decisione sulla pregiudiziale (1).

Compensazione giudiziale.

6. — *Riconvenzione* (§ 41, B, *f*). Si può partire da quanto si è detto sulla compensazione per meglio intendere quanto dispone l'art. 36 sulle « cause riconvenzionali » (cfr. art. 100 n. 3; art. 101) (2).

La figura di connessione che si presenta quando contro la domanda dell'attore il convenuto oppone una controdomanda che mette l'attore a sua volta in posizione di convenuto, somiglia molto a quella che si produce quando contro il credito fatto valere dall'attore il convenuto oppone in compensazione un controcredito che essendo contestato diventa oggetto di accertamento incidentale. In ambedue le figure si produce la pendenza di due cause tra le stesse parti in posizione invertita: colui che è attore nella causa principale diventa convenuto nella causa incidentale e viceversa. Ma pur essendo identica la posizione soggettiva, la differenza essenziale è data da ciò: che mentre nella compensazione l'accertamento sul controcredito ha il solo scopo pratico di far respingere la domanda principale dell'attore (in modo che se il controcredito accertato è di somma superiore, esso rimarrà accertato *in toto,* ma per l'eccedenza che rimarrà accertata ed insodisfatta dopo la compensazione non potrà esservi in questo giudizio condanna dell'attore a favore del convenuto), nella riconvenzione la controdomanda del convenuto contro l'attore mira ad ottenere a carico dell'attore un provvedimento di condanna: ed è proprio questo carattere positivo del provvedimento a cui mira la riconvenzione, che la distingue dalla compensazione, la quale, anche quando sorge la necessità di un accertamento incidentale sul controcredito, ha sempre l'intento meramente negativo di far respingere la domanda dell'attore.

Riconvenzione: ART. 36.

---

(1) Sulle grandi difficoltà che presenta l'interpretazione di questo art. 1243, cfr. REDENTI, *Trattato,* II, n. 86.

(2) Cfr. REDENTI, *Trattato,* II, n. 84; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, pag. 274.

Tra le due figure vi è un'altra differenza. Secondo il diritto sostanziale (art. 1243) la compensazione si verifica tra debiti liquidi ed esigibili anche se essi derivano (ed anzi nella massima parte dei casi avviene così) da rapporti giuridici diversi e indipendenti; sicchè, attraverso l'eccezione di compensazione, il convenuto può dedurre nel processo un rapporto giuridico assolutamente distinto da quello dedotto dall'attore e non avente con esso alcun elemento oggettivo di connessione. La connessione è data qui soltanto dalla efficacia compensativa, in forza della quale i due debiti opposti, quando hanno i caratteri di *omogeneità* voluti dalla legge sostanziale, funzionano reciprocamente come fatto estintivo l'uno dell'altro: la diversità del titolo da cui deriva il controcredito non è un ostacolo alla compensazione; il solo limite è dato dai caratteri di questo controcredito che, per esser opponibile in compensazione, deve essere *omogeneo* con quello principale a norma dell'art. 1243.

Quando invece si tratta di riconvenzione, poichè questa mira non a impedire il provvedimento chiesto dall'attore, ma a ottenere un provvedimento separato e positivo a favore del convenuto, tale limite dato dalla necessaria omogeneità delle contropretese non esiste più: se il venditore mi cita per il pagamento del prezzo, io non potrò eccepirgli *in compensazione* il mio diritto a ottenere la consegna della *res certa* che egli mi ha venduto, perchè il suo credito in denaro non è omogeneo, e quindi non è compensabile, col mio diritto alla consegna della cosa; ma potrò tuttavia nello stesso giudizio in cui egli richiede contro di me un provvedimento di condanna al pagamento del prezzo, domandare *in riconvenzione* ch'egli sia condannato, con separato provvedimento, a consegnarmi la cosa.

Dato dunque che per la riconvenzione non funzionano questi limiti di omogeneità delle contropretese che valgono per la compensazione, la legge ha dovuto provvedere a porre per la proponibilità delle domande riconvenzionali certi limiti di connessione oggettiva che non sussistono per la compensazione: l'art. 36 stabilisce infatti che il giudice competente per la causa principale può conoscere non in genere di tutte le domande riconvenzionali basate su qualsiasi altro rapporto vertente in senso inverso tra le stesse persone, ma solo di quelle « che dipendono dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o « da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione ».

Interpretazione dell'art. 36.

Il significato della prima parte di questa proposizione è chiaro: essa si riferisce a quei contratti bilaterali da cui scaturiscono reciproci obblighi di prestazione a carico di ambedue i contraenti: se uno dei contraenti agisce per far valere il proprio diritto alla prestazione contrattuale, l'altro contraente può nello stesso giudizio agire a sua volta per la controprestazione, o per la risoluzione del contratto, e in genere

proporre contro l'attore qualsiasi altra domanda basata sullo stesso titolo.

Più sibillina può parere la continuazione della frase, che è stata presa tal quale dall'ultimo comma dell'art. 100 del vecchio Codice: con essa si allude a quei casi in cui, avendo il convenuto opposto in compensazione un controcredito (omogeneo) di ammontare superiore a quello del credito principale, chiede non solo che la domanda dell'attore sia respinta per compensazione, ma, in più, che per l'eccedenza l'attore sia condannato a favore di esso convenuto. Qui la controdomanda del convenuto funziona, nei limiti in cui i due crediti si pareggiano, come eccezione di compensazione, e per il di più come domanda riconvenzionale; la quale dunque è qui ammessa non perchè dipenda dallo stesso titolo dedotto in giudizio dall'attore (dato che, come si è visto, la compensazione può esser basata anche su un titolo diverso), ma perchè dipende da quel titolo che, fino a concorrenza del credito principale, costituisce il fondamento dell'eccezione di compensazione, ossia perchè qui anche la riconvenzione serve a far valere, per l'eccedenza, un controcredito omogeneo con quello principale.

Spostamento di competenza.

Con queste limitazioni le domande riconvenzionali possono dar luogo agli stessi spostamenti di competenza che abbiamo già visti commentando gli art. 34 e 35 (alle disposizioni dei quali l'art. 36 rinvia): la causa riconvenzionale è attirata al fòro della causa principale, se questo può avvenire spostando solamente la competenza territoriale derogabile; se, viceversa, la causa riconvenzionale eccede « la compe- « tenza per materia o valore » del giudice adito per la causa principale (o se appartiene a un fòro territoriale inderogabile), la causa principale è attirata dal fòro della causa riconvenzionale. Qualora poi la domanda principale « sia fondata su titolo non controverso o facilmente accertabile » può avvenire anche per la riconvenzione quella separazione di essa dalla causa principale nei modi e colle conseguenze che abbiamo già visto per la compensazione (a differenza di quanto disponeva il C.p.c. del 1865, il quale ammetteva la separazione delle cause e la condanna con riserva per la compensazione, art. 102 comma secondo, ma non per la riconvenzione, art. 101).

Connessione impropria:

7. — *Connessione impropria* (§ 41, B, *h*). C'è poco da dire su questa figura, agli effetti dello spostamento della competenza: come a spostare la competenza non basta mai la semplice connessione soggettiva, la quale può dar luogo alla riunione di più cause in uno stesso processo solo quando tutte quante appartengano per competenza propria allo stesso giudice (art. 274), così non può dar luogo a spostamento di competenza il fatto che due o più cause vertenti tra persone diverse (o anche tra le stesse) presentino identiche questioni di diritto. Potrà essere utile, quando tutte queste cause, secondo le regole

ART. 274.

della competenza ordinaria, appartengono allo stesso giudice, riunirle in un solo processo (litisconsorzio *improprio*) per far sì che il lavoro intellettuale occorrente per risolvere quella questione comune sia fatto una volta sola per tutte le cause; ma questa connessione *impropria* non basta mai da sè sola (e neanche se si accompagna alla semplice connessione soggettiva) a produrre uno spostamento di competenza (1).

Diversità degli effetti modificativi secondo i tipi di competenza.

8. — Dopo aver visto così ad una ad una le varie figure di relazioni tra cause che possono portare a modificazioni della competenza ordinaria, si può ora concludendo domandare (con una indagine analoga a quella che già si è fatta a proposito delle deroghe convenzionali) se questi effetti modificativi si fanno sentire ugualmente su tutti i tipi di competenza, o se viceversa la resistenza della competenza ordinaria sia diversa secondo i varî criteri in base ai quali essa è determinata.

In tutte le figure che abbiamo esaminato, nessuna esclusa, le modificazioni della competenza derivanti da relazioni tra cause prevalgono sulla competenza per territorio: nelle svariate figure esaminate abbiamo visto che quando le varie cause da riunire appartengono alla competenza di giudici dello stesso tipo, ma diversi per territorio, avviene sempre un concentramento di esse presso uno di loro, che può esser determinato o dalla scelta dell'attore (art. 33) o dalla prevenzione (art. 39-40), ovvero dalla prevalenza di una causa sull'altra (art. 31, 34, 35, 36, 39, 40). In tutti i casi passati in rassegna, anche quando non vengono in questione spostamenti di competenza oggettiva o funzionale, lo spostamento della competenza per territorio è dunque una conseguenza costante della connessione. E' tuttavia opportuno ricordare che anche la modificabilità della competenza per territorio può variare secondo la natura dei criteri di collegamento in base ai quali è determinato il fòro territorialmente competente. Affinchè possa aver luogo lo spostamento di competenza previsto dall'art. 33 (cumulo soggettivo), non basta che si tratti di competenza territoriale derogabile, ma occorre altresì che si tratti di competenza determinata in base al criterio personale della residenza o del domicilio dei convenuti (art. 18 e 19): dovendo proporre più cause connesse per oggetto o per titolo contro diversi convenuti, non potrebbe l'attore cumulare dinanzi al fòro reale competente per una sola di esse (ad es. per l'art. 20) le altre cause che, secondo le regole ordinarie, dovrebbero esser portate al fòro personale del convenuto (2); nè cumularle al proprio fòro

ART. 31-40.

Modificazioni della comp. territoriale.

---

(1) ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 277, n. 107.

(2) Cfr. REDENTI, *Trattato*, II, pag. 220; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 103, pag. 271.

personale solo perchè per uno dei convenuti si verifichi l'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 18. D'altra parte gli spostamenti di competenza territoriale previsti dalle varie disposizioni già esaminate non hanno nessuna presa sulla competenza territoriale inderogabile (es. fòro erariale nelle cause di garanzia, retro n. 3).

Modificazione della competenza per valore.

La connessione può avere efficacia modificativa anche sulla competenza oggettiva per valore. Ciò può avvenire sempre nel senso di portare al giudice superiore una causa che in sè considerata apparterrebbe per valore al giudice inferiore: per riunire nello stesso processo la causa accessoria colla causa principale (art. 31) o le cause connesse cumulabili a norma degli articoli 33 e 104, bisogna rispettare il disposto dell'art. 10 secondo comma, per il quale la competenza per valore è determinata con riguardo alla somma delle domande cumulate; può avvenire così che, in conseguenza della connessione, si debbano portare dinanzi al tribunale più cause, la cui somma supera le lire diecimila, mentre ciascuna di esse, in sè considerata, sarebbe rientrata per valore nella competenza del pretore, e che, nei casi in cui il giudice ordina la separazione di cause riunite trattenga al proprio giudizio, quantunque separata, una causa che per valore apparterrebbe al giudice inferiore (art. 104, secondo comma). D'altra parte, indipendentemente dall'applicazione dell'art. 10, è implicito in tutte le disposizioni concernenti casi di connessione qualificata che la causa subordinata è attirata dal fòro della causa principale, anche se, in sè considerata, apparterrebbe per valore a un giudice inferiore (ad es., se la causa principale pende dinanzi al tribunale, questo potrà conoscere della domanda riconvenzionale anche se questa, in sè considerata, apparterrebbe per valore alla competenza del pretore); mentre, se la causa subordinata supera i limiti di valore del giudice competente per la causa principale, questa è attratta dal giudice superiore competente per la subordinata, presso il quale trova conferma ugualmente il principio che la competenza per valore è modificabile per il meno ma non per il più.

Tuttavia in qualche caso può avvenire che per ragioni di connessione la competenza per valore sia modificabile anche per il più, nel senso che, per ragioni di connessione si possa portare al giudice inferiore una causa che, in sè considerata, apparterrebbe per valore alla competenza del giudice superiore: ciò può accadere per la causa accessoria, che può esser proposta al giudice competente per la causa principale « anche se eccede la sua competenza per valore, qualora la « competenza per valore sia determinata per ragioni di materia » (art. 31 secondo comma: es.: dinanzi al pretore competente per ragioni di materia a decidere sull'azione possessoria si può proporre la domanda accessoria di risarcimento dei danni derivanti dalla violazione del pos-

sesso, anche se superino le diecimila lire) (1); e per la causa di garanzia, che si può proporre dinanzi al giudice competente per la causa principale « anche se eccede la sua competenza per valore » (articolo 32) (2).

In quanto alla competenza oggettiva per materia ed a quella funzionale per grado, nessuna modificazione è ammessa per ragioni di connessione: qualunque sia il vincolo di connessione che ricollega due o più cause tra loro, non è dato riunirle dinanzi allo stesso giudice se esse appartengono per materia a due giudici diversi, o se pendono in diverso grado (3).

Modificazioni della competenza per materia e funzionale.

Diverso è il caso quando, invece che di connessione tra cause diverse si tratta di cause totalmente o parzialmente identiche (litispendenza o continenza). Qui la pluralità delle cause è mera apparenza: in realtà la causa è una sola, ed è quindi naturale che l'apparente duplicato sia riassorbito nell'unica causa pendente dinanzi al giudice preventivamente adito, qualunque sia lo stato e grado in cui si trovano i due processi (art. 39). Lo stesso vale anche per la continenza (art. 39 secondo comma): la causa contenente riassorbe in sè la causa contenuta senza che possa impedirlo il fatto che la prima pende in grado diverso dalla seconda (se la causa contenente è già in appello, attrae la causa contenuta anche se pendente in primo grado) (4).

E finalmente, prima di lasciar questo argomento, è opportuno far menzione di un caso tipico in cui la connessione prevale anche sulla competenza per materia: è il caso dell'azione civile per le restituzioni e il risarcimento del danno (art. 185 C.p.) che la persona danneggiata dal reato può esercitare, costituendosi parte civile, nel procedimento penale (art. 22-23 C.p.p.). Qui a fianco dell'azione penale esercitata dal

---

(1) Redenti, *Trattato*, II, n. 79.

(2) Redenti, op. cit., pag. 222-223.

(3) Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, nn. 107 e 108, pag. 277 e segg. L'art. 34, secondo il quale la causa principale è attirata dalla causa pregiudiziale quando questa « appartiene *per materia* o valore alla competenza di un giudice superiore », presuppone che il giudice superiore sia competente per materia anche sulla causa principale (per es. se in una causa relativa al pagamento di un credito che per valore appartiene al pretore, sorgesse una causa pregiudiziale sulla cittadinanza dell'attore, che appartiene per materia al tribunale, art. 9); ma se la causa principale appartenesse a sua volta al giudice inferiore per ragioni di materia (perchè, poniamo, si trattasse di una causa possessoria, art. 8, n. 1), in tal caso la pregiudiziale appartenente per ragioni di materia al tribunale non potrebbe attirare allo stesso giudice la causa principale, e le due cause dovrebbero rimanere separate (art. 295). Analogo ragionamento si può ripetere per la riconvenzione (art. 36).

(4) *Contra* Andrioli, *Comm.*, I, art. 39, n. VII, partendo dalla premessa, secondo me inesatta, che la continenza sia un caso di connessione.

pubblico ministero contro l'imputato, si innesta nello stesso processo l'azione civile esercitata dal privato danneggiato contro l'obbligato al risarcimento e contro le persone che a norma delle leggi civili debbono rispondere per il fatto di lui (art. 2043 e segg. C.c.): è un caso speciale di cumulo di azioni, connesse tra loro per una ragione soggettiva (l'identità della persona contro cui sono dirette: l'imputato, che il p. m. persegue come autore del reato, e il danneggiato persegue come autore del fatto dannoso civilmente illecito) e per una ragione oggettiva (l'identità del fatto, che la norma penale considera come punibile e la norma civile come fonte di responsabilità civile). La persona danneggiata dal reato, può se vuole, proporre l'azione per il risarcimento e per le restituzioni separatamente dinanzi al giudice civile competente per materia; ma in tal caso deve attendere a proporla (e se l'ha già proposta, il giudizio civile è sospeso secondo l'art. 3 C.p.p. e 295 C.p.c.) fino a che il giudice penale non abbia deciso sull'azione penale (art. 24 comma secondo C.p.p.). Se invece preferisce inserirla nel processo penale nel modo che si è detto, qui si verifica eccezionalmente uno spostamento per connessione della competenza per materia, nel senso che il giudice penale diviene competente, in pendenza del processo penale, a decidere su una causa civile (1).

L'azione civile nel processo penale.

§ 99. — Poteri del giudice e delle parti a garanzia dell'osservanza delle regole di giurisdizione e di competenza.

Dopo aver visto quali sono le regole della competenza, si deve ora dire brevemente dei mezzi istituiti dalla legge processuale per garantirne l'osservanza. Che cosa avviene se l'attore propone una causa dinanzi a un giudice diverso da quello che la legge stabilisce? Quali rimedi ha la parte che si trova convenuta dinanzi a un fòro che non è quello a cui la legge le dà diritto? Quali poteri ha il giudice investito di una causa sulla quale si accorge di essere incompetente?

Per rispondere a queste domande si potrebbero astrattamente concepire diversi sistemi: si potrebbe pensare un ordinamento processuale così rigorosamente sollecito dell'osservanza delle regole di competenza, che desse in ogni caso al giudice il potere-dovere di verificare di propria iniziativa l'osservanza delle norme di competenza, e di dichiararsi incompetente a decider sul merito della causa quando si accorgesse che queste non sono state osservate (incompetenza *rilevabile d'ufficio*); si potrebbe viceversa all'estremo opposto pensare un sistema che affidasse il controllo sulla competenza unicamente all'iniziativa delle parti, colla conseguenza che quando l'attore promuove

Incompetenza rilevabile d'ufficio o su istanza di parte.

(1) Cfr. Chiovenda, *Istituzioni*, II, n. 170.

una causa dinanzi a un giudice incompetente e il convenuto si astiene dal rilevare l'incompetenza, cioè dal sollevare l'*eccezione di incompetenza,* il giudice non possa rifiutarsi di decidere il merito (incompetenza *rilevabile su istanza di parte*). Sotto un altro punto di vista questo potere delle parti o del giudice di rilevare la incompetenza può astrattamente concepirsi o come esercitabile durante tutto il corso del processo, ovvero come esercitabile soltanto in uno stadio preliminare (*in limite litis*), decorso il quale, senza che la incompetenza sia stata rilevata, il potere si estingua per *preclusione* (§ 56).

La nostra legge adopra un sistema misto, in cui questi diversi principi si trovano contemperati e graduati secondo la diversa importanza dei criteri su cui si fondano le regole di competenza: le quali, come non presentano sempre la stessa resistenza alla volontà derogativa delle parti o alle modificazioni rese opportune da ragioni di connessione, così secondo i casi reagiscono in maniera diversa alla inosservanza. La contrapposizione tra competenza *relativa* e competenza *assoluta* non riguarda dunque soltanto il diverso comportamento delle norme di competenza di fronte alle deroghe convenzionali (§ 97). La competenza relativa non si distingue solamente per la sua derogabilità, ma anche perchè essa è modificabile per ragioni di connessione ed anche perchè la inosservanza delle regole che la riguardano non può esser rilevata se non su richiesta di parte; come viceversa, per aver un quadro compiuto dei caratteri della competenza assoluta, non basta dire ch'essa è inderogabile, ma bisogna aggiungere ch'essa non può esser modificata per ragioni di connessione e che la sua inosservanza può sempre essere rilevata d'ufficio: caratteri concomitanti, i quali concorrono tutti quanti ad esprimere la diversa importanza che hanno, sotto il profilo dell'interesse pubblico, i varî tipi di competenza.

Sistema misto della nostra legge.

Questa distinzione tra competenza assoluta e relativa era abbastanza semplice sotto il Codice del 1865; il quale, per garantire la osservanza delle regole di competenza, contrapponeva ai casi in cui « l'eccezione di incompetenza... può essere proposta in qualunque sta- « to e grado della causa; l'autorità giudiziaria deve pronunciarla di « ufficio », i casi in cui « l'eccezione di incompetenza deve esser pro- « posta prima di ogni altra istanza o difesa, nè si può pronunziare « d'ufficio » (art. 187).

Nel nuovo Codice le cose sono più complicate: tra i due estremi della competenza assoluta e di quella relativa è stato considerato un caso intermedio, nel quale la competenza ha per un verso i caratteri della competenza assoluta (in quanto la sua inosservanza può essere rilevata d'ufficio), e per un altro quelli della competenza relativa (in quanto i poteri del giudice di rilevarla d'ufficio sono soggetti a preclusione).

« Il momento preclusivo delle eccezioni di incompetenza — si legge nella *Rel.* GRANDI, n. 26 — . . . è stabilito distinguendo la incompetenza non più nei due tipi tradizionali che corrispondevano alle denominazioni di assoluta e relativa, ma in tre tipi: la incompetenza per materia e quella territoriale determinata da speciali ragioni d'ordine pubblico, la quale può esser rilevata, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo; la incompetenza per valore, la quale può essere rilevata anche d'ufficio in ogni momento del giudizio di primo grado; e la ordinaria incompetenza per territorio, la quale può essere eccepita soltanto nella comparsa di risposta o in generale nel primo atto difensivo. In questo modo la incompetenza per valore è ravvicinata, per quello che riguarda le impugnazioni, alla incompetenza per territorio... ».

Competenza assoluta e competenza relativa: tipo intermedio introdotto dal nuovo Codice.

Esaminiamo schematicamente, in relazione non solo alla incompetenza ma anche al difetto di giurisdizione, questa tripartizione introdotta dal nuovo Codice.

Incompetenza assoluta:

a) In certi casi (corrispondenti al concetto tradizionale della competenza *assoluta*) il difetto di giurisdizione o la incompetenza possono essere rilevati « anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo », (art. 37, 38, 39): ciò significa che, quand'anche il difetto di giurisdizione o di competenza non sia eccepito dalle parti, il giudice può e deve rilevarlo di propria iniziativa; e che il potere delle parti di eccepire questo difetto, e il dovere del giudice di rilevarlo d'ufficio restano in vita per tutto il corso del processo, senza essere soggetti a *preclusione*. Ciò vale: per « il difetto di giurisdizione del giudice « ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici « speciali » (art. 37 primo comma); per « il difetto di giurisdizione del « giudice italiano nei confronti dello straniero... relativamente alle cau- « se che hanno per oggetto beni immobili situati all'estero », ovvero « in ogni altro caso... se il convenuto è contumace » (art. 37 secondo comma); per l'incompetenza per materia e per quella territoriale inderogabile (art. 38 primo comma: cfr. art. 28), nonchè per quella funzionale per grado; per la litispendenza (e per la continenza) che può essere dichiarata « in qualunque stato e grado del processo, anche « d'ufficio » (art. 39).

ART. 37, 38, 39.

Competenza di tipo intermedio (per valore)

b) In altri casi (che stanno in una zona intermedia tra la competenza assoluta e quella relativa) la incompetenza può essere eccepita dalle parti o rilevata d'ufficio, ma solo fino a che non sia decorsa una certa fase del processo: questo aver assoggettato a preclusione non solo l'eccezione di parte ma anche il rilievo d'ufficio è una innovazione del Codice (1). Ciò vale per l'incompetenza per valore la qua-

(1) Cfr. Relaz. GRANDI, n. 26; GIONFRIDA, op. cit., pag. 417.

le « può esser rilevata anche d'ufficio, in ogni momento del giudizio « di *primo grado* » (art. 38 secondo comma); terminato il giudizio di primo grado, la incompetenza per valore del primo giudice non può più essere nè eccepita dalle parti, nè rilevata dal giudice nei gradi successivi. Lo stesso può valere anche per la connessione; la quale (mentre per l'art. 188 del C.p.c. 1865, poteva esser soltanto eccepita dalle parti, ma « in qualunque stato o grado della causa ») può viceversa, per il nuovo Codice, essere rilevata *anche d'ufficio* (1), ma purchè questo non avvenga « dopo la prima udienza » (art. 40; cfr. articolo 183). ART. 38, 40

c) E finalmente in altri casi (corrispondenti al concetto tradizionale della competenza relativa), la incompetenza può esser fatta valere soltanto in via di eccezione dalle parti, e non mai rilevata d'ufficio dal giudice; e la facoltà di eccezione dev'essere esercitata *in limite litis*, altrimenti è soggetta a preclusione. Ciò vale per l'incompetenza per territorio (in quanto si intende, si tratti di fòro *esclusivo*) la quale, fuori dei casi previsti dall'art. 28 (competenza territoriale inderogabile) « può essere eccepita soltanto nella comparsa di risposta, o, in generale, nel primo atto difensivo del giudizio di primo « grado » (art. 38 terzo comma: cfr. art. 167). Un trattamento simile all'incompetenza per territorio derogabile ha il difetto di giurisdizione del giudice italiano nei confronti dello straniero, quando il convenuto è costituito: in tale ipotesi (a meno che si tratti di causa che abbia per oggetto beni immobili situati all'estero, nel qual caso il difetto di giurisdizione è sempre rilevabile d'ufficio, come già si è visto *sub a*) il difetto di giurisdizione « può esser rilevato soltanto dal convenuto costituito, che non abbia accettato espressamente o tacitamente la giurisdizione italiana » (art. 37 secondo comma). L'articolo non aggiunge che il difetto di giurisdizione debba dal convenuto costituito essere eccepito *in limine litis;* ma ciò è implicito, perchè se il convenuto costituito si difende in merito senza eccepire il difetto di giurisdizione, ciò basta a costituire quella accettazione della giurisdizione italiana (art. 4, n. 1) che preclude l'eccezione (2). A differenza della eccezione di incompetenza per territorio, questa di difetto di giurisdizione può in certi casi proporsi anche dopo la chiusura del giudizio di primo grado, perchè se il convenuto si costituisce solo in un grado successivo al primo, potrà ugualmente eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo successivo alla costituzione. *Competenza relativa:* ART. 38.

A complemento delle norme sopra riepilogate si posson fare tre osservazioni:

(1) Cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 273.
(2) Cfr. REDENTI, *Trattato*, II, n. 26.

1) che in tema di connessione, le parti, anche se sollevano tempestivamente (*sub b*) la eccezione di incompetenza, non hanno diritto a che il giudice ordini la rimessione della causa connessa a quello della causa principale o a quello preventivamente adito, potendo avvenire invece che il giudice, pur riconoscendo l'esistenza della connessione, ritenga però discrezionalmente che « lo stato della causa princi- « pale o preventivamente proposta non consenta l'esauriente trattazione « e decisione delle cause connesse » (art. 40 secondo comma);

2) che in tema di competenza territoriale derogabile, se il convenuto non solleva tempestivamente la eccezione di incompetenza, si produce a favore del giudice adito quella che si suol chiamare *deroga tacita* alla competenza, con effetti simili a quelli che si produrrebbero se le parti si fossero preventivamente messe d'accordo per adire quel giudice in deroga alle disposizioni della competenza ordinaria (cfr. § 97, II, 2);

3) che effetti analoghi a quelli di una deroga convenzionale si producono anche quando, essendo stata sollevata dal convenuto l'eccezione di incompetenza per territorio accompagnata dall'indicazione del giudice che la parte ritiene competente (in mancanza di che l'eccezione « si ha per non proposta »), le altre parti aderiscono a tale indicazione: in tal caso, la competenza del giudice indicato rimane convenzionalmente ferma, anche se questa indicazione è fatta in deroga alle regole della competenza ordinaria (art. 38 secondo comma). Si deve notare però che questa deroga convenzionale alla competenza vale soltanto « se la causa è riassunta entro tre mesi dalla cancellazione dal ruolo » dinanzi al giudice indicato come competente; se ciò non avviene e il processo si estingue, l'accordo delle parti non vale per i processi futuri. E lo stesso si può dire per l'ipotesi vista *sub* 2.

§ 100 — Decisioni sulla giurisdizione e sulla competenza: effetti e rimedi.

Semplificazioni delle questioni di competenza.

Dalle disposizioni finora illustrate è facile rilevare come il nuovo Codice abbia cercato di semplificare e di abbreviare *in limite litis* le questioni di competenza: « di tutte le questioni pregiudiziali che si « possono presentare sulla soglia del processo — dice la rel. Grandi, n. 26 — il Codice ha curato con particolare attenzione la disciplina « delle questioni di competenza, inesausta fonte, nel processo finora « in vigore, di complicazioni e di speculazioni dilatorie ». Questa cura ci è già apparsa evidente in quelle disposizioni che dettano criteri sbrigativi per calcolare il valore delle cause agli effetti della competenza (§ 91), e soprattutto in quelle che, restringendo entro i termini preclusivi la rilevabilità di certe categorie di incompetenza (§ 99), di-

mostrano che il legislatore, piuttosto che lasciare il processo per tutto il suo corso sotto il pericolo di una dichiarazione di incompetenza che all'ultimo momento costringa le parti a ricominciarlo da capo, preferisce che a un certo punto la incompetenza si sani e che il processo si consolidi dinanzi al giudice incompetente, senza che sia più ammessa alcuna discussione sulla sua competenza.

Senonchè, sia pur col rispetto di queste cautele, le questioni di competenza non si eliminano: alcune di esse, quelle relative alla competenza inderogabile, rimangono proponibili in qualunque stato e grado del giudizio; per le altre, la fissazione di un termine preclusivo avrà l'effetto di farle affiorare fin dall'inizio del processo, ma, una volta tempestivamente proposte, costituiranno anch'esse un peso che accompagnerà il processo di grado in grado, e che, se la decisione di esse potrà essere ripresa in esame, come quella di tutte le altre questioni pregiudiziali, nelle fasi di impugnazione, potrà all'ultimo momento trascinare nel nulla tutta la trattazione del merito compiuta dinanzi a giudici, di cui solo alla fine sia riconosciuta la iniziale incompetenza.

Decisione separata delle questioni di giurisdizione e di competenza.

Per cercare di ridurre quanto più possibile tali pericoli, il nuovo Codice ha cercato di isolare la decisione della questione di competenza (e, in certa misura, anche quella di giurisdizione) separandola da tutte le altre questioni, di procedura o di merito, che possono sorgere in un processo, in modo da ottenere che, quando la questione è sollevata tempestivamente o anche quando si tratta di questione proponibile in ogni stato e grado, la decisione irrevocabile di essa possa esser raggiunta indipendentemente dalla decisione di merito; sicchè, anche prima che si formi il giudicato sul merito, sia intanto irrevocabilmente stabilito qual è il giudice che deve decidere sul medesimo. Esaminiamo attraverso quali mezzi pratici può avvenire questa decisione separata nel corso del processo delle questioni di giurisdizione e di competenza.

I. — Le questioni sulla giurisdizione e sulla competenza sono questioni attinenti al processo e non al merito (art. 187 terzo comma), ossia questioni attinenti a un presupposto processuale (§ 48). Ora, in tema di presupposti processuali, regola fondamentale, di ragione intuitiva, è questa: che ogni giudice ha competenza a decidere sui presupposti processuali attinenti al processo instaurato dinanzi a lui, e che queste decisioni non vincolano gli altri giudici dinanzi ai quali sia instaurato, sulla stessa causa, un diverso processo. Mentre, come si vedrà, il passaggio in giudicato della decisione di merito importa che sulla stessa causa non si possa più tornare a discutere dinanzi ad alcun altro giudice (cosa giudicata in senso sostanziale, art. 2901 C.c.), le decisioni sui presupposti processuali « riguardando *un rapporto che*

si consuma nel processo stesso, limitano il loro effetto al rapporto processuale per cui sono emanate, e non vincolano il giudice nei processi futuri » (1): mentre il rapporto sostanziale di merito, anche se portato dinanzi a giudici diversi, rimane lo stesso, sicchè l'accertamento una volta formatosi sul medesimo vale ugualmente per tutti i giudici dinanzi ai quali la stessa causa possa essere successivamente riproposta, per ogni processo che si inizia dinanzi a un giudice sorge un rapporto processuale *nuovo,* i cui presupposti debbono essere esaminati *ex novo* da quel giudice, anche se sulla stessa causa si è già svolto dinanzi a un giudice diverso un altro processo. Questo principio si trova particolarmente messo in evidenza dalla dottrina a proposito della competenza: ogni giudice ha competenza a decidere sulla propria competenza (la cosiddetta *Kompetenz - Kompetenz* dei tedeschi) (2) il che significa, per reciprocità, che la decisione con cui un giudice abbia affermato o negato la propria competenza, negando insieme o affermando la competenza di un altro giudice, non può vincolare quest'altro giudice, il quale, quando farà per conto suo l'esame dei presupposti processuali, e quindi anche delle questioni di competenza attinenti *al suo processo,* non sarà vincolato dalla precedente decisione, che riguarda un rapporto processuale diverso.

Principio secondo il quale ogni giudice è competente a decidere sulla propria competenza.

E' facile peraltro intendere come il principio secondo il quale ogni giudice ha competenza a decidere sui presupposti processuali del processo instaurato dinanzi a lui possa dar luogo, in tema di giurisdizione c di competenza, a gravi inconvenienti pratici. La decisione sulla giurisdizione e sulla competenza, infatti, anche se si presenta giuridicamente come attinente a un presupposto processuale e quindi a far sentire i suoi effetti soltanto nella cerchia di quel processo, logicamente è una decisione che tocca anche gli altri giudici: se il giudice si dichiara privo di giurisdizione perché quella causa non può essere proposta « davanti ai giudici del Regno » (art. 4) viene con ciò logicamente a negare su quella causa non soltanto la propria giurisdizione ma altresì quella di tutti gli altri « giudici del Regno »: e quando il giudice si dichiara competente, viene con ciò stesso a risolvere una relazione di repartizione di uffici tra sè e gli altri giudici, dei quali tutti egli nega la competenza nello stesso tempo in cui afferma la propria, o tra i quali viceversa, quando egli si dichiara incompetente, egli ravvisa il giudice che sarebbe competente in luogo suo su quella causa. Ma questa estensione logica ad altri giudici della

---

(1) Chiovenda, *Istituzioni,* I, pag. 345.

(2) Chiovenda, *Istituzioni,* II, n. 172, *d*; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.,* I, n. 56, pag. 238.

decisione sulla giurisdizione o sulla competenza urta contro la sua limitata efficacia giuridica: per cui potrà accadere che, pur avendo dichiarato il giudice A di non poter decidere la causa proposta innanzi a lui contro un convenuto straniero poichè essa non rientra, a suo avviso, nella giurisdizione dei « giudici del Regno », si trovi poi un giudice B che la decida, perchè, rifacendo *ex novo* l'esame dei presupposti relativi al processo instaurato innanzi a lui, tra i quali è quello della giurisdizione sua propria, ritenga invece che quella causa rientra tra quelle su cui i « giudici del Regno » hanno in genere giurisdizione. E così potrà accadere altresì, in tema di competenza, che su una causa proposta dinanzi al giudice A, questi si sia dichiarato incompetente ritenendo che la competenza su di essa spetti al giudice B; e che successivamente, proposta la stessa causa al giudice B, questi a sua volta si dichiari incompetente ritenendo che la competenza spetti al giudice A...

Restrizioni di tale principio.

Orbene: per attenuare gli inconvenienti derivanti da questa possibilità di dispareri, il nuovo Codice, come spiega la relazione GRANDI (n. 26, *b*) « ha notevolmente ristretto l'ambito del principio tradizio- « nale... secondo il quale ad ogni giudice dovrebbe essere riservata « in maniera esclusiva la competenza a decidere sulla propria compe- « tenza; e si è adottato... il principio, accolto in altre legislazioni e me- « glio rispondente all'idea moderna della unità della giurisdizione, se- « condo il quale la decisione passata in giudicato con cui il giudice « primo adito si dichiara incompetente e designa come competente « un altro giudice, è, in certi casi, vincolante per il giudice dinanzi al « quale le parti sono rimesse per la continuazione del processo ».

La innovazione consiste dunque in ciò: che in certi casi non è più vero il principio secondo il quale ogni giudice ha competenza sulla propria competenza, mentre è vero, al contrario, che la decisione sulla competenza pronunciata da un giudice vincola gli altri giudici, in quanto toglie agli altri giudici il potere di decidere diversamente la stessa questione di competenza sulla medesima causa: con che si arriva praticamente alla conseguenza pratica che il primo giudice è competente a decidere sulla competenza del secondo, mentre il secondo non è più competente a decidere sulla competenza propria. La decisione del giudice che si dichiara incompetente non ha dunque una efficacia meramente negativa della competenza propria, ma anche un'efficacia positiva di designazione del giudice competente: e a tale effetto sono preordinate le norme dell'art. 38, secondo il quale l'eccezione di incompetenza si ha per non proposta se non contiene l'indicazione del giudice che la parte ritiene competente, e dell'art. 44, secondo il quale la sentenza che pronuncia sulla competenza deve sempre indicare il giudice competente.

Casi in cui la decisione sulla competenza è vincolante.

Ma questa innovazione (che non si estende in alcun caso alle pronuncie dei Conciliatori, art. 46) è stata adottata con certi temperamenti.

ART. 44.

a) Un primo limite è costituito dalla natura della competenza di cui si discute: affinchè la decisione sulla competenza pronunciata dal primo giudice sia vincolante per il secondo (« la sentenza che... « dichiara l'incompetenza del giudice che l'ha pronunciata, se non è « impugnata con l'istanza di regolamento *rende incontestabile l'incom-* « *petenza dichiarata e la competenza del giudice in essa indicato...* », art. 44), occorre che si tratti di competenza territoriale derogabile, o di competenza per valore; ovvero di competenza per litispendenza, continenza o connessione (art. 44, in relazione anche agli artt. 39 e 40); se viceversa si tratta « di incompetenza per materia, o di incompeten- « za per territorio nei casi previsti nell'art. 28 » (art. 44) la decisione, anche se non più impugnabile (1), non vincola gli altri giudici, e rimane in vigore il principio tradizionale (coi temperamenti, che vedremo più avanti, stabiliti dall'art. 45).

ART. 39, 40, 50, 310.

b) Un secondo limite è costituito dal carattere temporaneo e condizionato del vincolo che la prima decisione sulla competenza ha nei confronti del secondo giudice: infatti la sentenza che pronuncia sulla competenza, anche a norma degli art. 39 e 40 (cioè anche la sentenza che, riconosciuta la continenza o la connessione, fissa un termine per la riassunzione) ha, per l'art. 44, efficacia vincolante solamente se, nel termine fissato nella stessa sentenza o in quello di tre mesi dalla comunicazione della medesima (art. 133 e 136), la causa sia riassunta dinanzi al nuovo giudice in essa indicato. « Se la riassunzione non « avviene nei termini su indicati, il processo si estingue » (art. 50) e con esso la decisione sulla competenza perde ogni efficacia (art. 310), colla conseguenza che, volendosi poi iniziare sulla stessa causa un processo *ex novo,* il giudice dinanzi al quale la causa sarà riproposta in un nuovo processo non sarà più vincolato dalla precedente decisione sulla competenza (la quale decisione in tal caso non vincolerà neanche lo stesso giudice che l'ha pronunciata, qualora, dopo l'estinzione del primo processo, la stessa causa sia riproposta a lui). Queste disposizioni confermano come il rapporto processuale, una volta instaurato dinanzi a un giudice, non si estingua per il fatto che questi si riconosca incompetente, ma possa continuare senza perdere la propria individualità dinanzi al nuovo giudice indicato come competente, purchè la riassunzione avvenga nel termine prescritto: come il processo

---

(1) ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 113, *b*, pag. 280; *contra* GIONFRIDA, op. cit., pag. 422.

rimane lo stesso nei diversi gradi nonostante che mutino gli organi dinanzi ai quali esso si svolge, così non perde la sua continuità per questa *trasmigrazione* (*translatio iudicii*) dal giudice incompetente a quello competente (1). Se si riflette a ciò, appare evidente che non c'è bisogno, per spiegare l'efficacia vincolante che ha di fronte al secondo giudice la decisione sulla competenza pronunciata dal primo, di fondare tale efficacia sull'accordo delle parti (2): si tratta semplicemente di una preclusione, colla quale la legge riesce ad evitare, repartendo il lavoro tra i varî organi attraverso i quali passa la causa, che in una fase successiva dello stesso processo un secondo giudice torni ad esaminare la questione di competenza già decisa dal primo. Sicchè non c'è neanche bisogno di riconoscere qui un caso eccezionale di preclusione operante *fuori del processo* ov'essa si produce: dato che la tempestiva riassunzione del processo dinanzi al giudice dichiarato competente dà luogo, come si è detto, a una continuazione dello stesso processo, la preclusione conserva anche qui il suo carattere normale di operare, anche se difronte a un giudice diverso, sempre nell'ambito dello stesso processo.

Tutto quello che si è detto sotto *a*) e sotto *b*), riguarda le questioni di competenza, non le questioni di giurisdizione: per esse rimane intatto il principio che ogni giudice ha competenza a decidere sulla propria giurisdizione e non rimane vincolato (salvo quanto si dirà sub II) dalla decisione che in proposito sia stata presa da un giudice diverso.

II) Le cautele esaminate finora contribuiscono utilmente ad affrettare e semplificare, nei casi previsti dagli art. 38 e 44, le questioni di competenza; ma tali semplificazioni non giovano, come si è detto, quando si tratta di questioni di giurisdizione o anche di questioni di competenza inderogabili, per le quali, rimanendo intatto il principio che la decisione del primo giudice non vincola il secondo, può accadere che il secondo dia alla questione una soluzione perfettamente opposta a quella data dal primo, con tutti gli inconvenienti pratici che da tale contrasto di decisioni possono derivare. D'altra parte, anche nei casi previsti dagli art. 38 e 44, non è detto che la questione di competenza, decisa dal primo giudice con efficacia vincolante per il secondo, rimanga in ogni caso definitivamente preclusa; perchè, come si è visto (sub I, *b*), se la causa non è riassunta nel termine pre-

---

(1) Cfr. ANDRIOLI, *Comm.*, I, art. 34, II, art. 45, 2; GIONFRIDA, op. cit., pag. 36 e segg.; MENESTRINA, commento all'art. 50.

(2) In questo senso AZZARITI, scritto cit.; CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 496, il quale vede in questo caso, ch'egli ravvicina a quello dell'art. 38 ultima parte, un « regolamento convenzionale della competenza ».

scritto dinanzi al giudice dichiarato competente, la decisione sulla competenza cade, e può accadere di dover ricominciare da capo anche su questo punto.

Procedimenti per far decidere le questioni di giurisdizione e di competenza dalla corte di cassazione.

Per evitare ciò, il nuovo Codice ha predisposto un sistema di procedimenti, i quali, per diverse vie, mirano in sostanza a questo scopo comune: portare le questioni di giurisdizione o di competenza alla cognizione della suprema corte di cassazione, la quale, avendo tra le sue attribuzioni (art. 65 Ord. giud.) quella di assicurare «il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni» e di regolare «i conflitti di competenza e di attribuzione», è il solo organo in grado di risolvere siffatte questioni in maniera definitiva, con efficacia vincolante per tutti i giudici (art. 382).

Per arrivare ad investire la corte suprema di questo giudizio definitivo sulle questioni di giurisdizione e di competenza, si può in certi casi seguire la via più lunga delle impugnazioni ordinarie, fino a sboccare in un ricorso in cassazione per difetto di giurisdizione o per violazione delle norme sulla competenza (art. 360, nn. 1 e 2). Ma il Codice ha accolto speciali procedimenti sbrigativi per affrettare questo intervento risolutivo della corte di cassazione, permettendo che il giudizio di essa su tali questioni sia direttamente stimolato *per saltum*, cioè senza bisogno di passare attraverso i gradi intermedi. Non è questo il momento opportuno per dare di siffatti procedimenti una descrizione particolareggiata, che non potrebb'essere a pieno intelligibile prima di aver studiato il procedimento in generale e i mezzi di impugnazione; mi limito a dare su di essi alcune idee fondamentali, per integrare il quadro del sistema adottato dal nuovo Codice in tema di competenza e di giurisdizione.

ART. 42-50.

Le innovazioni da esso adottate non sono che trasformazioni ed ampliamenti di disposizioni già esistenti nelle leggi precedenti: gli art. 108-115 del C.p.c. 1865, che si intitolavano « *del modo di regolare la competenza fra i giudici e dei conflitti di giurisdizione* » (dai quali deriva il *regolamento di competenza* degli art. 42-50 del nuovo C.p.c.), e le disposizioni della l. 31 marzo 1877, n. 3701, « *sui conflitti di attribuzione* » (dalla quale deriva il *regolamento di giurisdizione* dell'art. 41 del nuovo Codice; cfr. anche art. 362).

a) Regolamento di competenza (1). Il Codice del 1865 riserbava questo istituto della risoluzione dei cosiddetti conflitti « di giurisdizione » (nella terminologia del nuovo Codice, si dovrebbero meglio denominare conflitti « di competenza ») che si potevano verificare quan-

(1) CARNELUTTI, *Istituzioni*, nn. 425 e segg.; AZZARITI, scritto cit., n. 5 e segg.; ANDRIOLI e MENESTRINA, nei rispettivi commenti agli art. 42 e segg.; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 278.

do la stessa causa o due cause tra loro connesse fossero contemporaneamente promosse dinanzi a due o più giudici ordinari (art. 108) o quando due o più giudici ordinari si fossero dichiarati competenti o incompetenti a decidere della stessa causa (art. 115); nel primo caso il conflitto di giurisdizioni era solo potenziale, o, come si diceva, *virtuale,* poichè il fatto che la stessa causa o più cause connesse fossero contemporaneamente pendenti dinanzi a più giudici, poteva portare in un momento successivo alla coesistenza di decisioni contraddittorie sulla stessa questione di competenza; nel secondo caso il conflitto era attuale, o, come si diceva, *reale* (e si denominava *positivo* quando tutti i giudici si fossero dichiarati competenti a decidere sulla medesima causa, o *negativo,* quando tutti si fossero dichiarati incompetenti); in casi siffatti, le parti potevano rivolgersi « all'autorità giudiziaria immediatamente superiore » (che poteva anche non essere la corte di cassazione) ai giudici tra i quali verteva il conflitto virtuale o reale, affinchè questa *regolasse la competenza,* ossia statuisse qual era il giudice competente a decidere sulla causa o sulle cause connesse (1).

Regolamento di competenza.

Il regolamento di competenza del nuovo Codice, anzichè a risolvere i conflitti (virtuali o reali) di competenza, mira a provocare sulla questione di competenza una decisione vincolante per tutti i giudici, la quale, designando in maniera indiscutibile qual è il giudice competente, elimini ogni possibilità di dispareri su questo punto, e quindi di conflitti. Il regolamento di competenza, osserva la rel. Grandi (n. 26), non è più « un mezzo riservato ai soli casi di conflitto, attuale o virtuale », ma « un mezzo di impugnazione, destinato a provocare direttamente dalla corte di cassazione, *omisso medio,* la decisione separata sulle questioni di competenza, che comunque siano sorte nel corso del giudizio. Non è necessaria, per esperimentare il regolamento, nè la coesistenza di due decisioni contraddittorie pronunciate sulla competenza da due giudici diversi, nè la pendenza dinanzi a giudici diversi di due cause identiche o connesse; basterà la pendenza di una sola causa e la pronuncia di una sola decisione sulla competenza... In questo modo la decisione definitiva di ogni questione di competenza può sempre esser raggiunta al massimo con due sentenze, la seconda delle quali, pronunciata sempre dalla corte di cassazione attraverso un procedimento straordinariamente rapido (art. 47), statuirà in ogni caso sulla competenza in modo vincolante (art. 49), con effetti che sopravviveranno anche alla eventuale estinzione del processo (art. 310 secondo comma) ».

Affinchè si possa esperimentare il regolamento di competenza è

---

(1) Cfr. Chiovenda, *Istituzioni,* II, n. 172 lett. *g.*

dunque in ogni caso indispensabile che sia già stata pronunciata da un giudice una decisione sulla competenza. « Si era pensato in un primo momento — chiarisce la rel. GRANDI — di stabilire che il regolamento di competenza potesse essere senz'altro esperimentato, anche prima della decisione, per il solo affacciarsi della questione di competenza, rimanendo senz'altro sospeso il processo in attesa che tale questione pregiudiziale fosse definitivamente decisa in sede di regolamento; ma poi si è ravvisato più naturale e più economico attendere che sulla questione di competenza fosse pronunciata una prima sentenza, senza imporre alle parti, che in molti casi preferiranno acquietarsi alle pronuncie del primo giudice, di ricorrere al regolamento di competenza quando esse non ne vedano la necessità. *Il regolamento di competenza, secondo il nuovo Codice, presuppone quindi una sentenza che abbia pronunciato sulla competenza...* ».

Regolamento necessario e regolamento facoltativo.

Ma il corso del procedimento è diverso secondo la natura di questa sentenza. La legge distingue tra il caso in cui tale sentenza abbia deciso la questione di competenza senza decidere il merito della causa (sentenza definitiva, se con essa il giudice nega la propria competenza, sentenza parziale se l'afferma: cfr. art. 279 commi secondo e terzo) e il caso in cui essa abbia « pronunciato sulla competenza insieme col merito » (nel qual caso si deve necessariamente trattare di sentenza con cui il giudice affermi la propria competenza): nel primo caso il regolamento di competenza è *necessario* (art. 42), nel senso che chi vuole impugnare tale sentenza può farlo soltanto col regolamento di competenza; nel secondo caso esso è *facoltativo* (art. 43), nel senso che chi vuole impugnarla può farlo o col regolamento di competenza (limitando la impugnazione alla sola questione di competenza) ovvero « nei modi ordinari, quando insieme con la pronuncia sulla competenza si impugna quella sul merito ». Le disposizioni degli art. 42 e 43 non si applicano nei giudizi davanti ai conciliatori, le cui sentenze sono sempre appellabili nei modi ordinari per difetto di giurisdizione o di competenza (art. 46; cfr. art. 339, ultimo comma).

ART. 42.
ART. 43.

Regolamento d'ufficio:

Ma vi è il caso del cosiddetto regolamento d'*ufficio* (art. 45), in cui il regolamento di competenza si potrebbe chiamare necessario a maggior ragione che nel caso dell'art. 42. Nel caso dell'art. 42 si tratta infatti soltanto di necessità finale, nel senso che la parte, se vuole impugnar questa decisione, non può servirsi d'altra impugnazione che del regolamento; ma può anche, se lo preferisce, astenersi dall'impugnarla. Viceversa, nel caso dell'art. 45, il regolamento è necessario in senso categorico, in quanto è il giudice che deve *d'ufficio* richiederlo anche se le parti non ne fanno domanda. Ciò avviene quando, in seguito alla sentenza che dichiara l'incompetenza del giudice adito per ragione di materia o di territorio inderogabile, la causa è riassunta da-

ART. 45.

vanti ad altro giudice nei termini di cui all'art. 50: qui, come già si è visto (retro, I, *a*), la decisione sulla competenza non è vincolante per il secondo giudice; ma se questi, riprendendo in esame la questione di competenza, si trova ad essere di avviso diverso da quello espresso dal primo giudice, deve d'ufficio richiedere il regolamento di competenza, affinchè il conflitto appena affiorante sia risolto dalla corte di cassazione. Questo è l'unico caso in cui può affacciarsi, nel sistema ora vigente, un conflitto di competenza (negativo) che la legge, col regolamento di ufficio, tronca sul nascere: di qualsiasi altra figura di conflitto di competenza virtuale o reale è esclusa, nel sistema vigente, perfino la possibilità.

Competenza della corte di cassazione sul regolamento.

Giudice del regolamento di competenza è in ogni caso, come si è detto, la corte di cassazione (art. 47), la cui decisione sulla competenza (sentenza di regolamento di competenza, art. 49) è vincolante per tutti i giudici, in modo da risolvere una volta per sempre, e non soltanto per il processo in corso, la questione di competenza relativa a quella causa. Se, infatti, dopo la sentenza di regolamento di competenza, la causa è riassunta, nel termine fissato dalla stessa sentenza o dalla legge (art. 50), dinanzi al giudice dichiarato competente, il processo continua davanti a questo giudice: ma anche se la riassunzione non avviene tempestivamente, e il processo si estingue, qui la efficacia vincolante della sentenza che regola la competenza sopravvive all'estinzione (art. 310, secondo comma). Non si tratta dunque di una preclusione operante nel corso dello stesso processo (quale deriva, secondo l'art. 44, dalle decisioni sulla competenza dei giudici inferiori, già esaminate sub I, *b*) ma di un vero e proprio giudicato sulla competenza, valevole per tutti i processi futuri sulla stessa causa.

ART. 47-49.

b) *Regolamento di giurisdizione* (1). Come attraverso il regolamento di competenza si mira a portare direttamente alla corte di cassazione la decisione delle questioni di competenza, così col regolamento di giurisdizione si mira a portare alla stessa corte suprema (ma sempre a sezioni unite: art. 41) le questioni di giurisdizione di cui all'art. 37, e cioè le questioni relative α) al « difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione » (§ 86); β) al « difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti... dei giudici speciali » (§ 87); γ) al « difetto di giurisdizione del giudice italiano nei confronti dello straniero » (§ 81).

Regolamento di giurisdizione.

ART. 37-41.

Questa affinità di scopi giustifica il parallelismo della denominazione; ma il procedimento del regolamento di giurisdizione differisce

(1) REDENTI, *Trattato*, nn. 32-46; BRACCI, scritto cit.; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 50; CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 423; MENESTRINA, commento all'art. 41, pag. 216 e segg.

notevolmente da quello di competenza. Mentre il regolamento di competenza non può essere esperimentato altro che quando sia stata pronunciata una prima sentenza sulla competenza ed in via di impugnazione della medesima, il regolamento di giurisdizione, nelle forme che a suo tempo vedremo (art. 364 e segg.), ha carattere *preventivo* (1), in quanto può essere chiesto dalle parti (non solo dalla pubblica amministrazione che sia parte in causa, come avveniva per l'art. 1 della l. 31 marzo 1877 n. 3761, ma da qualsiasi parte) soltanto « finchè la causa non sia decisa nel merito in primo grado » (art. 41): una volta intervenuta cosiffatta decisione, la questione di giurisdizione non può più arrivare alla corte di cassazione se non attraverso la trafila ordinaria delle impugnazioni (art. 360, n. 1; art. 362). Una eccezione è fatta però per la pubblica amministrazione « che non è parte in causa », la quale, per mezzo del prefetto (art. 368) « può chiedere in ogni stato e grado del processo che sia dichiarato dalle sezioni unite della corte di cassazione il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a causa dei poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione stessa [art. 37, ipotesi *sub* α] finchè la giurisdizione non sia stata affermata con sentenza passata in giudicato » (art. 41 secondo comma).

Suo carattere preventivo:

ART. 41.

A differenza del regolamento di competenza, il regolamento di giurisdizione non esclude che si verifichino diversità di giudizio tra la pubblica amministrazione e il giudice ordinario intorno ai limiti del controllo giurisdizionale sull'attività dell'amministrazione; ovvero tra giudici speciali o tra questi e i giudici ordinari, intorno ai limiti delle rispettive competenze per materia (che nel nostro sistema sono considerati, come già si è visto, limiti di giurisdizione). In tali ipotesi l'ufficio di risolvere tali conflitti (denominati « conflitti di attribuzione » nel primo caso, e « conflitti di giurisdizione » nel secondo: art. 362) è demandato alle sezioni unite della corte di cassazione (art. 374); e cioè « in ogni tempo » (art. 362 secondo comma), ossia anche quando si verifichi un conflitto reale tra sentenze *già passate in giudicato*. La corte di cassazione può dunque essere investita della questione di giurisdizione in tre modi diversi: o in via di regolamento di giurisdizione, chiesto preventivamente dalle parti in causa, ovvero « in ogni stato e grado del processo » dall'amministrazione che non è parte in causa (art. 41); in via di ordinario ricorso in cassazione contro la sentenza del giudice ordinario (art. 360, n. 1), o dei giudici speciali (art. 362); ovvero in via di risoluzione dei conflitti di attribuzione e di giurisdizione (art. 362 secondo comma). In tutti questi casi la cassazione a sezioni unite risolve definitivamente la questione di giurisdizione sta-

Conflitti di giurisdizione e conflitti di attribuzione.

ART. 362.

ART. 382.

---

(1) BRACCI, scritto cit. n. 16.

tuendo sulla medesima e determinando quando occorre il giudice competente (art. 382): e la sua decisione, che ha efficacia vincolante per tutti i giudici, costituisce giudicato sulla giurisdizione.

Non è possibile qui addentrarci nelle molteplici e non sempre facili questioni a cui aprono il varco queste disposizioni del nuovo Codice sul regolamento di giurisdizione e sui conflitti, di cui la dottrina ha già rilevato le lacune (1); ma non mancheranno le occasioni di tornarvi a suo luogo, specialmente quando parleremo dei mezzi di impugnazione.

---

(1) Cfr. specialmente Bracci e Redenti, nei luoghi citati alla nota 1 di pagina 395.

TITOLO SECONDO

GLI AUSILIARI

SOMMARIO. — § 101. - Nozioni generali. — § 102. - *a*) L'incarico giudiziario. — § 103. - *b*) Il servizio giudiziario. — § 104. - *c*) L'arbitrato. — § 105. - *d*) Cooperazione alla giustizia di organi non giurisdizionali.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE: CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 159; ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici* (Milano, 1920); JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pag. 179-193.

§ 101. — NOZIONI GENERALI.

Nel libro I del Codice, tra gli articoli dedicati agli *organi giudiziari* in senso proprio (il *giudice*, il *cancelliere* e l'*ufficiale giudiziario*, art. 1-60), e quelli dedicati al *pubblico ministero*, alle *parti* e ai *loro difensori* (art. 69-98), si trovano inserite alcune disposizioni costituenti il capo III del tit. I (art. 61-68) che si intitolano « *del consulente tecnico, del custode e degli altri ausiliari del giudice* ».

ART. 61-68.

Da questa intitolazione si apprende dunque che, tra gli organi giudiziari e le parti, il Codice considera un *tertium genus* di persone, che esso denomina « ausiliari » (1) di cui non dà alcuna definizione, ma tra i quali espressamente ricorda il consulente tecnico (art. 61), il custode (art. 65), gli « esperti in una determinata arte o professione », il notaio, la forza pubblica (art. 68) (2).

Ausiliari.

Per tracciare l'ambito di questa categoria alquanto eterogenea, è più agevole procedere in via negativa, per esclusione: ausiliari sono

---

(1) Questa denominazione non era nel vecchio Codice; ma già sotto di esso la dottrina parlava di « persone ausiliari » (CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 159).

(2) La legge sull'Ord. giud., art. 4 ultimo comma denomina gli ufficiali giudiziari « ausiliari dell'ordine giudiziario »; ma l'espressione è adoperata in senso diverso da quello in cui la usa il Codice.

quelle persone od uffici che, non essendo nè componenti degli organi giudiziari, nè parti in causa, coadiuvano gli organi giudiziari (di regola il giudice; ma anche, in certi casi, il cancelliere o gli ufficiali giudiziari, art. 68) al compimento delle funzioni di giustizia. Si devono dunque escludere dalla categoria degli ausiliari quelle persone che l'art. 4 dell'Ord. giud. denomina *magistrati onorari* (« i giudici conciliatori, i vice conciliatori, i vice pretori, gli esperti del tribunale e della sezione di corte d'appello per i minorenni ed inoltre, gli assessori della corte di assise e gli esperti della magistratura del lavoro *nell'esercizio delle loro funzioni giudiziarie* ») i quali non coadiuvano gli organi giudiziari, ma concorrono essi stessi, nel momento in cui esercitano le loro funzioni, a costituire questi organi; e si devono escludere altresì, insieme colle parti, i loro difensori e consulenti, i quali, pur cooperando colla loro attività al miglior funzionamento della giustizia, sono posti immediatamente a servizio delle parti in modo che la loro funzione non può essere a pieno intesa se non sia posta in relazione coi fini individuali che quelle perseguono nel processo.

Contenuto di questa categoria.

A questo gruppo degli ausiliari di giustizia, dei quali il Codice, come si è detto, si limita a menzionare alcuni esempi, si può dare, pur restando nei limiti tracciati dalle esclusioni suddette, una estensione più vasta di quella che appare dalla lettera della legge: in modo da comprendervi non solo tutte quelle persone che, senza essere nè organi giudiziari nè parti o loro difensori, appaiono *nel processo* come personaggi di secondo piano che hanno una loro battuta da dire nel dramma giudiziario; ma altresì quelle persone che pur non figurando alla ribalta del processo, esercitano *fuor di esso* attività di cui il giudice utilizza poi nel processo i resultati, o che fuori del processo costituiscono una prosecuzione e una integrazione delle attività processuali. L'attività degli ausiliari di giustizia, intesi in questo senso più largo, può dunque trovarsi inserita *nel processo* ed essere così un anello di quella catena di atti processuali, la successione dei quali costituisce appunto il processo; ovvero svolgersi *fuori del processo,* con carattere preparatorio o complementare dei veri atti processuali.

Non è facile dare di questi ausiliari di giustizia, così numerosi ed eterogenei, una sistemazione sodisfacente; ma, se un tentativo si può fare in tal senso, mi pare che l'unico criterio adeguato di classificazione (1) sia quello che tien conto della natura giuridica del rapporto che passa tra l'ausiliare e l'organo giudiziario che si serve dell'opera sua, e del titolo che ad esso rapporto dà vita. In base a questo criterio la dottrina è già riuscita a raggruppare i varî casi in cui i privati cooperano in forme diverse alla funzione giudiziaria, sotto le due fi-

(1) Diverso criterio in JAEGER, op. cit., n. 79 e segg.

gure dell'*incarico giudiziario* e del *servizio giudiziario,* rientranti entrambe sotto il fenomeno più vasto dell'*esercizio privato di pubbliche funzioni* (1); ma queste due figure non bastano ad esaurire la serie degli ausiliari, poichè lasciano fuori quei casi in cui l'organo giudiziario utilizza a fini processuali il risultato dell'opera liberamente prestata dal privato fuori del processo, o in cui a scopi processuali si serve dell'opera di uffici pubblici non giudiziari, i quali anch'essi, in quanto prestano tale collaborazione, si possono considerare come ausiliari della giustizia.

§ 102. *a*) — L'INCARICO GIUDIZIARIO.

Varie figure di incarico giudiziario.

In numerosi casi la legge autorizza gli organi giudiziari ad affidare a privati, specialmente qualificati, l'esecuzione di determinate attività attinenti a un singolo processo, che teoricamente rientrerebbero nella funzione giurisdizionale. Il privato in seguito al provvedimento dell'autorità giudiziaria che lo nomina si trova così temporaneamente incaricato dell'esercizio specifico di una pubblica funzione in quel processo, senza assumere per questo il carattere di un organo pubblico permanente (2). In certi casi l'incarico giudiziario può essere rifiutato e non ha effetto se non è accettato: in altri casi il privato non può rifiutarlo senza giustificato motivo, in modo che la figura dell'incarico giudiziario si trova a contatto come si vedrà, con quella del servizio giudiziario.

Consulente tecnico.

ART. 61-64.

ART. 191-201.

1. — *Il consulente tecnico* (art. 61-64, 191-201 C.p.c.; art. 13-27 D. a.) (3). Il nuovo Codice denomina così quell'ausiliare che il Codice precedente denominava *perito* (art. 252 e segg. C.p.c. 1865) (4).

Il cambiamento di denominazione non ha in sè molta importanza, perchè la funzione del consulente tecnico nel nuovo processo è rimasta in sostanza quella stessa che sotto il vecchio Codice aveva il perito; ma serve a far intendere più chiaramente i due caratteri fondamentali di questo ausiliare, di essere un « consulente » (chiamato cioè, non a decidere in luogo del giudice o insieme con esso, ma semplicemente a consigliare il giudice con « relazioni » o « pareri » non vincolanti, che il giudice può anche non seguire) e di essere un « tecnico » (cioè persona fornita, secondo l'art. 61, « di particolare competenza

---

(1) ZANOBINI, op. cit., nella bibliografia all'inizio di questo titolo.

(2) Cfr., sulla natura giuridica degli incarichi conferiti dall'autorità giudiziaria ai privati, ZANOBINI, op. cit., cap. VI.

(3) Cfr. BERRI, *Sul consulente tecnico nella nuova legge processuale civile,* (Roma, 1941).

(4) Il C.p.p. adopra la denominazione di *perito* per indicare il tecnico nominato dal giudice (art. 314-322), mentre riserva la denominazione di *consulente tecnico* a quello nominato dalle parti (art. 323-325).

tecnica » in campi dello scibile non rientranti nella normale preparazione del giudice giurista) (1). Può accadere infatti che nel corso del processo si presentino al giudice alcune questioni per risolver le quali non gli basti la cultura giuridica che egli possiede, ma gli occorrano speciali nozioni scientifiche o tecniche, che sono possedute soltanto da professionisti o da studiosi particolarmente versati in quelle discipline: in tali casi il giudice deve necessariamente ricorrere al tecnico, la consulenza del quale lo aiuterà a colmare le lacune della sua cultura.

Il Codice del 1865, più che la posizione personale dei periti come ausiliari del giudice, metteva in evidenza il resultato probatorio dell'opera loro, cioè la « perizia » (art. 252 e segg.) considerata come uno dei mezzi di prova: il nuovo Codice ha voluto invece mettere in evidenza l'aspetto soggettivo dell'istituto (2), allo scopo di poter più rigorosamente e compiutamente disciplinare i requisiti di scelta dei consulenti e garantire l'efficacia della loro collaborazione col giudice; ma ciò non toglie che il campo d'attività del consulente continui ad essere anche oggi l'istruzione probatoria, e che proprio in relazione alle prove debba essere esaminata, come a suo tempo si farà, la sua funzione (art. 191-201).

Scelta del consulente tecnico.

La scelta del consulente tecnico, alla quale provvede il giudice (art. 191), deve essere normalmente fatta tra le persone iscritte in appositi albi, formati a norma degli art. 13 e segg. delle D.a. Il consulente scelto dal giudice « ha l'obbligo di prestare il suo ufficio, tranne che il giudice riconosca che ricorre un giusto motivo di astensione » (diversamente per il C.p.c. del 1865, secondo il quale, art. 260, il perito poteva non accettare la nomina); così, mentre secondo il Codice del 1865 la perizia civile era un incarico liberamente accettato (3), secondo il nuovo Codice la consulenza tecnica si avvicina, come già avveniva in penale (4), alla figura del servizio giudiziario obbligatorio: ma può tuttavia, con questa avvertenza, essere considerata ancora sotto la categoria degli incarichi giudiziari (5), perchè l'obbligo di assumere le funzioni di consulente, pur derivando ormai anche nel processo civile dalla legge, dipende da un provvedimento discrezionale del giudice che sceglie il consulente, e fissa i limiti del suo incarico (art. 62). Il consulente tecnico può essere ricusato, per gli stessi motivi del giudice (art. 63 e 192); ha l'obbligo, al quale si impegna con

---

(1) Sulla posizione di consulente tecnico nel processo civile, cfr. *Direttive alla magistratura* (circ. n. 2690 del guardasigilli, 14 aprile 1942), n. 12.

(2) Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 120.

(3) ZANOBINI, op. cit., n. 155.

(4) ZANOBINI, op. cit., n. 42.

(5) Così CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 120.

giuramento, « di bene e fedelmente adempiere le funzioni affidategli al solo scopo di fare conoscere ai giudici la verità » (art. 193); ha diritto a compenso (art. 24 D. a.); e può incorrere, nell'esercizio delle sue funzioni, in responsabilità penale e civile (art. 64), e disciplinare (art. 19-21 D. a.).

In certi casi all'incarico di consulente tecnico si accompagna quello di conciliatore (art. 198: è il caso del consulente incaricato di esaminare documenti contabili e registri, che impropriamente il Codice precedente, art. 402, chiamava *arbitro conciliatore*).

Consulente di parte.

Quando il giudice ha nominato il consulente tecnico d'ufficio, ciascuna parte può nominare un consulente tecnico di sua fiducia per farsi assistere nelle operazioni e nelle discussioni tecniche (consulente tecnico *di parte,* art. 201); vi torneremo quando si parlerà dei difensori (§ 119, I, *e*).

2. — *I consulenti tecnici nei procedimenti corporativi.* — I consulenti tecnici, nominati nelle controversie corporative, sono scelti in albi speciali (art. 441 C.p.c.; art. 25-27 D. a.); essi non devono andar confusi cogli « esperti » che nelle controversie collettive, fanno parte, come giudicanti, della magistratura del lavoro (art. 4 e 63 Ord. giud.); anche nelle controversie corporative, infatti, i consulenti tecnici, pur avendo funzioni più estese che nei procedimenti ordinari, non giudicano, ma hanno attribuzioni meramente consultive (cfr. rel. GRANDI, n. 9). Nei giudizi di secondo grado, quando l'appello riguarda decisioni fondate su accertamenti compiuti da consulenti tecnici, la nomina del consulente tecnico è obbligatoria (art. 453); nelle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie, il giudice deve essere normalmente assistito, da uno o più consulenti tecnici (art. 463). In certi casi questi consulenti tecnici possono trasformarsi in arbitri (art. 445-458; cfr. oltre, § 104).

Consulente nei processi corporativi.

ART. 441, 453, 463.

Interprete.

3. — *L'interprete e il traduttore.* — Sono speciali consulenti tecnici, nominati dal giudice, il primo « quando deve esser sentito chi non conosce la lingua italiana » (art. 122), e il secondo « quando occorre procedere all'esame di documenti che non sono scritti in lingua italiana » (art. 123).

ART. 122-123.

Stimatore.

4. — *Lo stimatore.* — Rientra anche questo sotto la figura del consulente tecnico; può essere nominato dal giudice (art. 532, 535, 568, dove si parla genericamente di « esperto ») o anche, in certi casi, dall'ufficiale giudiziario (art. 518), dal cancelliere o dal notaio che procede all'inventario (art. 773: cfr. art. 161 e 194 D.a.).

5. — *Gli esperti in una determinata arte o professione* (1). — Lo

(1) Nonostante la coincidenza dei nomi, si intende che questi esperti non hanno niente a che vedere cogli « esperti » magistrati onorari, di cui parla l'art. 4 Ord. giud.

art. 68, sotto l'intitolazione « altri ausiliari », dispone che « nei casi previsti dalla legge o quando ne sorge necessità, il giudice, il cancelliere o l'ufficiale giudiziario si può far assistere da esperti in una determinata arte o professione o, in generale, da persona idonea al compimento di atti che egli non è in grado di compiere da sè solo »: in questa formula generica potrebbero rientrare i casi già visti sotto i nn. 2 e 3; ma la disposizione ha una portata assai più vasta, perchè la facoltà di nominare questi ausiliari è data anche, oltrechè al giudice, anche al cancelliere e all'ufficiale giudiziario, e perchè l'opera dei medesimi può qui consistere, anzichè nella consulenza, nel compimento di atti materiali che l'organo giudiziario non è in grado di compiere da sè solo: rientra, ad esempio, in questo articolo l'umile ma necessaria cooperazione di quegli artigiani da cui l'ufficiale può farsi assistere quando procede al pignoramento o al rilascio (il fabbro ferraio capace di « aprire porte, ripostigli o recipienti »: art. 513, art. 608), o di quelli che, nell'esecuzione forzata di obblighi di fare o di di non fare, « debbono provvedere al compimento dell'opera non eseguita o alla distruzione di quella compiuta ».

Altri esperti: ART. 68.

6. — *Il custode, l'amministratore giudiziario, il commissionario.* — Sono ausiliari che si menzionano in gruppo, perchè gli incarichi ad essi conferiti trovano tutti luogo nel processo d'esecuzione.

Custode.

ART. 65

La conservazione e l'amministrazione dei beni pignorati o sequestrati, mobili o immobili, possono essere affidate a un *custode,* nominato dal giudice o dall'ufficiale giudiziario (art. 65), coi diritti e doveri di cui agli art. 66 e 67 (cfr. anche art. 520, 522, 559, 560).

Quando nel corso dell'espropriazione immobiliare è disposta, col provvedimento di cui all'art. 591, l'amministrazione giudiziaria dello immobile, può essere nominato *amministratore giudiziario* uno dei creditori, o lo stesso debitore, cogli stessi obblighi del custode, ma con in più l'obbligo del rendiconto (art. 592-593).

La vendita dei beni mobili pignorati può essere affidata dal pretore a un *commissionario* (art. 532), affinchè la esegua a trattativa privata e senza incanto, colle modalità fissate dall'art. 533.

Commissionario per la vendita.

ART. 532.

I suddetti incarichi, anzichè a singole persone fisiche, possono essere affidati anche a persone giuridiche, cioè a istituti autorizzati con decreto del ministro di grazia e giustizia (custodia di mobili pignorati, art. 520; vendita senza incanto, art. 532; vendita all'incanto, art. 534; amministrazione giudiziaria, art. 592: cfr. art. 159 D.a.).

7. — *Il curatore del fallimento.* — I requisiti e le attribuzioni di questo incaricato giudiziario sono regolati dagli art. 27 e segg. del r. decr. 16 marzo 1942 n. 267 (cfr. sul *commissario giudiziale* nella procedura di concordato preventivo e di amministrazione controllata, gli

Curatore del fallimento. art. 165 e 191 dello stesso decr.; sul *commissario liquidatore,* nelle liquidazioni coatte amministrative, art. 198 dello stesso decr.) (1).

8. — *Il notaio,* al quale « il giudice può commettere... il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge » (art. 68 secondo comma: cfr. art. 212, 769, 786).

Notaio.

§ 103. — *b*) Il servizio giudiziario.

Mentre nell'incarico giudiziario l'organo giudiziario con un provvedimento discrezionale sceglie il suo ausiliare e gli conferisce lo esercizio di attribuzioni rientranti teoricamente nella funzione giurisdizionale, nel servizio giudiziaro è la legge la quale impone a qualsiasi cittadino che venga a trovarsi in certe condizioni di fatto il dovere pubblico di mettere a disposizione degli organi giudiziari la opera propria, la sua persona o i suoi beni per il miglior raggiungimento dei fini della giustizia (sul rafforzamento del dovere civico di collaborazione alla giustizia nel nuovo Codice, cfr. § 61). In questo modo il privato non è investito esso stesso dell'esercizio di attribuzioni rientranti nella giurisdizione, ma rende tuttavia allo Stato un servizio che è pubblico, perchè giova al conseguimento di un fine pubblico (2).

Servizio giudiziario.

Testimone. 1. — *Il testimone.* — Il Codice non annovera il testimone tra gli ausiliari del processo: e ne parla soltanto in relazione alla « prova per testimoni » (art. 244-257 C.p.c.; art. 2721-2726 C.c.). Avviene così nel Codice vigente, per la collocazione delle disposizioni regolanti lo ufficio dei testimoni, un fenomeno simile a quello che, sotto l'impero del Codice del 1865, avveniva, come si è detto, per la perizia, che era considerata oggettivamente come una prova, senza che fosse messa in evidenza la posizione soggettiva del perito incaricato di redigerla. Per escludere i testimoni dal novero degli ausiliari si osserva che essi « costituiscono un mezzo e in certo modo un oggetto » (3), e con ciò si vuol mettere in evidenza il fatto oggettivo della testimonianza, lasciando in ombra la posizione soggettiva della persona che la rende. Ma lo stesso ragionamento si potrebbe ripetere anche per il consulente tecnico, il cui parere costituisce anche esso un mezzo di informazione per il giudice, e un oggetto offerto alla sua valutazione. La verità è che anche il testimone si può considerare, sotto lo aspetto soggettivo, come un ausiliare posto a servizio della giustizia,

ART. 244-257.

---

(1) Cfr. Satta, *Istituzioni di dir. fallimentare,* pag. 79 e segg.; 300; 333.

(2) Cfr. Zanobini, op. cit., cap. III, e specialmente, a proposito della testimonianza, pag. 75; cfr. anche Carnelutti, in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, I, pag. 37; e nelle *Istituzioni,* n. 233.

(3) Jaeger, op. cit., n. 85.

che colla sua deposizione aiuta il giudice a conoscere i fatti che questi non può direttamente percepire colle proprie ispezioni; la differenza fondamentale che passa però tra il testimone e il consulente (e che permette di far rientrare il primo sotto la figura del servizio giudiziario e non, come il secondo, sotto quella dell'incarico) è che il testimone viene chiamato a deporre su circostanze di cui egli ha già acquisito *fuori del processo* la conoscenza storica come privato, e non riceve dal giudice, come il consulente, l'incarico di compiere *nel processo* indagini tecniche in vece di lui.

I testimoni indicati dalle parti (art. 244) e ammessi dal giudice (art. 245) hanno l'obbligo di comparire in giudizio (art. 250), di fornire al giudice i dati occorrenti per la loro identificazione (art. 252) e di rispondere sui fatti sui quali sono chiamati a deporre (art. 253) prestando giuramento « di dire la verità, nient'altro che la verità » (art. 251). La mancata comparizione del testimone (1), il rifiuto di deporre o di giurare, o la falsità della testimonianza possono dar luogo contro di lui a misure coercitive e a sanzioni penali (art. 255-56). La legge considera incapaci a testimoniare le parti in causa e le persone «aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio » (art. 246); i più stretti congiunti delle parti (« salvo che la causa verta su questioni di stato, di separazione personale o relative a rapporti di famiglia » art. 247); e, di regola, i minori degli anni quattordici (art. 248). E' riconosciuta ai testimoni la facoltà di astenersi dal deporre, per mantenere il segreto professionale o il segreto d'ufficio (art. 249: cfr. art. 351 e 352 C.p.p.).

Terzo obbligato all'ispezione e all'esibizione.

2. — *Il terzo obbligato a prestarsi all'ispezione e all'esibizione.* — In una situazione giuridica assolutamente analoga a quella dei testimoni, son posti, dall'art. 118 (che costituisce una notevole innovazione del Codice) (2) i terzi obbligati entro certi limiti a « consentire sulla loro persona o sulle cose in loro possesso le ispezioni che appaiono indispensabili per conoscere i fatti della causa » (cfr. anche art. 258-262). Negli stessi limiti il terzo può essere obbligato non solo a lasciar ispezionare le cose sue, ma addirittura a *esibirle* in giudizio, cioè a presentarle e a lasciarle in deposito presso il giudice (art. 210). Si tratta anche qui di un dovere pubblico che obbliga ogni cittadino a mettere a disposizione della giustizia la sua persona ed i suoi beni, quando ciò possa servire al giudice per il raggiungimento della verità: l'affinità di questo dovere con quello di testimonianza è evidente.

ART. 118, 258, 262.

---

(1) Casi in cui il testimone è esentato dal comparire in giudizio ed è sentito nella sua abitazione o ufficio: art. 255 cpv. ultimo e 105 D. a.

(2) Cfr. sui precedenti di quest'articolo, ANDRIOLI, *Comm.*, I; CARNELUTTI, *Istituzioni*, nn. 250 e segg.

Ma questo obbligo è stato introdotto dalla nuova legge non senza notevoli temperamenti: l'obbligo di consentire la ispezione sulla persona o sulle cose è condizionata a che « ciò possa compiersi senza grave danno per il terzo » (art. 118) e sia conciliabile col rispetto del segreto professionale o d'ufficio; l'ordine di esibizione può esser dato soltanto per le cose, e solo su istanza di parte (mentre la ispezione è ordinata d'ufficio); e il giudice, nel darlo « deve cercare di conciliare nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo » (art. 211). Se il terzo si rifiuta di prestarsi all'ispezione, può incorrere in una sanzione pecuniaria (art. 118 ultimo comma), ma non in misure coercitive.

Avremo occasione di tornare su queste disposizioni quando studieremo i procedimenti probatorî (cfr. § 61).

Altri casi di servizio giudiziario.

3. — *I depositari di atti pubblici.* — Possono essere obbligati a deporre in cancelleria le scritture di cui sono depositari, e a farne copia, quando queste debbano servire di comparazione nel procedimento di verificazione (art. 218: cfr. art. 98 D.a.).

4. — *Il terzo obbligato a custodire le cose pignorate.* — In seguito a pignoramento di crediti del debitore verso un terzo o di cose del debitore che sono in possesso di un terzo, il terzo è soggetto, relativamente alle cose e alle somme da lui dovute, agli obblighi che la legge impone al custode (art. 546) (1).

5. — *I terzi obbligati a ricevere in consegna copia degli atti notificati* (familiari del destinatario assente, portiere, vicini di casa: art. 139, commi 2°, 3°, 4°; art. 518): per i familiari e per il portiere si tratta certo di un servizio giudiziario; per i vicini di casa si può forse parlar più propriamente di incarico, perchè essi possono non accettare di ricevere la copia notificata (2).

6. — *I proprietari di giornali,* obbligati a inserire nelle loro pubblicazioni periodiche le sentenze o altri atti o provvedimenti giudiziari, nei casi in cui la pubblicità di essi può contribuire al miglior raggiungimento dei fini di giustizia (es. art. 120, 490 ultimo comma, 727 ultimo comma, 729 ecc.).

§ 104. — *c*) L'ARBITRATO.

Tra gli ausiliari della giustizia credo che si possa collocare logicamente anche l'arbitro, quantunque la legge disciplini l'arbitrato come

---

(1) CARNELUTTI, *Istituzioni,* n. 255.
(2) Cfr. JAEGER, *op. cit.,* n. 82.

un istituto a sè (art. 806-831) e nella dottrina questa collocazione non sia comune (1).

La funzione degli arbitri.

ART. 806-831.

Guardiamo intanto in che consiste, nei suoi caratteri essenziali segnati dalla legge, la funzione degli arbitri.

Le parti tra le quali è insorta una controversia in materia civile, possono (purchè, come si dirà, si tratti di controversia su rapporti « disponibili ») accordarsi per farla decidere, invece che dagli organi giurisdizionali dello Stato, da *arbitri* (art. 806) da esse nominati (art. 810), uno o più purchè in numero dispari (art. 809): ogni cittadino italiano può esser arbitro (art. 812), esclusi « i minori, gli interdetti, gli inabilitati, i falliti e coloro che sono sottoposti a interdizione dai pubblici uffici ». La convenzione con cui le parti si accordano per far decidere da arbitri una determinata controversia tra essi già sorta, si chiama *compromesso* (art. 807); ma le parti possono anche accordarsi preventivamente (*clausola compromissoria,* art. 808) per far decidere da arbitri le controversie che possono eventualmente nascere in avvenire da un determinato contratto. Se gli arbitri nominati dalle parti compromittenti accettano l'incarico (che essi possono anche rifiutare, art. 813), essi si obbligano con ciò a decidere la controversia « secondo le norme del diritto, salvo che le parti li abbiano autorizzati... a pronunciare secondo equità » (art. 822: il Codice precedente, art. 20, parlava in questo caso di arbitri « autorizzati a decidere come *amichevoli compositori* »). La decisione degli arbitri (nella quale si conclude il procedimento arbitrale di cui a suo tempo si studieranno le modalità) si denomina *lodo* (art. 823), ed in sè stessa non ha alcuna efficacia vincolante; ma se il lodo è depositato dagli arbitri « nel termine perentorio di cinque giorni dalla data della sottoscrizione, nella cancelleria della pretura del luogo in cui è stato pronunciato... il pretore, accertata la tempestività del deposito e la regolarità formale del lodo, *lo dichiara esecutivo con decreto* » (art. 825, cfr. art. 196 D. a.); e allora, attraverso questa dichiarazione, il lodo acquista la efficacia obbligatoria di una vera e propria sentenza giurisdizionale (« *il decreto del pretore conferisce al lodo efficacia di sentenza* »: art. 825), impugnabile dinanzi agli organi giudiziari (art. 828) e idonea, se non impugnata, ad acquistare l'autorità di cosa giudicata.

Compromesso e clausola compromissoria.

Arbitri di equità.

Lodo.

Così, per effetto del compromesso, le parti rinunciano reciprocamente a adire, per la decisione di quella causa, agli organi giudiziari dello Stato; se, nonostante questo accordo, uno dei compromittenti

Eccezione di compromesso.

---

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni,* I, n. 26; REDENTI, *Profili,* I, § 22 e voce « *Compromesso* » in « Nuovo Dig. it. », vol. III; CARNELUTTI *Istituzioni,* nn. 62-66; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, n. 35, pag. 31; CARNACINI e VASETTI, voce « *Arbitri* » in « Nuovo Dig. it. », vol. I.

propone la causa dinanzi all'autorità giudiziaria, può essergli opposta dall'altro la cosiddetta *eccezione di compromesso,* accogliendo la quale il giudice deve dichiarare la improcedibilità della domanda in quella sede. Può parere pertanto che l'eccezione di compromesso equivalga ad una eccezione di incompetenza, o, addirittura, a una eccezione di difetto di giurisdizione: l'accordo dei compromittenti di far decidere la loro causa da arbitri opera infatti non soltanto nei confronti del giudice che sarebbe stato competente a deciderla (nel senso di renderlo incompetente, come potrebbe accadere per una deroga convenzionale alla competenza, art. 29), ma nei confronti di tutti i giudici dello Stato, come se si trattasse di deroga convenzionale alla giurisdizione (1). In realtà però, la portata dell'eccezione di compromesso è diversa e minore: non si può dire che in forza del compromesso si trasferisca negli arbitri una frazione di poteri giurisdizionali di cui rimangono privi gli organi dello Stato, perchè, come si è visto, il lodo arbitrale non ha inclusa in sè l'efficacia di un atto giurisdizionale: questa può essergli conferita soltanto dal di fuori, in forza di un provvedimento giudiziario separato e successivo (decreto del pretore), al quale rimane dunque riservato, nonostante l'arbitrato, quel potere di trasformare la conclusione logica di un ragionamento in un atto d'autorità, per cui la pronuncia del giudice si distingue dal parere non vincolante di un qualsiasi giurista privato (§ 19). Il compromesso non trasferisce dunque la giurisdizione degli organi giudiziari agli arbitri, nè fa passare in questi la competenza appartenente a quelli: produce soltanto una limitazione del lavoro preparatorio di cognizione che normalmente gli organi giudiziari compiono da sè, ma non toglie ad essi quello che è il momento finale e caratteristico della giurisdizione, cioè il momento del comando. Così l'eccezione di compromesso mira a far valere, piuttosto che un difetto di giurisdizione o una incompetenza degli organi giudiziari, una diversità di procedimento, che non esclude la competenza degli organi giudiziari, ma la sposta e la concentra nella fase finale, lasciandola integra per gli eventuali giudizi di impugnazione (2).

La funzione degli arbitri non è giurisdizione.

Cause non compromettibili.

ART. 806.

L'accordo delle parti per far decidere ad arbitri le loro controversie è efficace soltanto se si tratti di controversie su rapporti « disponibili » (§ 60) (3); non possono invece essere oggetto di compro-

---

(1) Il CARNELUTTI, *Istituzioni,* n. 58, considera appunto l'arbitrato come un « equivalente » della giurisdizione, e il compromesso come un limite convenzionale della giurisdizione; anche ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, pag. 31, ne parla tra i « sostitutivi della giurisdizione civile »; contro: REDENTI, *Trattato,* II, pag. 99, lett. *c.*

(2) Cfr. REDENTI, op. cit., pag. 99.

(3) Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni,* n. 64; ZANZUCCHI, op. e loc. cit.

messo, secondo l'art. 806, le controversie « che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione » (cfr. gli art. 28 e 70 C.p.c., e l'art. 1966 secondo comma C.c., secondo il quale la « transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti »). In materia corporativa è vietato compromettere in arbitri le controversie individuali « previste negli articoli 429 e 459 » (art. 806), cioè le controversie individuali di lavoro e le controversie individuali in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria « la cui rilevanza sociale (dice la rel. GRANDI, n. 9) consiglia di non sottrarle alla decisione dei magistrati dello Stato »; è tuttavia ammesso in queste controversie uno speciale *arbitrato di equità dei consulenti tecnici,* secondo le modalità stabilite dagli art. 455-458 e richiamate dall'ultimo comma dell'art. 464 (1). Lo arbitrato ordinario è invece permesso nelle controversie collettive (art. 409) e nelle controversie individuali regolate da norme corporative (art. 467); ma anche per esse, pur essendo permesso compromettere di volta in volta singole controversie già sorte, è sempre vietata la clausola compromissoria preventiva (art. 808 secondo comma) (2).

Ora che si sono passate in rassegna le principali disposizioni che regolano l'arbitrato nel nuovo Codice, è possibile rispondere alla domanda che ci siamo posti all'inizio: se cioè gli arbitri si possano considerare, e in che senso, ausiliari di giustizia. L'autore che ha studiato più a fondo il fenomeno dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, lo ZANOBINI (3), considera il compromesso come un caso di incarico giudiziario: i poteri di decisione conferiti agli arbitri sarebbero poteri pubblici di natura giurisdizionale, derivanti dalla legge e non dalla volontà delle parti compromittenti, l'accordo delle quali funzionerebbe soltanto come presupposto per il conferimento *ex lege* di siffatto pubblico incarico (4). Quando invece si considera che le facoltà conferite agli arbitri dal compromesso non importano esercizio di giurisdizione (in quanto, come sopra si osservò, solo coll'intervento successivo di un organo giurisdizionale il lodo privato degli arbitri può trasformarsi in sentenza dotata di pubblica autorità) (5) non è più possibile con-

Sulla natura giuridica dell'arbitrato.

---

(1) Cfr. LUGO, in « Riv. dir. proc. civ. », I, 1943; JAEGER, *Dir. proc. civ.*, nn. 342-344.

(2) Sull'interpretazione di questa non chiara disposizione, cfr. ZANZUCCHI, op. cit., pag. 32 (n. 35, lett. *a*); CARNELUTTI, *Istituzioni,* n. 64.

(3) Op. cit., cap. VI, § 1.

(4) Cfr. in proposito ZANOBINI, op. cit., n. 144, ed ivi citata la dottrina in proposito.

(5) Cfr. per questa concezione privatistica dell'arbitrato, contrapposta a quel-

siderare il compromesso come un caso di incarico giudiziario, in quanto non si può dire che con esso sorga negli arbitri la facoltà di esercitare pubbliche funzioni, ed in quanto manca qui quel provvedimento del giudice che, nei casi già esaminati sotto il § 102, trasmette in concreto tali facoltà all'incaricato.

È per queste considerazioni che la dottrina, invece di considerare gli arbitri come incaricati di funzioni giurisdizionali, li considera piuttosto come « sostitutivi » della giurisdizione o come « equivalenti » del processo (1), o come mezzi di « difesa stragiudiziale » (2); e avvicina l'arbitrato, piuttosto che agli ausiliari del giudice, alla giurisdizione straniera e alla giurisdizione ecclesiastica, ai cui provvedimenti, pur provenienti da soggetti estranei all'ordinamento statuale, può essere conferita efficacia giurisdizionale attraverso un giudizio di delibazione (§ 83) che ha molti punti di somiglianza col giudizio di regolarità formale, attraverso il quale il pretore rende esecutivo il lodo arbitrale.

Gli arbitri come ausiliari della giustizia.

Ritengo tuttavia che, quando degli ausiliari si abbia quel più vasto concetto che sopra si indicò (§ 101), sia più esatto comprendere tra essi anche gli arbitri: i quali esplicano l'opera loro (a differenza di quello che avviene per i giudici stranieri e per i giudici ecclesiastici) su controversie che appartengono alla giurisdizione dello Stato, e sulle quali gli organi giudiziari, nonostante l'arbitrato, rimangono tuttavia competenti nel momento essenziale della giurisdizione, che è quello del comando. Sotto questo punto di vista anche gli arbitri si possono considerare come collaboratori dei giudici pubblici, nel senso che essi percorrono, in luogo dei giudici, quel cammino logico che è il necessario avvicinamento alla conclusione formulata nella sentenza: elaborano e preparano, fino al punto di esser trasformato in sentenza, quel materiale logico che normalmente, nell'ordinamento processuale di cognizione, deve essere elaborato direttamente dal giudice; sicchè, pur non avendosi qui nè incarico dato dal giudice agli arbitri (perchè normalmente gli arbitri sono nominati dalle parti senza alcuna ingerenza del giudice), nè assunzione da parte degli arbitri di funzioni pubbliche (perchè il lodo ch'essi pronunciano non ha in sè stesso alcuna efficacia ufficiale), gli arbitri si presentano come privati che compiono nel processo un lavoro che in mancanza di essi dovrebbe esser compiuto dal giudice, l'opera del quale si trova così agevolata

---

la pubblicistica sostenuta dallo ZANOBINI, CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, n. 26; CALAMANDREI, *La sentenza oggettivamente complessa*, in « Studi », II, pag. 211 e segg., n. 16 [e in queste *Opere*, vol. I, pag. 106].

(1) Cfr. nota 1 a pag. 408: agli autori ivi citati si deve aggiungere il LESSONA (C.), *Manuale*, 6ª ed. curata da JAEGER.

(2) REDENTI, *Profili*, cap. III, § 22.

da questa possibilità, ch'essi gli dànno, di servirsi, per costruire la sua sentenza, di un materiale logico già elaborato da loro. Il fenomeno non è isolato: e lo ritroveremo, sia pure in limiti meno ampi, in vari altri casi di ausiliari giudiziari che ancora ci rimangono da esaminare (cfr. § 105, n. 1).

Questo carattere di ausiliari della giustizia viene ancor più in luce quando gli arbitri, anzichè nominati dalle parti, siano scelti dall'autorità giudiziaria. Tale scelta d'ufficio, che in certi casi è destinata a supplire alla mancanza della nomina di parte (art. 810-811), è in altri casi affidata dalla legge al giudice fin da principio: ciò avviene in maniera tipica nel processo del lavoro, in quell'arbitrato dei consulenti tecnici (il solo permesso nelle controversie individuali del lavoro: art. 455 e segg.), per il quale « quando la controversia ha contenuto prevalentemente tecnico, le parti possono chiedere al giudice che la decisione sia rimessa al consulente tecnico, oppure a un collegio composto dal consulente tecnico nominato d'ufficio, che lo presiede, e dai consulenti tecnici delle parti ». Qui, nel caso che la decisione sia rimessa al solo consulente tecnico nominato d'ufficio, la volontà delle parti non entra per nulla nella scelta dell'arbitro: la decisione è infatti affidata al consulente tecnico nominato dal giudice (art. 61) cioè a quel consulente che è già, in tale sua qualità, un incaricato giudiziario; onde anche l'attribuzione delle funzioni arbitrali può apparire come uno svolgimento dell'incarico.

ART. 810-811.

Arbitrato dei consulenti tecnici.

ART. 455.

Qualcosa di simile avviene nelle controversie individuali in materie regolate da norme corporative, quando la parte chiede (art. 472) che sia eseguito un accertamento tecnico preventivo su una questione riguardante le modalità di una prestazione o la qualità di una merce: il consulente è nominato dal giudice, e l'accertamento preventivo del consulente ha per il giudizio successivo efficacia vincolante (art. 473 in relazione all'art. 442) (1).

ART. 472-473.

Difronte alla figura tipica dell'arbitrato puro, regolato dagli art. 806 e segg. del C.p.c., in cui il potere dispositivo della volontà privata è riconosciuta dalla legge in due distinti momenti, cioè in quanto le parti sono libere di accordarsi nel preferire il giudizio arbitrale al giudizio ufficiale, e in quanto rimane affidata a loro la nomina degli arbitri di loro fiducia, in varie leggi speciali sono regolati casi di arbitrato cosiddetto *necessario* o *obbligatorio*, in cui il potere di disposizione delle parti può essere, secondo i casi, limitato o escluso

Arbitrati obbligatorî.

---

(1) Cfr. Lugo, *Accordo sindacale e accertamento preventivo*, in « Stato e diritto », 1941, n. 4-5.

nell'uno o nell'altro dei due momenti suddetti, o anche in tutt'e due insieme: in quanto è la stessa legge che impone alle parti di deferire ad arbitri la decisione di certe loro controversie (specialmente in materia di contratti conclusi dalla pubblica amministrazione con un privato) o che toglie alle parti la facoltà di scegliersi gli arbitri, stabilendo in quali modi o da quali autorità debbono essere nominati (1). In questi casi il carattere privato dell'arbitrato rimane annebbiato da considerazioni di interesse pubblico: e quando queste prevalgono, fino al punto di sopprimere il potere dispositivo della volontà privata contemporaneamente in tutt'e due i momenti sopra distinti, dell'arbitrato non rimane più che il nome, e si hanno allora, sotto la impropria denominazione di «collegi» o «commissioni arbitrali», vere e proprie giurisdizioni speciali, che, quantunque formate per decidere una sola controversia, non conservano alcun carattere dell'arbitrato, perchè le parti sono obbligate per legge a subire questi giudici non scelti da loro, la cui decisione ha di per sè efficacia di sentenza, senza che occorra il decreto di esecutorietà del pretore.

Per evitare facili equivoci verbali dobbiamo infine avvertire qui che dall'arbitrato di cui si è parlato finora si deve nettamente distinguere l'«arbitraggio» o «arbitramento» o «arbitrio del terzo», il quale si ha quando le parti si accordano per affidare ad un terzo la determinazione di un elemento, da esse lasciato volutamente indeterminato, di un contratto da esse concluso: il caso più noto sotto il vecchio Codice civile era quello dell'art. 1454 (ora art. 1473 nuovo C.c.) secondo il quale nella conclusione del contratto di compravendita «le parti possono affidare la determinazione del prezzo a un terzo, eletto nel contratto o da eleggere posteriormente»; ma il nuovo C.c. ha riconosciuto in maniera più generale questo istituto dello «arbitrio del terzo» (il quale terzo, per distinguerlo dal vero arbitro, si chiama qui *arbitratore*) quando, nell'art. 1349, ha stabilito: «se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita ad un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo, o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice».

Arbitri e arbitratori.

È evidente che qui l'incarico che i contraenti danno al terzo arbitratore non ha niente a che vedere coll'ufficio che i compromittenti conferiscono all'arbitro: non si tratta qui di decidere con efficacia dichiarativa, ragionando come ragionerebbe un giudice, una controversia insorta tra le parti; ma si tratta di collaborare con esse per

---

(1) Cfr. Chiovenda, *Istituzioni*, I, pag. 72; Zanobini, *La giustizia amministrativa*, pag. 486 e segg.; Calamandrei in *Studi*, II, 196.

dar vita, con efficacia costitutiva, ad un negozio giuridico che deve valere per l'avvenire e sulla conclusione del quale le parti sono già concordi. Un siffatto accordo opera dunque esclusivamente nel campo del diritto privato sostanziale, ed ha senz'altro in sè, per forza di contratto, efficacia pienamente obbligatoria.

Con questo « arbitrio del terzo », che sta interamente nel campo del diritto sostanziale, ha grande affinità quella forma di arbitrato che nella pratica va sotto il nome di « arbitrato libero » o « irrituale »: col quale le parti rimettono a un terzo di loro fiducia l'incarico di comporre secondo il suo discrezionale apprezzamento e senza alcuna formalità di procedura una controversia tra essi insorta, obbligandosi ad accettare, qualunque essa sia, la sua determinazione. Sulla validità di tali « arbitrati irrituali » si discute. Ma prevale l'opinione secondo la quale essi sono validi come negozi di diritto sostanziale, dello stesso tipo dell'« arbitrio del terzo »: la determinazione dell'arbitratore è qui vincolante per le parti non come decisione arbitrale (che per avere efficacia dovrebb'essere ottenuta in un rituale procedimento e integrata dal decreto del pretore) ma come integrazione contrattuale di una transazione conclusa « in bianco » dalle parti (1).

§ 105. — *d)* Cooperazione alla giustizia di organi non giurisdizionali.

Collaborazione degli organi giudiziari con altri organi pubblici.

Abbiamo esaminato finora in quali molteplici aspetti i privati possono presentarsi come ausiliari della giustizia; vediamo ora in quali casi l'ufficio di ausiliari del giudice può essere assunto da organi pubblici. Qui non si potrà parlare nè di incarico nè di servizio giudiziario: si tratterà di collaborazione voluta dalla legge tra organi di diverso ordine (organi amministrativi le cui prestazioni cooperano, per dovere d'ufficio, ai fini della giustizia).

1. — In certi casi, nel processo di cognizione, il giudice nell'accertamento del rapporto controverso o di alcuni aspetti del medesimo, è obbligato a tener conto, talvolta con efficacia vincolante, del parere emesso da organi amministrativi; è un fenomeno che, qualitativamente se non quantitativamente, ha molte somiglianze con quello dello arbitrato: il materiale logico da cui il giudice deve trarre la sua sentenza gli è preparato da altri.

Esempi:

Esempi.

il capo dell'ispettorato corporativo nelle controversie individuali in materia di cottimi (art. 442: « quando è necessario un accertamento

ART. 442.

(1) Cfr. Scaduto G., *Gli arbitratori nel diritto privato* (Cortona, 1923); Scialoia A., *Gli arbitrati liberi* (Napoli, 1922).

tecnico rilevante per l'applicazione, determinazione o variazione delle tariffe di cottimo, il giudice può demandarlo al capo dell'ispettorato corporativo competente per territorio, il quale provvede direttamente o a mezzo di suo delegato. Le parti possono assistere a tale accertamento anche a mezzo di un loro consulente. Sui fatti che hanno formato oggetto dell'accertamento, non sono ammesse nuove indagini o prove, salvo che l'accertamento sia viziato da errore manifesto »); qui l'ufficio di consulente tecnico è assunto da un organo pubblico, e l'accertamento, anzichè efficacia meramente consultiva, ha efficacia vincolante (1);

ART. 636.

le *associazioni professionali*, nelle cause relative a onorari di esercenti libere professioni (art. 636: nel procedimento per ingiunzione, la domanda del professionista creditore dev'essere « corredata dal parere della competente associazione professionale », al quale il giudice di regola « deve attenersi... nei limiti della somma domandata »: cfr. anche art. 26 della l. 13 giugno 1942 n. 794 sugli onorari di avvocato e procuratore e l'art. 2233 del C.c.).

2. — In altri casi gli organi giudiziari o le parti possono rivolgersi a organi amministrativi per richiedere prestazioni che concorrono al raggiungimento dei fini della giustizia.

Esempi:

ART. 213, 440, 738, 68, 149 ECC.

alla *pubblica amministrazione* il giudice può d'ufficio richiedere « le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo » (art. 213);

alle *associazioni sindacali* il giudice può chiedere nel processo del lavoro « le informazioni opportune » (art. 440);

alla *polizia*, il giudice può richiedere informazioni nei casi in cui la legge lo consente (es. art. 738 ultimo comma);

l'assistenza della *forza pubblica* può sempre essere richiesta dal giudice (art. 68 ultimo comma), o dall'ufficiale giudiziario nei casi in cui ciò sia necessario durante l'esecuzione (cfr. il testo della formula esecutiva nell'art. 475);

a mezzo del *servizio postale* l'ufficiale giudiziario può in certi casi eseguire le notificazioni (art. 149: l. sugli uff. giud. 28 dic. 1924, n. 2271, art. 71 a 84; l. 22 dicembre 1932 n. 1675);

il *capitano della nave mercantile* (art. 139), il *comandante del corpo militare* (art. 146), il *ministero degli affari esteri* (art. 142), il *pubblico ministero* (art. 142, 143, 146) cooperano in certi casi a trasmettere al destinatario un atto da notificare;

---

(1) Cfr. JAEGER, *Dir. proc. civ.*, n. 58 *c*); e n. 80.

la *cassa depositi e prestiti,* o altri istituti di deposito ricevono i versamenti e i depositi che debbono essere eseguiti durante il processo per legge o per ordine del giudice (art. 119);

il *conservatore dei registri immobiliari* trascrive il pignoramento immobiliare (art. 555, 561) o procede alla sua cancellazione (art. 568, 586, 794);

gli uffici del registro ricevono i depositi a titolo di multa per i mezzi di impugnazione (art. 364; 398 terzo comma; 651).

3. — Nella categoria degli ausiliari si possono anche considerare le *commissioni per il gratuito patrocinio,* costituite presso ogni tribunale, ogni corte d'appello e presso la corte di cassazione (composte di un magistrato giudicante, di un funzionario del ministero pubblico, e di un avvocato) colla funzione di ammettere al beneficio della difesa gratuita nei giudizi civili le parti povere che si trovino nelle condizioni volute dalla legge (l. sul gratuito patrocinio, 30 dicembre 1923, n. 3282, art. 15). Queste commissioni non possono essere considerate nè come giurisdizioni speciali nè come sezioni speciali di organi giudiziari ordinari, perchè le loro funzoni hanno carattere meramente amministrativo (1); sono dunque organi amministrativi, addetti agli organi giudiziari come ausiliari della giustizia.

Le commisioni per il gratuito patrocinio.

(1) Chiovenda, *Istituzioni,* II, n. 160.

TITOLO TERZO

LE PARTI

§ 106. — Programma.

Dopo aver parlato, nei due titoli precedenti, degli organi giudiziari e dei loro ausiliari, ci rimane da parlare delle due persone più importanti del dramma giudiziario, il protagonista e l'antagonista, il cui contrasto dialettico costituisce l'occasione e la forza motrice del processo: se si concepisce il processo, com'è tradizione, quale un *certamen* simbolico tra due litiganti, questi appaiono come i personaggi centrali della vicenda giuridica, intorno ai quali tutte le altre persone, compreso il giudice, appaiono, in certo senso, figure di secondo piano.

Parti private e parte pubblica.

Dovremo dunque in questo titolo parlare di quelle persone del processo che il Codice, con terminologia che risale al diritto romano, denomina « le parti » (tit. III del libro I: art. 75-81); e, con esse, di quei loro ausiliari che sono « i difensori » (art. 82-87). Non è agevole, come già si accennò (§ 65) la sistemazione tra le persone del processo del *pubblico ministero* (art. 69-74). Organicamente i magistrati del pubblico ministero appartengono all'ordine giudiziario (Ord. giud., art. 4) e questo porterebbe a trattare dell'ufficio del pubblico ministero tra gli uffici giudiziari; ma il Codice di procedura civile non lo annovera tra gli « organi giudiziari », e per la sua posizione gerarchica e per le funzioni di iniziativa che esso ha nel processo, è più esatto, come si vedrà, avvicinarlo alle parti. Questa è infatti la collocazione sistematica che al pubblico ministero è data nel Codice di procedura penale, dove, sotto il tit. III, che tratta in generale « delle parti », il capo I è dedicato al pubblico ministero, mentre il capo II è dedicato alle *parti private* (imputato, parte civile, responsabile civile), contrapponendosi così, sotto la nozione comune di parti, il pubblico ministero come *parte pubblica* di fronte alle parti private. Il Codice di procedura civile non ha adottato apertamente questa terminologia: non ha compreso il pubblico ministero nè sotto il titolo I, « degli organi giudiziari », nè sotto il titolo III, « delle parti »;

Posizione sistematica del p.m.

ma ha preferito collocarlo in posizione intermedia in un titolo separato (tit. II, « del pubblico ministero »), quasi per far intendere che esso non è nè un organo giudiziario in senso stretto, in quanto non esercita poteri giurisdizionali, nè una parte in senso stretto, in quanto, come si vedrà, l'interesse che lo muove non è interesse parziale, ma l'interesse superiore dell'osservanza della legge.

Nonostante questa posizione agnostica assunta dal Codice, ritengo che anche nel processo civile sia opportuno, per le ragioni che appariranno dalla trattazione, collocare il pubblico ministero sotto la nozione generale di parte. Non ho adottato la contrapposizione tra parti private e parte pubblica, perchè questa terminologia avrebbe potuto ingenerare qualche confusione nei casi in cui nel processo civile è parte una pubblica amministrazione: basterà quindi avvertire che di parti nel processo civile si può parlare in senso largo comprensivo anche del pubblico ministero (contrapponendo le parti in senso stretto, cioè i litiganti, al pubblico ministero).

In coerenza con queste premesse il presente titolo sarà diviso in due capitoli: nel primo si parlerà *delle parti* (*in senso stretto*) *e dei loro difensori,* nel secondo *del pubblico ministero.* Si avverte anche che mentre nel primo di questi capitoli si illustreranno, per affinità di argomento, alcune disposizioni appartenenti al tit. IV *dell'azione* (art. 101-111), saranno illustrate al Capo successivo (1) (« delle attività processuali ») le disposizioni relative ai doveri e alla responsabilità delle parti (art. 88-98).

---

(1) Come già si è avvertito il Capo « delle attività processuali » farà parte del vol. III di questo Corso.

Capitolo primo

LE PARTI (IN SENSO STRETTO) E I LORO DIFENSORI

Sommario. — Sez. I^a: *Le posizioni delle parti nel processo.* — § 107. - Struttura del processo a parti contrapposte (bilateralità del processo). — § 108. - Nozione processuale di parte. — § 109. - Posizione reciproca delle parti nel processo. — § 110. - Pluralità di parti (litisconsorzio). — § 111. - Intervento in causa. — § 112. - Mutamento delle parti nel corso del processo.

Sez. II^a: *La parte considerata in sè stessa.* — § 113. - Capacità di esser parte. — § 114. - Capacità processuale: rappresentanza legale degli incapaci e delle persone giuridiche nel processo. — § 115. - Rappresentanza volontaria nel processo: capacità di chiedere in giudizio e rappresentanza necessaria dei difensori. — § 116. - La sostituzione processuale.

Sez. III^a: *I difensori delle parti.* — § 117. - Il patrocinio forense: terminologia e fonti. — § 118. - Interesse privato e interesse pubblico nel patrocinio forense. — § 119. - Natura giuridica del rapporto fra il difensore e la parte. — § 120. - L'ordinamento delle professioni forensi.

Bibliografia essenziale. — Andrioli, *Commento al nuovo C. p. c.*, vol. I, (agli art. 75 e segg.); Calamandrei, *La chiamata in garanzia* (Milano, 1913); Id., *Troppi avvocati!* (Firenze, 1921); Id., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 2^a ed. (Firenze, 1938); Id., *Delle buone relazioni tra i giudici e gli avvocati* (Firenze, 1942); Carnelutti, *Istituzioni* cit., nn. 101-113; nn. 259-271; Chiovenda, *Istituzioni* cit., vol. II, §§ 32-37; Costa, *L'intervento coatto*, Padova, 1935; D'Alessio, *Le parti nel giudizio amministrativo* (Milano, 1915); D'Amelio, *Delle parti e dei difensori* (commento agli art. 69 a 98 del C.p.c. in « Il nuovo C.p.c. commentato », vol. I, Torino, 1943, pag. 364 e segg.); D'Onofrio, *Commento al nuovo C.p.c.*, vol. I; Garbagnati, *La sostituzione processuale* (Milano, 1942); Menestrina, *L'avvocatura dello Stato* (in « Riv. dir. proc. civ. », 1931, I); Nencioni, *L'intervento volontario litisconsorziale* (Padova, 1935); Redenti, *Profili pratici*, cit., pag. 275; Salemi, *Il concetto di parte e la pubblica amministrazione* (Roma, 1916); Scavonetti, *L'avvocatura dello Stato*, in « Nuovo Dig. it. », vol. II; Segni, voce « *Parti* » in « Enc. it. »; Id., voce « *Intervento in causa* », in « Nuovo Dig. it. », vol. VII; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, cit., vol. I, pag. 288 e segg.

Sezione prima

LE POSIZIONI DELLE PARTI NEL PROCESSO

§ 107. — Struttura del processo a parti contrapposte (bilateralità del processo).

La denominazione di « parti » colla quale, fin dalla terminologia giuridica latina, si indicano le persone tra le quali verte il litigio dinanzi al giudice, è una di quelle parole, frequenti nel linguaggio processuale, la cui etimologia allude alle origini primitive del processo, concepito come una lotta legalizzata in presenza di un arbitro neutrale; si chiamano « parti » i contendenti nel processo, nello stesso senso in cui si parla di parti in tutti i casi in cui si ha una contrapposizione di avversari che contrastano tra loro per il conseguimento di una vittoria: in un duello, in un torneo cavalleresco, in un giuoco ginnastico, in una lotta politica di partiti o di fazioni. Di siffatta nozione « guerresca » del processo, considerato come una *contentio inter partes,* si ritrova qualche eco in quella recente teoria che vede lo scopo del processo contenzioso nella composizione della « lite », intesa come conflitto di interessi tra soggetti contrapposti (cfr. vol. I, § 21); e non è mancato, nella più recente dottrina straniera, qualche studioso consequenziario, il quale, ritenendo che la struttura del processo a parti contrapposte sia ancora il riflesso nel campo giudiziario di una concezione medievale della vita politica basata sulla lotta dei partiti, ha sostenuto che negli Stati totalitari, dove i partiti sono stati aboliti, anche il processo, essendo orientato unicamente a servir l'interesse pubblico dello Stato, dovrebbe essere svincolato da ogni riferimento agli interessi contrastanti delle parti, ed esser quindi ricostruito come un processo « senza parti ».

Struttura del processo a parti contropposte.

In realtà, anche chi pensi che il conflitto di interessi tra le parti non sia sempre condizione indispensabile del processo e che, anche quando le parti sono d'accordo, il processo può essere necessario per garantire nell'interesse pubblico l'osservanza del diritto oggettivo (cfr. vol. I, § 37 in fine), deve riconoscere che la struttura del processo a parti contrapposte (« *Parteiprozess* » lo chiama la dottrina tedesca),

Valore psicologico del contraddittorio.

quale si ritrova in tutte le legislazioni moderne, è non soltanto una naturale conseguenza del principio della domanda (art. 99 C.p.c.; cfr. art. 2907 C.c.) e della bilateralità dell'azione (vol. I, § 33), ma è tecnicamente il congegno psicologico meglio appropriato a garantire, specialmente nella fase di cognizione, la esatta applicazione della legge, e quindi il sodisfacimento dell'interesse pubblico della giustizia. Il contraddittorio tra le parti, anche se è mosso da un contrasto di interessi individuali, serve sempre a moltiplicare nel giudice i mezzi di indagine e di controllo per l'accertamento della verità: la quale non appare mai in tutta la sua interezza se è esaminata da un solo punto di vista, ma ha bisogno, per essere compiutamente conosciuta, di essere illuminata sotto diversi aspetti e con frutto tanto maggiore quanto più essi sono lontani tra loro e disparati. L'esistenza di un contrasto polemico tra i contraddittori permette al giudice di ricostruire, mercè loro, la verità a tre dimensioni; se non ci fossero due parti, il giudice non potrebbe essere imparziale. Il vecchio proverbio, ricordato anche dal Petrarca (*Canz.* 48.6), « intendi l'altra parte » insegna che se si vuol che dal processo venga fuori un po' di luce di giustizia, è indispensabile aprir l'adito alla diversità delle contrastanti opinioni (1).

Il contraddittorio nel processo inquisitorio.

Proprio per non far mancare all'amministrazione della giustizia questo insostituibile strumento di indagine che è il giuoco dialettico delle opinioni contrapposte, la legge costruisce il processo come un contraddittorio tra due parti, anche quando non vi sia tra esse un effettivo contrasto di interessi, anche quando oggetto del provvedimento giurisdizionale sia in sostanza un interesse solo. Se, ad esempio, due coniugi si trovano concordi nel desiderare l'annullamento del loro matrimonio, la domanda per farlo annullare (art. 117 e segg. C. c.) dovrà esser proposta al giudice da uno di essi *nei confronti dell'altro* (cfr. § 33); sicchè, nonostante che i loro interessi siano coincidenti e non contrastanti, essi figureranno nel processo come *parti* contrapposte, in quanto uno di essi prenderà l'iniziativa di chiedere al giudice un provvedimento giurisdizionale destinato ad operare anche nella sfera giuridica dell'altro. Questo carattere meramente processuale della contrapposizione delle parti appare ancor più evidente nel processo di interdizione. Qui, tra il parente o il pubblico ministero che promuove il giudizio, e la persona contro la quale il giudizio è promosso non v'è, giuridicamente, contrasto d'interessi: la interdi-

---

(1) Questo concetto fondamentale del processo si trova largamente sviluppato nelle opere del CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato,* e *Delle buone relazioni tra i giudici e gli avvocati,* citate nella bibliografia.

zione è chiesta a vantaggio dello stesso interdicendo, allo scopo di far nominare un tutore che provveda agli interessi di lui (art. 414 C.c.); e solo dall'interesse di lui, che il richiedente è legittimato a far valere, deve tener conto il giudice nel decidere se la domanda di interdizione meriti di essere accolta. Eppure anche in questo caso il processo ha la figura di una contrapposizione di parti: la legge vuole anche qui, per trarne profitto ai fini della giustizia, garantire la possibilità del contraddittorio, il quale dovrà servire qui a mettere di fronte non due interessi in conflitto, ma, eventualmente, due diversi modi di apprezzare quell'unico interesse di cui qui si discute, allo scopo di dare al giudice quella compiutezza di informazione che gli permetterà di tutelarlo nel modo migliore.

Una riprova di quanto si è detto si può trovare anche nella struttura del processo penale (cfr. § 31 in fine), dove la legge ha creato, di fronte all'imputato, un organo pubblico incaricato di esercitare lo ufficio di accusatore (pubblico ministero). Questi, pur non perseguendo uno scopo diverso da quello che persegue il giudice (cioè l'osservanza della legge penale) e non potendosi quindi considerare in necessario contrasto di interessi coll'imputato (perchè anche il p. m. ha interesse a che l'imputato innocente sia assolto), figura tuttavia processualmente come il contraddittore naturale dell'accusato: questa contrapposizione di parti che permette al giudice di restare psicologicamente imparziale al di sopra della loro mischia, è una essenziale garanzia di giustizia, in virtù della quale il moderno processo penale accusatorio costituisce un progresso sul processo penale inquisitorio di altri tempi, in cui il giudice, cumulando in sè la funzione di accusatore, si trovava sempre ad essere, anche senza volerlo, persecutore partigiano dell'imputato sottoposto al suo giudizio; diventava cioè, secondo la efficace espressione del BECCARIA, « nemico del reo » (1).

Inesistenza di processi a parte unica nel nostro diritto.

La possibilità di un processo « a parte unica », com'era appunto il processo penale inquisitorio (il solo imputato di fronte al giudice inquisitore), è dunque esclusa dal nostro ordinamento. Il processo presuppone *almeno due parti.* Non è necessario che tutt'e due le parti siano attive (vedremo a suo tempo come il processo possa svolgersi anche se una di esse rimane *contumace*: art. 290-294), nè che il contraddittorio si instauri fin dall'inizio del processo (essendovi procedimenti che si iniziano *inaudita altera parte,* riservato ad essa il diritto di provocare il contraddittorio mediante opposizione: art. 633 e segg.); ma è necessario in ogni caso che il provvedimento domandato dalla persona che si rivolge al giudice sia destinato ad operare

ART. 290-294.

ART. 633.

(1) *Dei delitti e delle pene,* § XVII.

con efficacia di *soggezione* (§ 20) nella sfera giuridica *di un'altra persona,* in modo che di fronte alla parte che chiede il provvedimento vi sia, anche se inerte, la parte *contro cui* il provvedimento è chiesto (1).

§ 108. — Nozione processuale di parte (2).

Le parti come soggetti del rapporto processuale.

Per intendere il concetto di parte qual è accolto, in conformità colla tradizione, nel nostro diritto positivo, bisogna partire da questa elementare premessa: che la qualità di parte si acquista, *astraendo da ogni riferimento al diritto sostanziale,* per il solo fatto, *di natura esclusivamente processuale,* della proposizione di una domanda al giudice: la persona che propone la domanda, e la persona contro la quale è proposta, acquistano senz'altro, per questo solo fatto, la qualità di parti del processo che con tale proposizione si inizia; anche se la domanda è infondata o improponibile o inammissibile (tutte circostanze che potranno avere effetto sul contenuto del provvedimento), essa basta per far sorgere quel rapporto processuale di cui le parti sono appunto i soggetti (§ 48). Le parti *sono il soggetto attivo e il soggetto passivo della domanda giudiziale* (3).

Sarebbe superfluo insistere su queste nozioni elementari se in questi ultimi anni esse non fossero state alquanto intorbidate da una terminologia che ricollega il concetto di « parte » anzichè al rapporto processuale, al rapporto sostanziale su cui il giudice è chiamato a provvedere: la parola « parte » si trova infatti adoprata talora per indicare i soggetti del processo (nel senso, cioè, in cui finora se n'è parlato), tal'altra per indicare i soggetti del rapporto sostanziale controverso (o, come si dice, i « soggetti della lite »); e per distinguere le due diverse accezioni, si trovano contrapposte le *parti in senso processuale* alle *parti in senso sostanziale* (4).

Non crediamo che questa terminologia giovi a chiarire le idee. La parola « parte », quale la usa il Codice di procedura civile (art. 75-81; 90 e segg.; ecc.) (5), è adoprata sempre in senso *esclusivamente*

ART. 75-81.

---

(1) Chiovenda, *Istituzioni,* II, pag. 17.

(2) Chiovenda, *Istituzioni,* II, n. 214; Redenti, *Profili,* pag. 275; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.,* I, pag. 289 e segg.

(3) Chiovenda, *Istituzioni,* II, n. 214; Betti, *Dir. proc. civ.,* n. 23.

(4) Carnelutti, *Sistema,* I, pag. 360; *Istituzioni,* n. 6 e n. 101. Anche Jaeger, *Dir. proc. civ.,* nn. 110-111 adopra una terminologia che è in contrasto con quella della legge: chiama « parti » i soggetti del rapporto sostanziale controverso, e « soggetti processuali parziali » i soggetti del rapporto processuale.

(5) Nel C. civile la parola « parte » si trova talvolta usata per indicare i soggetti di un rapporto giuridico, o di un negozio giuridico bilaterale: per es.,

processuale: ed è bene, per non ingenerar confusioni, adoprarla sempre e soltanto in questo preciso senso, ed evitar di usarla per indicare concetti di portata teorica e pratica ben diversa (1).

Le parti come *soggetti del rapporto processuale,* non devono andar confuse nè coi *soggetti del rapporto sostanziale controverso,* nè coi *soggetti dell'azione*: se spesso queste tre qualità coincidono, in quanto il processo si istituisce proprio tra i soggetti del rapporto sostanziale controverso, legittimati ad agire e a contraddire sul medesimo, può accadere che la domanda sia proposta da chi (o contro chi) non è in realtà interessato nel rapporto sostanziale controverso o non è legittimato ad agire o a contraddire; e tuttavia, anche in questo caso, colui che ha proposto (o contro il quale è stata proposta) la domanda senza diritto o senza legittimazione, sarà ugualmente parte in senso processuale. Qualche esempio gioverà a far meglio intender la differenza (2).

Le parti non vanno confuse nè coi soggetti del rapporto sostanziale, nè coi soggetti dell'azione.

Supponiamo che tra A e B verta, per un qualsivoglia titolo di diritto sostanziale, per es. per un contratto di compravendita, un rapporto obbligatorio: A, venditore ha diritto di farsi pagare da B il prezzo che costui ancora non gli ha pagato. A e B sono dunque, secondo il diritto sostanziale, soggetti di un rapporto giuridico: A, creditore, ne è il soggetto attivo, B, debitore, il soggetto passivo.

Esempi.

Sorge controversia tra i due su questo rapporto obbligatorio, perchè B si rifiuta di pagare ad A ciò che gli deve. In questo caso, poichè di regola « la legittimazione ad agire e a contraddire spetta rispettivamente al soggetto attivo e al soggetto passivo del rapporto sostanziale controverso », sorge in A il diritto di azione contro B, cioè il diritto di ottenere dal giudice un provvedimento che condanni B a pagargli ciò che gli è dovuto: A è il soggetto *attivo* dell'azione, contro B che ne è il soggetto *passivo* (cfr. § 39 *a*).

Per far valere il suo diritto, A propone dinanzi al giudice domanda in contraddittorio di B; si instaura così un processo, di cui A e B sono i soggetti: A soggetto *attivo* della domanda, B soggetto *passivo.*

In questo esempio, com'è facile intendere, la posizione di diritto processuale corrisponde con quella di diritto sostanziale: A è il soggetto attivo del diritto di credito, dell'azione e del processo; B ne è, rispettivamente, il soggetto passivo. Qui le parti del rapporto pro-

---

l'art. 1321 del nuovo C. c. definisce il contratto « l'accordo di due o più parti » (cfr. art. 1322, 1325, 1326 ecc.) nello stesso senso in cui l'art. 1098 del C. c. 1865 lo definiva « l'accordo di due o più persone ». Cfr. MESSINEO, *Istituzioni di dir. civile,* 4ª ediz. (Padova, 1942), § 7, n. 5.

(1) ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 289, *b.*

(2) Cfr. BETTI, *Dir. proc.*, n. 23, pag. 96 e segg.

cessuale sono, contemporaneamente, soggetti del rapporto sostanziale controverso e dell'azione.

Ma si possono fare altri esempi, in cui, spettando la legittimazione ad agire a persona diversa da quella cui spetta il diritto soggettivo sostanziale (cfr. § 37, *b*), i soggetti del processo, o uno di essi, siano persone distinte dai soggetti del rapporto sostanziale controverso. Supponiamo che sia stato celebrato il matrimonio tra A e B senza lo assenso prescritto dall'art. 90 C.c.: e che la persona (C) della quale era richiesto l'assenso, proponga dinanzi al giudice l'annullamento di quel matrimonio, in contraddittorio dei coniugi A e B. Qui il rapporto processuale verterà tra C, soggetto attivo del processo, ed A e B, soggetti passivi. Ma non vi sarà totale coincidenza tra i soggetti del processo e i soggetti del rapporto sostanziale; perchè C, pur essendo legittimato ad agire, cioè soggetto attivo dell'azione, non è soggetto del rapporto sostanziale controverso, cioè del rapporto matrimoniale che verte soltanto fra i coniugi A e B; si avrà dunque qui una persona (C) che pur non essendo uno dei soggetti del rapporto sostanziale controverso, avrà la legittimazione ad agire e assumerà nel processo la posizione di soggetto attivo.

Ma si potrebbero configurare altre ipotesi in cui la qualità di parte sia assunta da persone che non solo non siano tra i soggetti del rapporto sostanziale controverso, ma siano sfornite altresì della legittimazione ad agire o a contraddire su quel rapporto. Se, nell'esempio fatto sopra, l'impugnazione del matrimonio fosse proposta invece che dalla persona « della quale era richiesto l'assenso » (art. 121) da un altro congiunto dei coniugi non legittimato ad agire in questo caso, qui la domanda sarebbe proposta da chi non è nè soggetto del rapporto sostanziale controverso (rapporto matrimoniale) nè soggetto dell'azione: *e tuttavia, per il solo fatto di aver proposto la domanda, questa persona assumerebbe senz'altro la qualità di parte in senso processuale.*

Non si deve infatti mai dimenticare che per proporre una domanda in giudizio, non è necessario che il proponente abbia effettivamente il diritto che egli vanta o la legittimazione ad agire che egli afferma: al momento in cui il processo si inizia, il diritto e la legittimazione sono semplicemente affermati, non ancora accertati, e il processo si istituisce appunto per arrivare ad accertare se il diritto affermato sussiste e se il soggetto attivo del processo è legittimato a farlo valere (1). Il rapporto processuale si costituisce e la qualità di parte si acquista indipendentemente dall'effettiva sussistenza del di-

---

(1) Chiovenda, *Istituzioni*, II, n. 214 in fine.

ritto e dell'azione: anche chi propone una domanda su un rapporto sostanziale insussistente o su un rapporto altrui difronte al quale egli è sprovvisto di legittimazione attiva, o contro una persona che non è il legittimo contraddittore in relazione a quel rapporto, dà vita a un rapporto processuale in cui, indipendentemente da quella che sarà la decisione del merito, la qualità di parte è senz'altro acquisita da lui che propone la domanda e dalla persona contro cui la domanda è proposta. La nozione processuale di parte è dunque, in ogni caso, un concetto *a posteriori* (1): non si può stabilire *a priori*, prima che su un certo rapporto sostanziale controverso si inizi il processo, quali saranno le parti di questo processo. Si può stabilire *a priori* (poichè questo dipende dal diritto sostanziale) quali saranno i soggetti della azione, cioè le persone legittimate ad agire e a contraddire in relazione a quel rapporto sostanziale controverso; ma poichè la domanda in relazione a questo rapporto potrà di fatto esser proposta anche da chi o contro chi non ha la legittimazione, non è dato escludere *a priori* che il processo su quel rapporto si costituisca tra persone diverse, le quali saranno senz'altro parti di quel processo, appunto perchè di fatto il rapporto processuale si costituirà tra loro e non tra i veri legittimati.

Le parti come soggetti della causa.

Queste considerazioni lasciano intendere che, se le parti del processo possono non coincidere coi soggetti del rapporto controverso o coi soggetti dell'azione, *esse coincidono sempre coi soggetti della « causa », in quel senso in cui questa parola è adoprata nella nostra legge* (§ 39). La « causa », come già si è detto, è, nella fase di cognizione, il *thema decidendum del giudizio*: è l'azione non in quanto sussistente ed accertata, ma in quanto di fatto affermata da una parte e negata dall'altra, e sottoposta così all'indagine del giudice in guisa di problema che egli deve decidere. Le parti tra le quali si costituisce il rapporto processuale sono appunto quelle stesse tra le quali verte di fatto questo dibattito sulla sussistenza dell'azione ipotizzata, che si chiama la « causa »; che poi i soggetti della causa siano anche i soggetti dell'azione effettivamente sussistente, questo si potrà sapere soltanto alla fine del processo, dalla sentenza. Chi siano i soggetti della « causa » si determina invece *soltanto dalla domanda*: parti del processo e soggetti della causa (o, come anche si dice, *parti in causa*) sono perciò nozioni equivalenti.

---

(1) Cfr. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, n. 83: il quale però ricade nella confusione tra concetto di parti *a posteriori* (concetto processuale di parti) e concetto di parti *a priori* (parti in senso sostanziale, cioè non più soggetti del processo, ma « soggetti della lite »).

Questo è il significato in cui la parola « parti » è adoprata dal Codice di procedura civile tutte le volte che vuole indicare le persone sulle quali il processo fa sentire i suoi effetti: sulle parti come soggetti del processo e non come soggetti del rapporto sostanziale controverso grava la responsabilità per le spese (art. 91 C.p.c.); tra le parti, come soggetti del processo e non come soggetti del rapporto sostanziale, fa stato, per regola generale (art. 2907 C.c.; le eccezioni a questa regola si vedranno a suo tempo), l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato.

§ 109. — Posizione reciproca delle parti nel processo (1).

Diversa posizione iniziale delle parti: attore e convenuto.

Si è detto (§ 107) che ogni processo per costituirsi ha bisogno di almeno due parti: quella che invoca il provvedimento del giudice, e quella contro la quale tale provvedimento è invocato. Le parti non si trovano quindi nel processo in posizione identica: il principio di uguaglianza delle parti (§ 62) non può distruggere questa diversità di posizione iniziale, derivante dal fatto che la invocazione del giudice proviene non da tutt'e due le parti insieme, ma da una parte che colla proposizione della domanda prende volontariamente l'iniziativa del processo contro l'altra parte che senza sua volontà si trova coinvolta nel rapporto processuale ed è costretta a subirne gli effetti. Vi è dunque in ogni caso tra le parti del processo una relazione di necessaria *reciprocità*: un soggetto attivo e un soggetto passivo: una parte che attacca ed una che resiste. Nel processo di cognizione questi due soggetti si chiamano rispettivamente *attore* e *convenuto* (*actor* e *reus* del processo romano: la espressione *conventus* è della bassa latinità, e indica etimologicamente la parte che è invitata dall'*actor* a comparire con lui, *venire cum*, dinanzi al giudice). Ma le denominazioni variano secondo i tipi e le fasi del procedimento: si parla di *appellante* e *appellato* nel giudizio di appello (art. 347, 350 ecc.); di *ricorrente* e *intimato* o *resistente* (o *controricorrente*, se c'è controricorso, art. 370) in cassazione; di *creditore* e *debitore* nel processo di espropriazione (art. 512); di *parte istante* o di *parte obbligata* in altri procedimenti esecutivi (art. 606, 612 ecc.); di *ricorrente* ed *opponente* in alcuni procedimenti speciali (es. nel procedimento di ingiunzione, art. 633 e segg.); ecc.

Questa differente posizione iniziale delle due parti, derivante dal fatto che l'una agisce e l'altra subisce, può avere altre conseguenze

---

(1) Chiovenda, *Istituzioni*, II, n. 215.

nel corso del processo (1): la posizione di attore di solito porta con se maggiori oneri (per es. agli effetti della competenza, *actor sequitur forum rei,* retro, § 94; agli effetti dell'onere della prova, è l'attore che deve per primo provare i fatti costitutivi del diritto che afferma, art. 2697 C.c.), ma, d'altro lato, la posizione di convenuto porta con sè lo svantaggio tattico che la difensiva presenta sempre nei confronti dell'offensiva: se, ad esempio, l'attore ha proposto un'azione di condanna, il rischio di esser condannato incombe soltanto sul convenuto, che deve battersi non per ottener la condanna dell'*avversario,* ma per evitar la condanna *propria.* Tuttavia anche l'equilibrio tattico iniziale può ristabilirsi attraverso la *riconvenzione* (§ 98, n. 6), colla quale il convenuto, attaccato dall'attore, invece di mantenersi sulla difensiva, a sua volta passa al contrattacco: difronte alla domanda dell'attore proposta contro il convenuto, questi, facendosi a sua volta attore, propone nello stesso processo una domanda contro l'attore originario, che nei confronti di questa domanda proposta contro di lui assume a sua volta la posizione di *riconvenuto.* Così le posizioni iniziali si invertono, e tutt'e due le parti appaiono insieme, secondo che si tratti della domanda principale o di quella riconvenzionale, attaccante ed attaccata.

Riconvenzione.

La posizione di attore assunta col proporre la domanda fa sì che di solito gravi sull'attore l'onere di provocare il contraddittorio, cioè di portare a conoscenza del convenuto la domanda proposta contro di lui, per metterlo in condizioni di difendersi prima che l'organo giudiziario provveda su di essa (art. 101: a tale scopo serve nel processo di cognizione l'atto di citazione, art. 163; nel processo di esecuzione, il precetto, art. 480). Ma in certi procedimenti speciali (procedimenti sommari) per ragioni di urgenza e speditezza si segue un diverso ordine: la domanda dell'attore è presentata inizialmente al giudice affinchè vi provveda prima che il convenuto ne sia informato (*inaudita altera parte*); e il convenuto ha soltanto facoltà di fare *opposizione* al provvedimento già emanato, entro un termine decorrente da quando ne riceve la notificazione (es. il procedimento di ingiunzione, art. 633, 641, 645). Qui dunque, non soltanto il contraddittorio è *posticipato,* nel senso che esso si svolge dopo il provvedimento, invece che prima come avviene nel processo ordinario; ma è anche *eventuale,* nel senso che il contraddittorio ha luogo se il convenuto crede opportuno provocarlo mediante opposizione, ma può anche mancare se il convenuto rimane inerte. Così in questa forma di procedimento, la iniziativa del contraddittorio si sposta dall'attore al convenuto. Ma questo non

Contraddittorio posticipato ed eventuale.

ART. 633, 641, 645.

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, pag. 217; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, n. 131, pag. 290.

altera le posizioni iniziali derivanti dalla proposizione della domanda: se il convenuto fa opposizione, nel susseguente giudizio in contraddittorio la posizione di attore è mantenuta da colui che ha proposto inizialmente la domanda, non da colui che ha proposto l'opposizione contro il provvedimento preso dal giudice sulla medesima (1).

Si consideri finalmente, a riprova del carattere meramente processuale della nozione di parte (§ 108) che le posizioni assunte dai soggetti nel processo non coincidono necessariamente colle posizioni dei soggetti del rapporto sostanziale. Se è oggetto del processo un rapporto obbligatorio di cui A è soggetto attivo (creditore) e B è soggetto passivo (debitore), può darsi che nel processo la posizione di attore sia assunta dal creditore A, quando questi chiede la condanna al pagamento del debitore B, convenuto; ma può darsi anche che l'iniziativa del processo sia presa dal debitore B, quand'egli, in veste di attore, propone un'azione di mero accertamento (negativo) contro il creditore A, convenuto, per far dichiarare la propria liberazione dal credito che questi vanta. E così si possono immaginare figure processuali in cui tutt'e due i soggetti del rapporto sostanziale figurino nel processo in veste di convenuti difronte all'attore estraneo a quel rapporto (per es. se uno degli ascendenti impugna il matrimonio, nei casi previsti dall'art. 117 C. c., la posizione di attore è assunta da persona estranea al rapporto matrimoniale controverso, e tutt'e due i soggetti di questo rapporto assumono la posizione di convenuti).

§ 110. — Pluralità di parti (litisconsorzio) (2).

Le parti come coppia necessaria di contraddittori.

Affinchè si abbia un processo è necessario che vi siano *almeno* due parti nelle due posizioni antitetiche sopra chiarite (§ 107); ma non è necessario che ve ne siano *soltanto* due. Quando le parti sono più di due, si ha il fenomeno del processo con *pluralità di parti* o *litisconsorzio*: processo con *pluralità di parti* o *litisconsorzio* significa dunque processo con *più di due parti* (il fenomeno è studiato soprattutto in relazione al processo di cognizione ed alla competenza, art. 33, 273, 274; ma esso ha esempi cospicui anche nel processo di esecuzione: art. 493, 499, 510, 525, 543 ecc. Un caso tipico di pluralità di parti nel processo di esecuzione è dato dal concorso dei creditori nel fallimento, art. 52 r. decr. 16 marzo 1942 n. 267). La posizione dei litisconsorti fra loro non può prescindere da quello che poco fa si è

---

(1) Chiovenda, *Istituzioni*, II, pag. 216; Carnelutti, *Istituzioni*, n. 107.

(2) Cfr. Chiovenda, *Istituzioni*, II, nn. 179, 215; e §§ 33-35; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, nn. 134-158, pag. 291 e segg.; Redenti, *Profili*, nn. 154-155; Zani, voce « *Litisconsorzio* », in « Nuovo Dig. it. », vol. VII.

detto a proposito della *reciprocità* del concetto di parte. Il concetto di parte ha necessariamente una portata correlativa e reciproca, nel senso che non si può concepire una parte se non in quanto sia posta in antitesi colla parte avversaria, colla quale costituisce una *coppia di contraddittori* concettualmente inscindibile, formata da due posizioni antagonistiche e reciprocamente complementari. In tanto uno dei soggetti del processo può avere la posizione di attore, in quanto l'altro abbia la posizione di convenuto: e viceversa. Un processo con due attori senza convenuto, o con due convenuti senza attore non sarebbe concepibile; non basta dunque per aversi un processo che vi siano due persone in causa, ma occorre altresì che tra esse vi sia, in relazione alla domanda, quel rapporto di contraddizione per cui, considerando una di esse come *parte*, l'altra appaia naturalmente come sua *controparte*. Ora questo carattere di reciprocità delle parti non vien meno neanche nel caso di litisconsorzio: per quanto, in tal caso, i soggetti del processo siano più di due, ciascuno dovrà figurarsi come attore o come convenuto nei confronti di qualcun altro, in modo che sia possibile distinguere, tra i litisconsorti, altrettante coppie di contraddittori che siano reciprocamente parti l'uno nei confronti dell'altro (anche lo interveniente adesivo che, come si dirà, entra nel processo « per sostenere le ragioni di alcuna delle parti », si pone come contraddittore dello stesso contraddittore della parte a cui aderisce: art. 105 ultimo comma). La determinazione della esatta posizione che ciascuna parte assume nel processo non può dunque farsi se non in funzione delle domande che nel processo sono state proposte: quando nello stesso processo si trovano riunite più domande (ossia più *cause*) la posizione delle parti va determinata in relazione a ciascuna domanda, in modo da stabilire per ciascuna domanda questo rapporto correlativo tra colui che la propone e colui contro il quale è proposta.

Varî tipi di litisconsorzio: attivo, passivo misto.

1. - Proprio sulla posizione che ciascuna parte assume difronte alle varie domande riunite in un solo processo è basata la distinzione, già vista ad altri fini (§ 41 B, *b*) fra litisconsorzio *attivo*, *passivo* e *misto*: solo distinguendo i litisconsorti, secondo tale posizione, in attori e convenuti, il litisconsorzio si può qualificare *attivo* se vi figurano più attori contro un solo convenuto, *passivo* se vi figurano più convenuti contro un solo attore; *misto* se difronte a una pluralità di attori si trova una pluralità di convenuti. Ma non si deve credere che in queste tre figure si esauriscano tutte le possibili configurazioni del litisconsorzio. Spesso il litisconsorte che figura come convenuto in una delle domande, assume a sua volta la figura di attore in un'altra domanda da lui proposta contro un terzo (come avviene nel processo di garanzia); oppure può accadere che ogni litisconsorte si trovi contemporaneamente in posizione di contraddizione con ciascuno degli altri,

come avviene nei giudizi di divisione o nel processo in cui tra le due parti originarie si inserisce un interveniente principale (oltre § 111). In tutti questi casi non è possibile distinguere nell'interno del processo, quasi posti a fronte in due campi nettamente delimitati, da un lato tutti gli attori e dall'altro tutti i convenuti: i rapporti di contraddizione si intrecciano e si contrappongono tra le varie coppie corrispondenti alle varie domande, e in luogo di un solo scontro generale su unico fronte, il processo si scinde in tanti contraddittorî di coppie distinte in cui ogni litisconsorte può trovarsi ora alleato ed ora avversario di ciascuno degli altri.

In tutti questi casi se tutti i litisconsorti si possono considerare come parti di quel processo in senso generico, si dovranno poi distinguere tra essi le varie coppie di coloro che, come soggetto attivo e soggetto passivo di una stessa domanda, sono reciprocamente parti in senso proprio e specifico *tra loro*. Tutto questo non ha un valore puramente teorico: poichè gli effetti processuali derivanti dalla qualità di parte (condanna alle spese, cosa giudicata ecc.) non si verificano se non tra quelle parti che nel processo si sono trovate in posizione reciproca di contraddittori (non quindi, ad esempio, tra due parti che nello stesso processo hanno figurato soltanto come attori alleati contro lo stesso convenuto o come convenuti alleati contro lo stesso attore): cioè, come si dice nella pratica, tra le parti che abbiano « preso conclusioni » l'una contro l'altra.

2. — Sotto altro punto di vista la pluralità di parti si distingue nelle due figure, anch'esse già note (§ 41, B, *b*) del litisconsorzio *necessario* e del litisconsorzio *facoltativo*, terminologia che sotto il C. 1865 era meramente dottrinaria, ma che ora è stata adottata dal nuovo Codice (cfr. le intitolazioni degli art. 102, 103, 784). Il litisconsorzio facoltativo si distingue poi in *proprio* e *improprio* (1).

Litisconsorzio necessario e facoltativo.

Nel litisconsorzio *necessario* alla pluralità di parti non corrisponde una pluralità di cause: il rapporto sostanziale controverso è uno solo, una è l'azione; ma poichè il rapporto sostanziale è unico per più soggetti, in modo che le modificazioni di esso per esser efficaci debbono operare congiuntamente nei confronti di tutti, la legge esige che nel processo in cui si deve decidere di questo unico rapporto tutti i soggetti di esso siano necessariamente chiamati, affinchè nei confronti di tutti faccia stato la decisione. Si pensi, ad es., al rapporto di comunione tra più di due condòmini: ciascuno di essi ha diritto di chiedere lo scioglimento della comunione, ed è legittimato ad agire

---

(1) Cfr. Chiovenda, *Principii*, 3ª ed., pag. 1076; Redenti, *Profili*, n. 155; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, 135, 136, pag. 292. In senso diverso, Carnelutti, *Istituzioni*, n. 260.

per la divisione (art. 1111 C. c.); ma la legittimazione passiva spetta *congiuntamente* a tutti gli altri condòmini, e l'attore deve proporre la domanda di divisione in confronto di tutti (art. 784 C.p.c.). Oppure può accadere che la legittimazione attiva sia conferita dal diritto sostanziale a persona diversa dai soggetti del rapporto controverso; in questo caso la legittimazione passiva spetta congiuntamente a questi soggetti, e non a uno solo di essi disgiuntamente dagli altri (p. es. l'azione di impugnativa di un matrimonio, esercitata da un congiunto, dev'essere proposta contro tutt'e due i coniugi, art. 117 C. c.; l'azione di contestazione di legittimità o quella di reclamo di legittimità devono essere proposte contro entrambi i genitori, art. 248 e 249 C. c.; nell'azione surrogatoria il creditore deve citare, oltrechè il terzo, « anche il debitore al quale intende surrogarsi », art. 2900 C.c.; le azioni relative all'eredità, durante la gestione dell'esecutore testamentario, devono essere proposte anche nei confronti di lui, art. 704 C. c.). In tutti questi casi, in cui la legittimazione spetta *congiuntamente e non separatamente* a più persone, il litisconsorzio di essa è necessario: « se la « decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, que- « ste debbono agire o esser convenute nello stesso processo » (art. 102: cfr. § 37 *b*). Negli esempi finora citati la necessità del litisconsorzio è espressamente stabilita dalla legge; ma vi possono essere casi di litisconsorzio necessario anche in mancanza di esplicita disposizione di legge tutte le volte che l'azione (costitutiva) mira al mutamento di uno stato o rapporto giuridico destinato ad operare nei confronti di più soggetti, i quali, affinchè il mutamento possa validamente prodursi, debbono essere chiamati in causa tutti quanti non potendo lo stesso rapporto o stato che è uno per tutti, esser modificato soltanto nei confronti di alcuno di essi e per gli altri rimanere immutato (1).

ART. 102.

Nei casi finora accennati di lisconsorzio necessario, la sentenza, se fosse pronunciata senza la presenza in causa di tutti i litisconsorti, sarebbe difettosa (vedremo a suo tempo la natura giuridica di questo difetto); sicchè, per evitare ciò, l'art. 102 secondo comma stabilisce che se il giudizio è promosso senza la presenza di tutti i litisconsorti necessari « il giudice ordina la integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito ».

Con questa ipotesi non deve andar confusa, pur avendo molti punti di somiglianza, quella che si può verificare quando legittimati a chiedere in giudizio il mutamento di un certo rapporto o stato sono tutti gli appartenenti a una certa categoria, ciascuno dei quali può da sè solo, dedurre in giudizio quel rapporto o stato e ottenerne il

Pluralità di legittimati.

(1) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1076, e *Saggi*, II, 430; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 293-294; *contra*, CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 260.

mutamento con effetti che si estendono anche agli altri legittimati non presenti in causa (per es. la interdizione di un infermo di mente, pronunciata su domanda di uno dei parenti entro il quarto grado legittimati a chiederla secondo l'art 417 C. c., è validamente pronunciata senza bisogno che siano chiamati in causa gli altri parenti ugualmente legittimati e vale come giudicato anche nei loro confronti; situazione analoga si verifica per la impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea nelle società per azioni, cfr. art. 2377 e 2378 C. c.). In questi casi il litisconsorzio non è inizialmente necessario, perchè l'azione può esser validamente proposta da uno solo dei legittimati; ma se l'azione è contemporaneamente proposta in separati giudizi da diversi di essi, il litisconsorzio diventa necessario nel senso che tutte queste varie domande, con cui i diversi litisconsorti attori deducono in giudizio tutti quanti lo stesso rapporto o stato giuridico da modificare, devono essere riunite e decise in una sola sentenza che fa stato anche nei confronti dei non intervenuti (cfr. art. 2378 C. c. comma terzo; art. 2453 comma ultimo) (1).

Litisconsorzio proprio ed improprio.

Nel litisconsorzio *facoltativo,* invece, alla pluralità di parti corrisponde una pluralità di rapporti sostanziali controversi e una pluralità di azioni cumulate nello stesso processo. Il cumulo non è qui imposto dalla unicità del rapporto controverso nè dalla natura inscindibile della legittimazione, ma è consigliato da ragioni di opportunità desunta dalla *connessione* che lega tra loro le diverse cause cumulate (e secondo che questa connessione sia propria o impropria, anche *proprio* od *improprio* si denominerà il litisconsorzio: cfr. § 98, n. 7). Qui il processo appare unico nonostante che più siano le cause in esso contenute; ma in questo processo, si possono distinguere tanti rapporti processuali quante sono le cause: le parti mantengono tra loro quella stessa posizione di reciprocità necessaria che avrebbero se le cause fossero separatamente decise; qui è possibile che a un certo punto

ART. 104.

le cause riunite vengano disgiunte (art. 104 primo comma) e ognuna torni ad essere oggetto di un separato processo (§ 98 all'inizio); ed anche se il processo rimane unico fino alla fine, le decisioni delle diverse cause potranno essere diverse e corrispondenti al diverso comportamento tenuto nel processo dalle parti di ciascuna causa (2).

Litisconsorzio iniziale e sopraggiunto.

3. — La pluralità di parti può sussistere fin dall'inizio del processo o prodursi nel corso di esso (litisconsorzio *originario* o *iniziale* e litisconsorzio *successivo* o *sopraggiunto*) (3). Mentre nel primo caso fin da

---

(1) Cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 294.

(2) REDENTI, *Profili*, n. 158; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1093.

(3) Denominazione di ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 134, pag. 291, e di CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 259.

principio il processo si istituisce con pluralità di parti per iniziativa dell'attore (es. art. 33), nel secondo caso il processo si istituisce inizialmente con due sole parti, alle quali poi altre vengono, volontariamente o coattivamente, ad aggiungersi nel corso di esso.

Questo accrescersi del numero delle parti durante il processo può avvenire o per *riunione di processi* già separatamente iniziati tra parti diverse (art. 273, 274; cfr. § 98) o per *intervento* di terzi estranei nell'unico processo in corso (§ 111).

§ 111. — Intervento in causa (1).

Terminologia: intervento del terzo.

Può accadere che alle parti tra le quali il processo si è inizialmente costituito, altre vengano ad aggiungersi mentre il processo è in corso: la parola « intervento » con cui si indica questo fenomeno, esprime etimologicamente (*inter* = durante) il sopraggiungere di altre parti durante un processo già iniziato senza di loro. Anche qui la terminologia processuale coincide con quella guerresca, dove si parla di « intervento » di un terzo Stato nella guerra in corso tra altri; in questo modo lo Stato interveniente, che fino a quel momento era neutrale, diventa anch'esso belligerante; allo stesso modo l'interveniente in causa, che fino a quel momento era difronte al processo pendente tra le parti un terzo estraneo, vi assume anch'egli da allora in poi la qualità di parte, colle facoltà e cogli oneri (variamente limitati secondo i casi) ad essa inerenti. Presupposti immancabili di ogni forma d'intervento in causa sono dunque questi due: che il processo in cui l'intervento ha luogo sia già pendente tra due o più parti; che l'interveniente sia *un terzo*, cioè non sia già parte nel processo in cui interviene (non si deve dunque confondere coll'intervento del terzo la comparizione tardiva del contumace, che, quantunque non comparso, è parte fin dall'inizio del processo: art. 293).

Fino dalla più antica dottrina del diritto comune l'intervento in causa è stato distinto in diverse figure, alle quali corrisponde una tradizionale terminologia, oggi penetrata in parte anche nel nuovo Codice (art. 105-107; art. 267-272; cfr. art. 201-205 C. 1865).

ART. 105-107.

Intervento volontario e coatto.

La distinzione più semplice è quella basata sulla persona che prende l'iniziativa dell'intervento: se l'intervento ha luogo per spontanea iniziativa dello stesso interveniente, l'intervento si dice *volontario* (cfr. intitolazione dell'art. 105); se l'intervento ha luogo per iniziativa di

(1) Chiovenda, *Istituzioni*, II, §§ 33-34; Redenti, *Profili*, nn. 159-161; Carnelutti, *Istituzioni*, n. 262; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, n. 137-155, pag. 296 e segg.; Segni, *L'intervento adesivo*, I (Roma, 1920) e, più recente, la voce « *Intervento in causa* », in « Nuovo Dig. it. », vol. VII, pag. 93.

una delle parti già in causa o del giudice, l'intervento si dice *coatto* (la legge adopra l'espressione equivalente, di *chiamata di un terzo in causa*: cfr. intitolazione degli art. 269 e 270). Meno nette e più complicate sono, come ora si vedrà, le ulteriori suddistinzioni di questi due tipi: l'intervento *volontario* è distinto secondo lo scopo che l'interveniente si propone, in tre tipi: *principale* (detto dalla dottrina del diritto comune *ad infringendum* o *ad excludendum iura utriusque competitoris*), *adesivo* o *accessorio*, o anche *adesivo semplice* (c. d. i. *ad adiuvandum*), *litisconsortile* o *litisconsorziale* o anche *adesivo autonomo*. Il primo e il terzo tipo sono regolati dal primo comma dell'art. 105; il secondo dal secondo comma dello stesso articolo; ma le denominazioni sono date dalla dottrina, non dalla legge.

Ulteriori suddistinzioni.

L'intervento *coatto* è distinto dalla stessa legge, secondo che la chiamata del terzo sia fatta per iniziativa di una delle parti in causa o per iniziativa del giudice, in due tipi: intervento *su istanza di parte* (art. 106), e intervento *per ordine del giudice* (art. 107).

Vedremo le differenze, esaminando ad una ad una queste figure; ma si deve avvertire che per avere una idea compiuta dell'intervento nel sistema del processo civile, bisogna metterlo in relazione con quelle disposizioni che ne regolano la ammissibilità in appello (art. 344), con quelle che legittimano il terzo a fare opposizione contro una sentenza passata in giudicato (*opposizione di terzo*, art. 404-468), e più in generale con quelle che stabiliscono i limiti soggettivi del giudicato e gli effetti riflessi del medesimo sui terzi: tutti argomenti che dovremo studiare ai luoghi opportuni. Sull'intervento del pubblico ministero (art. 703) cfr. oltre, §§ 121 e segg.

Disposizioni complementari.

ART. 344, 404-468.

I. - *Intervento volontario.*

Per tentare una definizione delle varie forme in cui si distingue l'intervento volontario sembra prudente partire dall'esegesi dell'art. 105 del nuovo Codice, il quale ha voluto precisare, in maniera molto meno vaga del vecchio Codice, in quali casi questo intervento è ammissibile. Mentre l'art. 201 del C. 1865 si limitava a stabilire genericamente: « chiunque abbia interesse in una causa vertente tra altre persone può intervenirvi », e lasciava alla dottrina il compito di distinguere le varie ipotesi che si potevano far rientrare in questa formula elastica, il nuovo Codice molto più compiutamente si esprime così: « Ciascuno « può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in « confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un diritto relativo al- « l'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo ».

Esegesi dell'articolo 105.

« Può altresì intervenire per sostenere le ragioni delle parti, quan- « do vi ha un proprio interesse ».

I due commi servono dunque a distinguere l'ipotesi in cui l'intervento è indirizzato a far valere *un diritto* dell'interveniente, da quella in cui è indirizzato a far valere soltanto un suo *interesse*.

Il primo comma poi, quello che considera l'intervento indirizzato a far valere un diritto, può suddistinguersi in quattro casi che si intrecciano e si integrano a vicenda: secondo che il diritto asserito dall'interveniente sia fatto valere « in confronto di *tutte* le parti » ovvero in confronto « di *alcune* di esse »; e secondo che il diritto fatto valere sia « relativo all'*oggetto* » ovvero « dipendente dal *titolo* » o dedotto nel processo in cui il terzo interviene. In complesso dunque la formula dell'intero articolo prevede cinque ipotesi (le prime quattro comprese nel primo comma, la quinta nel successivo), secondo che l'intervento miri a far valere:

a) un diritto dell'interveniente relativo *all'oggetto* dedotto nel processo, nei confronti *di tutte le parti;*

b) un diritto dipendente *dal titolo* dedotto nel processo, nei confronti *di tutte le parti;*

c) un diritto relativo *all'oggetto* dedotto nel processo, nei confronti *di alcune delle parti;*

d) un diritto dipendente *dal titolo* dedotto nel processo, nei confronti *di alcune delle parti;*

e) un proprio *interesse* dell'interveniente a sostenere le ragioni di *alcune delle parti* (1).

In questa serie di casi è facile riconoscere ai due estremi opposti le due figure tradizionali che la dottrina ha sempre distinto nell'intervento volontario: da un lato (ipotesi *a* e *b*) l'intervento con cui il terzo mira a far valere *un suo diritto in contrasto con tutte e due le parti* (intervento *principale* o *ad excludendum*) e dall'altro (ipotesi *e*) l'intervento con il terzo mira, allo scopo di far valere non un suo diritto ma un suo interesse, ad *allearsi ad una delle parti per aiutarla a far valere le sue ragioni contro l'altra* (intervento *adesivo* o *accessorio* o *ad adiuvandum*).

Tra queste due figure estreme la distinzione è facile: più difficile è, come si vedrà, la delimitazione della figura intermedia (che corri-

---

(1) Secondo Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, nn. 139 e 144, le ipotesi previste dal primo comma dell'art. 105 sarebbero due e non quattro: in quanto l'ipotesi che il terzo voglia far valere un diritto « in confronto di tutte le parti in causa » si riferirebbe soltanto al caso in cui questo diritto sia relativo all'oggetto dedotto nel processo; e l'ipotesi che il terzo voglia far valere un diritto in confronto « di alcuna di esse », si riferirebbe soltanto al caso in cui questo diritto sia dipendente dal titolo dedotto nel processo.

sponde alle ipotesi *c* e *d*), in cui il terzo mira a far valere, sì, un diritto, ma in contrasto soltanto con alcuna delle parti. Esaminiamo separatamente le tre figure.

Intervento principale.

1. — *Intervento principale.* La caratteristica fondamentale di questo intervento *ad excludendum* è che con esso l'interveniente non si limita ad interloquire sulla causa vertente tra le parti originarie, ma introduce nel processo una nuova domanda, diretta contro tutt'e due le parti originarie, e connessa, per identità del *petitum,* con la prima. L'esempio classico di tale intervento è quello che si verifica quando nella causa vertente tra A e B, che entrambi si pretendono proprietari di una cosa, il terzo C interviene affermandosi a sua volta proprietario di quella medesima cosa, e facendo così valere il suo diritto di proprietà, che per ragioni di incompatibilità non può spettare sulla stessa cosa che a una persona sola (a parte il caso del condominio), *contro tutt'e due le parti originarie.* In questo modo, in seguito all'intervento, si produce nel processo la riunione (*successiva* o *sopraggiunta*) di tre cause: quella originaria in cui A, rivendicante, figura come attore di fronte a B, convenuto in rivendicazione; quella introdotta mediante l'intervento, col quale C a sua volta propone azione di rivendicazione della stessa cosa contro lo stesso convenuto originario B; e quella, implicita nell'intervento con cui C chiede il rigetto per incompatibilità della domanda di rivendicazione di A, proponendo così una azione di accertamento negativo contro l'attore originario A che nei confronti di C assume la posizione di convenuto. C figura dunque come attore contro tutt'e due le parti originarie A e B, che nei suoi confronti assumono entrambi le figure di convenuti. E' questo l'esempio tradizionale dell'intervento indirizzato ad escludere il diritto di tutt'e due gli organi competitori (*ad excludendum iura utriusque competitoris*): il processo ha tre parti, ciascuna delle quali è in contraddizione con ciascuna delle altre due.

Ma questa ipotesi di intervento principale non è la sola: il nuovo Codice, come si è visto, ammette (ipotesi *b*) che la connessione per la quale il terzo è legittimato a introdurre nel processo originario una nuova causa che amplia la materia del contendere « in confronto di ambedue le parti » possa derivare non soltanto dall'identità dell'*oggetto* (come nell'esempio, finora considerato, di pretese concorrenti sulla stessa cosa) ma anche dall'identità del *titolo.* Pare dunque, stando alla formula dell'art. 105, che secondo il nuovo Codice la figura dell'intervento *ad excludendum,* nella quale l'interveniente è in contrasto *con ambedue le parti originarie,* sia concepibile non soltanto nei casi in cui la pretesa del terzo si scontra con quelle delle parti principali sullo stesso oggetto ed è con esse incompatibile, ma anche nei casi in cui tale incompatibilità non sussiste, in quanto il terzo fa valere un diritto

relativo ad un oggetto *diverso da quello controverso tra le parti principali,* ma basato sullo stesso titolo da esse dedotto nel processo. Un esempio di questa seconda figura di intervento principale basato non sulla incompatibilità delle pretese sullo stesso oggetto, ma sulla connessione derivante da identità del titolo, si può forse trovare in quei casi in cui, essendo controversa tra le parti la titolarità di un rapporto dal quale deriva un'obbligazione del titolare verso il terzo, questo terzo intervenga in causa proponendo la sua domanda contro ambedue le parti principali, per vederla accogliere nei confronti di quella che risulterà titolare (1). Un esempio testuale di questa figura si può forse riscontrare nell'art. 165 della l. 22 aprile 1941, n. 633, sul diritto d'autore, il quale dà facoltà all'autore di un'opera artistica di cui abbia ceduto i diritti di utilizzazione, di intervenire nei giudizi vertenti tra il cessionario e i terzi, « a tutela dei suoi interessi » (dice la legge), cioè allo scopo di far valere contro entrambi quel diritto alla integrità artistica dell'opera che l'autore conserva sempre anche dopo la cessione del diritto di utilizzazione patrimoniale.

Effetti processuali dell'intervento principale.

In ogni caso, in conclusione, l'intervento principale ha per effetto di riunire alla causa già pendente altre due cause che il terzo sarebbe stato legittimato come attore a promuovere in separato processo contro le due parti principali come convenute: sicchè anche attraverso l'intervento, il terzo viene ad assumere nei confronti delle parti principali la posizione di attore.

Una figura speciale di intervento principale propria del processo esecutivo è quella del terzo opponente (2) (art. 619: cfr. art. 647, 609 C. 1865; art. 103 r. decr. 16 marzo 1942 n. 267), il quale interviene nel processo di espropriazione vertente tra il creditore e il debitore, per far valere la proprietà o altro diritto reale sui beni pignorati.

Intervento principale nel processo esecutivo.

ART. 619.

2. — *Intervento adesivo.* Caratteristica fondamentale di questo intervento *ad adiuvandum* è che con esso l'interveniente non propone una nuova domanda che allarghi la materia del contendere, ma si limita ad interloquire sulla causa pendente tra le parti principali, la quale rimane, anche dopo l'intervento, la sola causa del processo, sia pur colla aggiunta di un nuovo contraddittore. Il terzo non interviene per far valere un suo diritto in posizione autonoma, ma semplicemente « per « sostenere le ragioni di alcuna delle parti » contro l'altra, cioè per aiutare una delle parti principali a far valere il suo proprio diritto contro l'altra (o a far respingere la pretesa dell'altra): l'interveniente

Intervento adesivo.

---

(1) Cfr. SEGNI, *Intervento in causa,* in « Nuovo Dig. It. », n. 11; e in « Riv. di dir. proc. civ. », 1941, II, 110; ANDRIOLI, *Comm.,* I, all'art. 105 n. 3.

(2) ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, n. 153, pag. 307.

dunque combatte per il diritto altrui, per far trionfare le ragioni della parte a cui aderisce, contro l'avversario di questa, nel quale solo per questo l'interveniente vede il suo proprio avversario. L'interveniente adesivo deve necessariamente prendere partito, cioè schierarsi per una parte contro l'altra: così egli entra nel processo, a fianco della parte adiuvata, in qualità di litisconsorte adiuvante che la controparte deve accettare *come contraddittore aggiunto*. Il terzo si presenta qui come legittimato a stare in giudizio per un rapporto giuridico altrui (legittimato attivo o passivo secondochè la parte adiuvata figuri nel giudizio come attrice o convenuta). Siamo difronte a uno di quei casi (§ 37, *b*) in cui la legittimazione è riconosciuta dalla legge a persona diversa da quella che è titolare del rapporto sostanziale controverso; sicchè viene subito in mente, per affinità di posizione, la figura del sostituto processuale (art. 81), il quale, nei casi espressamente previsti dalla legge, può stare nel processo per far valere in nome proprio un diritto altrui (cfr. oltre, § 116). Ma la legittimazione del sostituto processuale è molto più completa ed assoluta di quella dell'interveniente adesivo: perchè, mentre il primo può stare nel processo da sè solo e far valere il diritto altrui senza che il titolare del medesimo sia parte in causa, il secondo è legittimato a far valere il diritto altrui solo come parte aggiunta, accanto alla parte principale e congiuntamente con essa.

Natura giuridica dell'interesse dell'interveniente.

Abbiamo già visto, e ripeteremo tra poco (§ 116) che la legittimazione a far valere un diritto altrui ha carattere eccezionale, tanto che, per quanto riguarda la sostituzione processuale, essa non è data altro che « nei casi espressamente previsti dalla legge ». Per l'intervento adesivo non esiste una limitazione così rigorosa; ma tuttavia l'ammissibilità di esso è sottoposta dall'art. 105 alla condizione che l'interveniente abbia « un proprio interesse » nella causa in cui interviene. La dottrina si è affaticata sotto il vecchio Codice (e continuerà sotto il nuovo) intorno a questa formula vaga, per determinare in che debba consistere in concreto questo « proprio interesse » dell'interveniente adesivo; e forse per arrivar a qualche precisione non v'è strada migliore che il rimanere aderenti all'indagine casistica. In generale si può dire che l'interesse dell'interveniente deve fondarsi su ciò: che, quantunque nel processo, in cui il terzo interviene, si discuta non di un suo diritto, ma solo del diritto della parte adiuvata, al quale il terzo è estraneo, tuttavia il terzo sa che, qualora in questo processo la parte adiuvata rimanga soccombente, la sua sconfitta verrebbe indirettamente a ripercuotersi su di lui terzo, togliendogli in avvenire la possibilità di esercitare un suo diritto nelle stesse condizioni favorevoli in cui avrebbe potuto esercitarlo se la parte adiuvata fosse rimasta vittoriosa. L'interesse che legittima l'interveniente a stare in giudizio per far va-

lere il diritto della parte adiuvata non è dunque un interesse altruistico (come sarebbe quello di chi pretendesse di intervenire in causa al solo scopo di dimostrare la sua solidarietà ad un amico, o di chi fosse mosso soltanto dal nobile desiderio di cooperare al trionfo della giustizia), ma è un interesse egoistico, che ha la sua base nel vantaggio suo proprio che l'interveniente spera dalla vittoria della parte adiuvata ovvero nello svantaggio che egli teme dalla sconfitta di questa: vantaggio e svantaggio che non debbono essere meramente morali o sentimentali (la gioia di vedere un amico felice per la vittoria riportata; la soddisfazione di veder che la giustizia finisce col trionfare); ma debbono avere un substrato *giuridico*, nel senso che le conseguenze vantaggiose o svantaggiose che l'interveniente spera o teme per sè debbono esser tali da ripercuotersi, in senso a lui favorevole o sfavorevole, in un rapporto giuridico di cui egli è soggetto.

Qualche esempio chiarirà meglio queste proposizioni. L'art. 2740 C. c. pone il principio fondamentale che « il debitore risponde del- *Esempi.*
« l'inadempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e « futuri »; e l'art. 2910 aggiunge che « il creditore per conseguire « quanto gli è dovuto, può far espropriare i beni del debitore ». Si supponga ora che C sia creditore di una certa somma di danaro nei confronti di B, che figura proprietario di un immobile, nel quale C sa di poter trovare, se B non pagherà alla scadenza, il mezzo per arrivar ugualmente, attraverso l'espropriazione, al sodisfacimento del suo diritto. Se A rivendica contro B l'immobile di cui questi figura proprietario, il rapporto sostanziale intorno a cui si controverte in questa causa tra A e B non ha alcuna connessione nè di oggetto nè di titolo col diritto di credito che il terzo C ha verso B; ma C sa che, se la domanda di A contro B sarà accolta, B resterà nullatenente, e sparirà così, colla rivendicazione dell'immobile, il bene che costituiva l'unica garanzia del suo credito. In tal caso C ha interesse a che nella causa tra A e B, la domanda di A contro B sia respinta, perchè, se fosse accolta, il suo diritto di credito, pur rimanendo teoricamente impregiudicato, verrebbe a perdere *praticamente* la possibilità di essere soddisfatto: e quindi C può intervenire nel processo pendente tra le parti principali, *ad adiuvandum* B contro A (tale è l'intervento nel giudizio di divisione, al quale l'art. 1113 C. c. espressamente legittima i creditori di ciascun partecipante) (1).

Un altro esempio: Tizio, morendo, ha istituito erede universale B,

---

(1) Chiovenda, *Istituzioni*, II, n. 217; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, n. 142 c, pag. 300. Il Redenti, *Profili*, n. 157, ritiene invece che il creditore non possa intervenire nelle liti del debitore.

e lo ha onerato di un legato di alimenti a favore di C; se A, erede legittimo di Tizio, agisce contro l'erede testamentario per far dichiarare che il testamento è nullo, C legatario ha interesse a che la domanda di A contro B sia respinta, perchè se fosse accolta anche il suo diritto verso B alla prestazione alimentare verrebbe ad estinguersi, in quanto coll'annullamento del testamento verrebbe meno nel debitore quella qualità di erede testamentario su cui l'obbligazione è fondata (1).

Effetti personali dell'intervento adesivo.

In tutt'e due questi esempi si vede chiaramente l'interesse dell'interveniente C a che la causa principale sia decisa in senso favorevole alla parte adiuvata B (debitore nel primo esempio; erede testamentario nel secondo). In tutt'e due i casi l'intervento del terzo non amplia la materia del contendere, nè deduce nel processo il diritto del terzo: si continua, anche dopo l'intervento, a discutere, nel primo esempio, se la proprietà dell'immobile appartiene ad A rivendicante o a B convenuto in rivendicazione, oppure, nel secondo esempio, se la eredità spetti all'erede legittimo A o all'erede testamentario B; del diritto del creditore o legatario C nei confronti di B non si discute in questo processo nonostante l'intervento di B.

Una certa differenza vi è però tra i due casi, in quanto, mentre nel primo lo svantaggio che C creditore risentirebbe dal giudicato formatosi contro B debitore avrebbe una portata *meramente pratica* e *di fatto* (nel senso che il credito di C contro B rimarrebbe teoricamente impregiudicato, ma solo diventerebbe impossibile, per la sopravvenuta insolvenza del debitore, il suo soddisfacimento pratico), nel secondo lo svantaggio di C avrebbe una portata *di diritto,* in quanto dal giudicato che accogliesse la domanda di nullità del testamento proposta da A contro B sarebbe indirettamente colpito, con efficacia riflessa, anche il diritto di C verso B, che, per la sua necessaria dipendenza del rapporto deciso tra A e B, verrebbe ad estinguersi. Tenendo presente la diversità di conseguenze che passa tra questi due esempi, la dottrina insegna che l'interesse che legittima l'intervento *ad adiuvandum* può essere un interesse « di mero fatto » (come nel primo esempio) ovvero un interesse « di diritto » (come nel secondo) (2); ma, come è stato notato, questa terminologia non deve trarre in equivoco, in quanto anche l'interesse « di mero fatto » deve essere sempre un interesse *giu-*

---

(1) Chiovenda, *Istituzioni,* II, n. 217; Redenti, *Profili,* n. 161; cfr. però Saraceno, *La difesa dell'interesse pubblico nella soluzione extrapenale delle questioni pregiudiziali* (in « Riv. it. di dir. pen. », 1941, n. 5) pag. 24 dell'estratto.

(2) Chiovenda, *Istituzioni,* II, n. 217. Recentemente il Saraceno ha avvicinato questo secondo all'intervento autonomo di chi sta in giudizio per far valere (in via di mero accertamento) un suo diritto: scritto cit., pag. 14.

ridico, nel senso che coll'intervento il terzo mira in ogni caso a impedire che nel rapporto vertente tra le parti principali si formi contro la parte adiuvata un giudicato che possa di fatto ostacolare l'esercizio pratico di un diritto del terzo, o che faccia sentire sul diritto del terzo la sua efficacia riflessa (1).

L'intervento *ad adiuvandum* presuppone dunque un rapporto di diritto sostanziale vertente *tra il terzo adiuvante e la parte adiuvata,* diverso dal rapporto controverso tra le parti principali e non dedotto nel processo tra esse vertente: è l'interesse nascente dalle ulteriori possibili vicende di questo rapporto non dedotto nel processo che legittima il terzo a entrare nel processo tra le parti principali, ed a mettersi in contraddittorio processuale coll'avversario della parte adiuvata, pur non trovandosi con lui in rapporto di diritto sostanziale.

Da quanto si è detto finora si comprende come l'interveniente adesivo, pur diventando per effetto del suo intervento parte nel processo accanto alla parte adiuvata, con tutti gli oneri e le facoltà inerenti a tale qualità, abbia però una posizione accessoria e in un certo senso subordinata di fronte alla parte adiuvata (2), la quale rimane pur sempre legittimata principale a far valere in modo autonomo il proprio diritto. L'interveniente, legittimato secondario aggiunto per aiutarla e non per contrastarla, potrà supplire alla manchevolezza della sua difesa, ma non compiere atti che siano incompatibili col potere dispositivo di essa. Posizione di parte pienamente autonoma (simile a quella di un interveniente principale) egli assume però quando interviene per tutelarsi contro il dolo della parte adiuvata ai suoi danni, o contro la collusione di essa colla parte avversaria (cfr. art. 404 secondo comma) (3).

Intervento litisconsorziale.

3. — *Intervento litisconsorziale.* Questa terza forma di intervento (che delle cinque ipotesi da noi distinte nell'art. 105, corrisponde a quelle di lettere *c* e *d*) non ha nella legge una sua propria denominazione: e la dottrina lo chiama in vario modo secondo la collocazione sistematica che gli assegna, considerandolo ora come una figura di

---

(1) L'interesse che legittima l'intervento deve dunque sorgere dal giudicato, cioè dal dispositivo della sentenza, non dalle considerazioni di fatto improduttive di conseguenze giuridiche contenute nella motivazione della medesima: cfr. a questo proposito, su un singolare caso di intervento del preteso adultero in una causa di separazione coniugale, gli scritti di SEGNI, CARNELUTTI, REDENTI, CALAMANDREI, in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, II; e 1942, II.

(2) *Parte accessoria,* la chiama il CARNELUTTI, *Istituzioni,* n. 105.

(3) In quali limiti l'intervento adesivo sia vincolato dagli atti compiuti dalla parte adiuvata, è controverso in dottrina: cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, n. 143, pag. 300, e gli autori ivi citati.

intervento principale (1), ora come una sottospecie di intervento adesivo (cosiddetto *intervento adesivo autonomo* in contrapposizione allo *intervento adesivo semplice*) (2) ora come un tipo a sè, denominato *litisconsorziale* o *litisconsortile* (3). In realtà, questo tipo di intervento, pur avendo caratteri suoi propri che permettono di distinguerlo nettamente dalle due forme esaminate fin qui, sta a cavallo tra queste due: si avvicina all'intervento principale, in quanto mira, come quello, a far valere un diritto dell'interveniente; ma si avvicina all'intervento adesivo (semplice) in quanto, come in questo, l'interveniente è in contrasto con una sola delle parti principali e quindi implicitamente alleato coll'altra.

Effetti processuali di esso.

Al pari dell'intervento principale, l'intervento litisconsorziale può ampliare, nel processo in cui ha luogo, i limiti oggettivi della materia del contendere: in quanto con esso il terzo propone nel processo vertente tra le parti principali una domanda nuova, volta a far valere, contro alcuna di esse, *un suo diritto* « relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo »; si produce così, mediante questo intervento, una riunione (*successiva* o *sopraggiunta*) di *due* cause connesse per l'oggetto o per il titolo: quella originaria tra le parti principali, e quella proposta dal terzo contro una di esse. Sotto questo aspetto, dunque, gli effetti dell'intervento litisconsorziale sono simili a quelli dell'intervento principale. Ma la differenza è questa: che, mentre coll'intervento principale l'interveniente propone contemporaneamente due domande dirette ciascuna contro uno degli originari competitori (in modo che le cause riunite vengono ad essere *tre*), coll'intervento litisconsorziale il terzo propone *una* sola domanda diretta contro uno dei competitori, in modo che le cause riunite nell'unico processo vengono ad essere *due*, quella vertente tra le parti originarie, e quella vertente tra l'interveniente ed una di esse. In questo modo il terzo interveniente, entrando nel processo tra le parti originarie come contraddittore di una sola di esse, può venire a trovarsi coll'altra in coincidenza di interessi contro l'avversario comune: posizione che richiama quella che nell'intervento adesivo (semplice) si verifica tra la parte adiuvante e la parte adiuvata difronte all'avversario di questa. Ma in realtà la posizione è ben diversa: mentre l'interveniente adesivo (semplice), che entra in giudizio per far valere un diritto altrui, non ha legittimazione autonoma e non potrebbe farlo valere da sè solo in

---

(1) Carnelutti, *Istituzioni*, n. 262.

(2) Segni, voce « *Intervento in causa* », n. 8.

(3) Cfr. Nencioni, *L'intervento volontario litisconsorziale nel processo civile*; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, n. 144.

un processo separato in cui non fosse al fianco del legittimato principale, all'interveniente litisconsorziale appartiene la legittimazione principale sul proprio diritto, e quindi la sua posizione processuale non è nè subordinata nè supplementare, ma ha, anche nei confronti della parte con cui può trovarsi in coincidenza di interessi, la piena autonomia processuale di un litisconsorte (1) (donde le sue denominazioni di interveniente *autonomo*).

Affinchè sia ammissibile questo intervento litisconsorziale che porta alla costituzione di un litisconsorzio facoltativo successivo, occorre, come già si è visto per l'intervento principale, che tra la causa originaria e la causa introdotta dall'interveniente contro una delle parti principali passi un vincolo di connessione *propria* attinente all'*oggetto* o *al titolo* (non basta quella connessione *impropria*, che pur è sufficiente, per l'art. 103, a dar luogo ad un litisconsorzio facoltativo *iniziale*) (2). *Esempi.*

L'esempio più caratteristico di intervento litisconsorziale fondato su connessione relativa all'*oggetto* della causa (ipotesi *c*) mi pare che sia dato da quei casi in cui il potere di chiedere un provvedimento giurisdizionale di carattere costitutivo su un certo rapporto o stato giuridico spetta inizialmente a una pluralità di persone in quanto appartenenti a una certa cerchia (legittimazione *per categoria*, § 37 *b*), in modo che basta tale appartenenza a conferire a chiunque la possegga legittimazione uguale ed autonoma a proporre la domanda. In tal caso, se uno dei legittimati ha proposto la domanda (per es. se uno degli ascendenti ha proposto, in contraddittorio cogli sposi, impugnazione del matrimonio a norma dell'art. 117 C. c.), uno qualunque degli altri legittimati in grado pari (per es. un altro degli ascendenti) potrà intervenire nel processo per chiedere anch'esso, come avrebbe potuto fare inizialmente in maniera autonoma, l'annullamento dello stesso matrimonio (o magari anche, se crede, per opporsi all'annullamento: cfr. art. 276 C. c. in tema di dichiarazione giudiziale di paternità). Un caso simile si ha per la impugnazione di deliberazioni dell'assemblea delle società per azioni: tutti i soci dissenzienti sono legittimati a impugnare in maniera autonoma le deliberazioni illegittime e se sono proposte a tal fine più domande separate da diversi legittimati, « tutte le impugnazioni relative alla medesima deliberazione devono essere istruite congiuntamente e decise con unica sentenza » (art. 2378 terzo comma C.c.). Ma può darsi che uno dei soci legittimati, pur non avendo inizialmente proposto la impugnazione, intervenga nel processo di

---

(1) Chiovenda, *Istituzioni*, II, pag. 219.

(2) Cfr. Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, n. 145, lett. *b*, pag. 302.

impugnazione iniziato da un altro socio, per aderire alla domanda da lui proposta: questo è, tipicamente, un intervento litisconsorziale, in cui la domanda dell'interveniente è connessa per identità dell'oggetto con quella inizialmente proposta dal socio attore (1). Si noti che in questi esempi, in cui interviene accanto all'attore un altro legittimato in grado pari che avrebbe potuto iniziare il processo in modo autonomo, solo in senso processuale si può dire che l'intervento introduca nel processo una nuova causa, perchè il rapporto di diritto sostanziale dedotto in causa è lo stesso per tutti i legittimati (se la persona debba o non debba esser interdetta; se la deliberazione dell'assemblea debba o non debba essere annullata): e si può dire che l'interveniente litisconsorziale fa valere un suo diritto indipendente da quello della parte che ha iniziato il processo, solo in quanto esercita, sullo stesso rapporto sostanziale già dedotto in causa, un diverso diritto d'azione (qualcosa di simile avviene dinanzi agli organi della giustizia amministrativa, quando nel procedimento iniziato su ricorso di un interessato che chiede l'annullamento di un atto amministrativo illegittimo, interviene *ad adiuvandum* un altro interessato che sarebbe stato legittimato a impugnare in maniera autonoma lo stesso atto: cfr. art. 37 del r. decr. 17 agosto 1907, n. 642).

Un altro esempio di intervento litisconsorziale fondato su connessione relativa all'oggetto si ha quando accanto al sostituto processuale, che sta in giudizio per un diritto altrui, interviene il titolare di questo diritto (cfr. art. 111, terzo comma: oltre, § 112, n. 2).

Ma l'art. 105 suppone anche il caso (ipotesi *d*) di un intervento litisconsorziale con cui il terzo fa valere, contro una delle parti principali, un suo diritto dipendente dallo stesso titolo dedotto nel processo pendente tra esse, ma *relativo ad un oggetto diverso*. Di questa figura si potrebbero dare svariati esempi: i più semplici sono quelli relativi a rapporti sostanziali con più soggetti attivi o passivi ciascuno dei quali è legittimato ad agire o a contraddire separatamente per la propria quota; se uno di essi inizia il processo per far valere il diritto limitatamente alla propria quota, gli altri possono intervenire in causa per far valere, contro lo stesso convenuto, il diritto per le quote a loro rispettivamente spettanti (nel processo iniziato dal condòmino per rivendicare la cosa comune contro il possessore, intervengono gli altri condòmini per agire anch'essi in rivendicazione delle loro quote (2); nel processo iniziato dall'unico creditore contro uno dei condebitori *pro quota*, intervengono gli altri condebitori, o viceversa; ecc.). Qui la

(1) Cfr. ANDRIOLI, *Comm.*, all'art. 105, n. 5.

(2) REDENTI, *Profili*, pag. 281.

domanda dell'interveniente è connessa colla causa principale non per l'oggetto (in quanto il diritto dell'interveniente è relativo a una quota diversa da quella a cui si riferisce il diritto dedotto nel processo principale), ma per il titolo, che è lo stesso per tutte le quote.

Sotto questa figura rientra anche l'intervento dell'esecutore testamentario nelle liti dell'eredità (art. 704 C. c.).

Esempi nel processo esecutivo.

In questa figura dell'intervento litisconsorziale, che comprende in sè una svariatissima casistica, si possono far rientrare con qualche approssimazione alcuni casi di intervento in sede esecutiva: quale quello dei creditori intervenienti nell'espropriazione forzata, le cui facoltà sono diverse secondochè abbiano un diritto di prelazione risultante da pubblici registri o siano semplici creditori chirografari (i primi e non i secondi debbono essere avvertiti dell'espropriazione, affinchè possano, se vogliono, intervenirvi: art. 498 e 499), e secondo che siano o non siano muniti di titolo esecutivo (intervento nell'espropriazione mobiliare presso il debitore, art. 525-528; nell'espropriazione presso terzi, art. 551; nell'espropriazione immobiliare, art. 563-566) (1).

ART. 525, 528.

ART. 551;

ART. 563-566.

4. — *Intervento delle associazioni sindacali* (2). E' opportuno ricordare a parte, perchè ha caratteri suoi propri che non permettono di farlo esattamente rientrare in alcuno dei tipi sopra delineati, l'intervento volontario che è consentito, nelle controversie individuali in materia corporativa alle associazioni sindacali, a norma dell'art. 443 (richiamato dall'art. 464 primo comma, e dall'art. 469): « le associazioni legalmente riconosciute delle categorie alle quali appartengono le parti possono intervenire in qualunque stato e grado del processo per la tutela degli interessi di categoria ». Qui il rapporto controverso tra le parti principali (datore di lavoro e lavoratore) mette in giuoco interessi individuali; ma siccome ciascuna delle parti della controversia individuale appartiene a una categoria economica che ha suoi propri interessi collettivi, le associazioni sindacali delle categorie a cui appartengono le parti possono intervenire a tutela dei rispettivi « interessi di categoria », che possono coincidere o *anche non coincidere* coll'interesse individuale che ciascuna delle parti persegue nel processo. A prima vista par che questo intervento delle associazioni sindacali si possa assimilare all'intervento adesivo semplice: l'associazione sindacale sa-

ART. 443.

Intervento delle associazioni sindacali nel pr. del lavoro.

---

(1) L'intervento dei creditori muniti di titolo esecutivo, che diventano litisconsorti del creditore instante, è assimilato dalla dottrina all'intervento adesivo autonomo: quello dei creditori non muniti di titolo esecutivo è considerato a sè, come intervento « secondario »: cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I n. 154, pag. 308; CARNELUTTI, *Istituzioni*, nn. 270-273.

(2) JAEGER, *Dir. proc. civ.* nn. 126-127; ZANZUCCHI, *op. cit.*, n. 155, pag. 309; RIVA DI SANSEVERINO, *Su l'intervento sindacale nelle controversie individuali*, 1935.

rebbe legittimata dal suo proprio interesse (interesse di categoria) a sostenere nella causa principale le ragioni della parte appartenente alla categoria di cui essa associazione è esponente; si potrebbero avere così, nella stessa controversia individuale, due contrapposti interventi *ad adiuvandum*: le due associazioni corrispondenti alle due categorie economiche contrapposte interverrebbero l'una di fronte all'altra, ciascuna *ad adiuvandum* la parte appartenente alla propria categoria (l'associazione dei datori di lavoro a sostegno delle ragioni del singolo datore di lavoro parte in causa; quella dei lavoratori a sostegno delle ragioni del singolo lavoratore).

Ma in realtà, esaminando più attentamente il fenomeno, ci si accorge che la posizione delle associazioni sindacali intervenienti differisce da quella dell'intervento adesivo semplice, perchè tutte le volte in cui l'interesse di categoria, che muove l'associazione sindacale ad intervenire, non coincide coll'interesse individuale della parte appartenente alla categoria medesima, l'associazione interveniente, anzichè per sostenere le ragioni di quella parte, sta in causa per contrastarle: sicchè il suo intervento serve non solo a far valere le ragioni della parte quando coincidono coll'interesse di categoria, ma altresì a controllare che la parte non faccia valere una pretesa individuale contrastante coll'interesse della categoria a cui appartiene.

Carattere meramente istruttorio di questo intervento.

Parrebbe allora che la figura di questo intervento si possa meglio avvicinare, per questa autonomia che ha l'associazione interveniente nei confronti della parte principale, a quella dell'intervento litisconsorziale; ma anche qui il raffronto si rivela insufficiente, perchè, mentre l'interveniente litisconsorziale fa valere un proprio diritto e introduce così nel processo una nuova causa, le associazioni sindacali intervengono non per ottenere un provvedimento che regoli direttamente gli interessi di categoria (questo può avvenire soltanto nelle controversie collettive, in cui le associazioni sindacali sono parti principali, art. 411) ma per cooperare a che la controversia individuale, la quale continua ad essere anche dopo l'intervento delle associazioni la sola materia del contendere, sia decisa dal giudice in conformità degli interessi di categoria. Le associazioni sindacali intervengono insomma per far conoscere al giudice la valutazione che esse fanno della controversia sotto il profilo dell'interesse di categoria: come il giudice nei processi individuali del lavoro può informarsi, attraverso il verbale di mancata conciliazione, della possibile soluzione della controversia sulla quale i rappresentanti delle associazioni si sarebbero trovati concordi (art. 432), e può chiedere ulteriori informazioni alle associazioni sindacali che hanno inutilmente interposto i loro uffici per la conciliazione (art. 440 in relazione all'art. 430), così attraverso l'intervento volontario delle associazioni egli è messo in grado di assumere

ART. 432, ART. 440.

informazioni dello stesso ordine, che potranno servirgli, come premesse del suo provvedimento, a meglio valutare la controversia individuale in armonia cogli interessi di categoria.

Dato il carattere prevalentemente informativo di questo intervento delle associazioni sindacali, non credo che si possano riconoscere ad esse nel processo individuale in cui intervengono quei poteri autonomi che l'art. 72 riconosce, come si vedrà (§§ 121 e segg.), al pubblico ministero interveniente. La pretesa estensione per analogia alle associazioni sindacali delle norme dettate per il pubblico ministero interveniente (1) è secondo me insostenibile, in quanto a mio credere la affermata analogia non sussiste: è vero che le associazioni sindacali intervengono nelle controversie individuali a tutela di interessi collettivi, come collettivo è l'interesse a difesa del quale interviene in causa il pubblico ministero (art. 70); ma è anche vero che mentre l'interesse che muove il pubblico ministero è un interesse « pubblico », cioè un interesse di *quella collettività generale che è lo Stato,* l'interesse che muove le associazioni sindacali è un interesse collettivo parziale, non generale, in quanto appartiene ad una categoria economica limitata, che può anche trovarsi in contrasto di interessi colla categoria economica contrapposta e magari coll'interesse pubblico generale. Questi interessi di contrapposte collettività di cui sono esponenti le associazioni sindacali (le quali possono trovarsi tra loro anche in dichiarato conflitto, come avviene appunto nelle controversie collettive, art. 409 e segg.) non si possono identificare coll'interesse generale di cui è esponente il pubblico ministero: tanto è vero che nelle controversie individuali del lavoro possono intervenire in contrasto tutt'e due le associazioni sindacali delle categorie a cui appartengono le parti in causa, il che dimostra il carattere parziale degli interessi collettivi che ciascuna di esse rappresenta; e in grado d'appello, anche quando esse intervengono, è prescritto, indipendentemente da esse, l'intervento del pubblico ministero (art 70, n. 4), il che dimostra che il pubblico ministero ha anche qui, come interveniente, una sua funzione superiore e più necessaria di quella esercitata dalle associazioni intervenienti volontariamente.

Si nega qualsiasi analogia fra quest'intervento e quello del p.m.

Esclusa pertanto l'analogia tra la posizione delle associazioni sindacali intervenienti e quella del pubblico ministero, mi pare che ad esse non si possa in alcun modo riconoscere quella autonomia di iniziative processuali che è riconosciuta al pubblico ministero e che è propria dell'intervento principale o di quello litisconsorziale. Le associazioni sindacali non possono compiere nel processo individuale atti volti a tutelare *direttamente* l'interesse di categoria, perchè questo non è

(1) JAEGER, *Dir. proc.*, n. 127.

oggetto del giudizio: possono compiere soltanto atti diretti a supplire la deficiente attività della parte principale, in quanto l'interesse di categoria coincida coll'interesse individuale di essa; se non coincide, l'associazione tutelerà l'interesse di categoria limitandosi semplicemente a dichiarare che non appoggia le richieste della parte principale, ossia limitandosi ad informare il giudice di questa non coincidenza.

II. — *Intervento coatto.*

Vari tipi di intervento coatto;

ART. 106, 107.

Comune ai varî tipi rientranti sotto questa categoria è il carattere *passivo* dell'intervento: il terzo si trova costretto per iniziativa altrui a diventare parte in un processo che è già in corso fra altri. La iniziativa della sua chiamata può partire da una delle parti in causa (intervento *su istanza di parte,* art. 106) ovvero dal giudice (*intervento per ordine del giudice,* art. 107); ma anche in questo secondo caso, quando è il giudice che sente da sè la opportunità di provocare questo intervento del terzo senza che alcuna delle parti lo abbia a ciò stimolato, la chiamata del terzo deve sempre avvenire nella consueta forma della citazione, atto di parte (art. 163), a cura di una di esse (art. 269 e 270). L'ordine del giudice, di cui parla l'art. 107, non è dunque un ordine di comparire dato dal giudice *direttamente al terzo* (come l'ordine di ispezione di cui all'art. 118 e l'ordine di esibizione, di cui allo art. 210: cfr. § 61 e § 103, 2); ma un ordine dato alle parti o a una di esse di chiamare in causa con citazione il terzo (art. 270).

Prima di esaminare le due figure di intervento coatto disciplinate dagli art. 106 e 107, giova fare un'osservazione preliminare che le riguarda entrambe.

L'art. 106 stabilisce che « ciascuna parte può chiamare nel processo un terzo, *al quale ritiene comune la causa,* o dal quale pretende esser garantita »; e l'art. 107: « Il giudice, quando *ritiene opportuno* che il processo si svolga in confronto di un terzo *al quale la causa è comune,* ne ordina l'intervento ». Entrambe le figure di questo intervento coatto hanno dunque come presupposto la « comunanza di causa », in vista della quale la parte *può* chiamare in causa il terzo al quale la causa è comune, o il giudice ugualmente *può,* « se lo ritiene opportuno » ordinare tale chiamata.

Differenza tra la chiamata per integrazione e questo intervento:

ART. 102 E 107

Bastano questi testuali riferimenti della fraseologia adoperata da questi due articoli per far intendere che la « *comunanza di causa* » in vista della quale sono preordinate queste due forme di intervento coatto, è qualche cosa di diverso da quel *litisconsorzio necessario* che si verifica, secondo l'art. 102, « quando la decisione *non può* pronunciarsi che in confronto di più parti ». In tal caso, se il giudizio è

stato irregolarmente iniziato « da alcune o contro alcune soltanto di esse », l'art. 102 stabilisce che « il giudice *ordina* l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito ». Qui dunque quest'ordine di « integrazione del contraddittorio » non è una facoltà, ma è un dovere del giudice, non condizionato, come l'intervento per ordine del giudice dell'art. 107, a una valutazione di opportunità. Il litisconsorzio, nel caso previsto dall'art. 102, è *necessario,* appunto perchè il giudice *non può decidere la causa* se non dopo che il giudizio sia stato integrato colla chiamata delle parti mancanti; viceversa l'ipotesi di « comunanza di causa » prevista dagli art. 106 e 107 lascia aperta la possibilità che la causa proposta tra le parti principali sia decisa senza l'intervento del terzo, nei casi in cui nè le parti nè il giudice ritengono opportuno chiamarvelo: il che dimostra che la *comunanza di causa* si distingue dal *litisconsorzio necessario* nel senso che nel primo caso, e non nel secondo, il rapporto del terzo può essere deciso separatamente dal rapporto controverso tra le parti principali.

L'*intervento coatto,* o *chiamata in causa del terzo,* di cui parlano gli art. 106 e 107 si deve dunque considerare, nel Codice ora in vigore, come un istituto distinto da quella *chiamata per integrazione del contraddittorio,* che l'art. 102 configura per il caso di litisconsorzio necessario. Facciamo l'ipotesi che una domanda di divisione sia stata proposta non in confronto di tutti gli eredi o condòmini (art. 784): in questo caso, appena il giudice si accorgerà della mancata citazione di alcuno di essi, *dovrà ordinare* la integrazione del contraddittorio, la quale dovrà avvenire a cura delle parti mediante la citazione del litisconsorte mancante. Ma potrà anche accadere che, prima che se ne accorga il giudice, questa incompletezza sia rilevata da una delle parti, la quale potrà prendere da sè la iniziativa, senza attendere che il giudice l'ordini, di integrare il giudizio. Si possono quindi distinguere anche nel caso di litisconsorzio necessario (quantunque l'art. 102 non faccia espressamente questa distinzione) una integrazione del contraddittorio *su istanza di parte* e una integrazione del contraddittorio *per ordine del giudice,* che fanno il paio colla distinzione analoga in tema di intervento coatto: ma giova tuttavia non dimenticare che questa *chiamata del terzo per integrazione del contraddittorio* (su istanza di parte o per ordine del giudice) basata sull'art. 102 e avente come presupposto l'esistenza di un litisconsorzio necessario, non deve andar confusa con quella che si potrebbe denominare la *chiamata del terzo per comunanza di causa,* cioè coll'*intervento coatto* (su istanza di parte o per ordine del giudice) regolato dagli art. 106 e 107, e avente come presupposto l'esistenza di una «causa comune» (1).

(1) In questo senso Zanzucchi, *Dir. proc. civ.,* I, n. 151 lett. *a,* il quale molto

Premessa questa avvertenza, esaminiamo i vari tipi di intervento coatto.

1. — *Intervento coatto a istanza di parte* (1).

Intervento coatto ad istanza di parte.

ART. 106.

L'art. 106 distingue questo tipo di intervento in due sottospecie: la chiamata del terzo al quale la parte chiamante « ritiene comune la causa », e la chiamata del terzo dal quale la parte chiamante « pretende esser garantita » (*chiamata in garanzia;* l'art. 106 ha unificato in una sola norma i due istituti che il vecchio Codice regolava distintamente negli art. 193 e 203). Ma in realtà sotto questo intervento si possono comprendere, come si vedrà, anche altre figure contemplate da altre disposizioni.

a) *Chiamata del terzo per comunanza di causa.*

Sotto il vecchio Codice, che non aveva una disposizione corrispondente all'art. 102 del nuovo, si faceva rientrare sotto il concetto di comunanza di causa accolto dall'art. 203 (« ciascuna delle parti può chiamare in causa un terzo a cui creda comune la controversia ») anche il caso del litisconsorzio necessario (2); ma poichè sotto il nuovo Codice il caso di chiamata in causa per integrazione del contraddittorio è espressamente regolato dall'apposita disposizione dell'art. 102, si deve ritenere che sotto la denominazione di « comunanza di causa » l'art. 106 voglia indicare qualcosa di diverso dal litisconsorzio necessario, regolato dall'art. 102, nel quale si verifica una pluralità di soggetti *per un rapporto di diritto sostanziale unico* e quindi una *unica causa con pluralità di parti* (cfr. § 110, n. 2). Escluso dunque che, sotto il nuovo Codice, la « comunanza di causa » possa confondersi col litisconsorzio necessario, bisogna per forza ritenere che con questa espressione l'art. 106 (e lo stesso si ripeterà per l'art. 107) abbia voluto esprimere quella relazione di *comunanza di elementi tra cause diverse,* che costituisce la connessione propria (§ 41, *B*). Così, mentre la chiamata per integrazione del contraddittorio basata sull'art. 102 serve non ad aggiungere una nuova causa a quella principale, ma solo a

---

esattamente insegna che « l'art. 102 dà, in caso di litisconsorzio necessario, il « mezzo per integrare il contraddittorio, senza di che la lite non potrebbe *util-* « *mente* esser decisa. L'art. 107 dà, in caso di cause connesse per oggetto e per « titolo, la possibilità di riunire le più cause, che potrebbero anche essere instau- « rate e decise separatamente, ove il giudice reputi opportuno di evitare giudicati « contraddittorî » (pag. 306). Secondo il CARNELUTTI, invece (*Istituzioni,* n. 260, pag. 213) la norma dell'art. 102, non essendo che un doppione di quella contenuta nell'art. 107, « non ha alcuna pratica utilità ».

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, n. 220; ZANZUCCHI, op. cit., n. 146; SEGNI, *Sull'intervento coatto,* in « Riv. dir. proc. civ. », 1929, II, 141; COSTA S., *L'intervento coatto* (Padova, 1935).

(2) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, n. 220; REDENTI, *Profili,* pag. 220.

completare i contraddittori necessari di quell'unica causa che rimane tale anche dopo la integrazione, la chiamata per comunanza di causa dell'art. 106 serve durante il processo a riunire alla causa originaria un'altra causa connessa, vertente fra persone diverse (cioè tra una delle parti principali e il terzo chiamato in causa), ma avente in comune colla prima tutt'e due gli elementi oggettivi (oggetto e titolo), non quindi uno solo di essi, perchè con la espressione « comunanza di causa » sembra che la legge abbia voluto intendere una connessione più completa di quella derivante da comunanza del solo oggetto o del solo titolo (1). Parrebbe dunque che questo intervento coatto a istanza di parte sia per così dire il capovolgimento dell'intervento volontario (principale o litisconsorziale): quella riunione successiva di cause che nell'intervento volontario si opera per iniziativa del terzo nei confronti delle parti principali, qui avverrebbe per iniziativa di una delle parti principali nei confronti del terzo.

Senonchè questa relazione di reciprocità tra l'intervento volontario e l'intervento coatto non si può accogliere senza qualche limitazione. Si deve infatti notare che la facoltà di chiamare in causa un terzo è riconosciuta dall'art. 106 a « ciascuna parte », senza distinguere la posizione che essa ha nella causa principale: quando una parte ritiene che la causa è comune al terzo (cioè, come sopra si è spiegato, che il terzo è soggetto, attivo o passivo, di un rapporto oggettivamente connesso con quello principale) può chiamarlo in causa solo per questo, *anche se non intende con ciò far valere un suo diritto contro di lui,* al contrario di quanto avviene nel caso dell'intervento principale o litisconsorziale regolato dal primo comma dell'art. 105. L'importanza di questa osservazione apparirà meglio dall'esempio seguente. Supponiamo un caso di obbligazione solidale: un solo creditore A difronte a due debitori B e C, ovvero due creditori A e C difronte a un solo debitore B (art. 1292 C. c.). Supponiamo che nel primo caso (solidarietà passiva) il creditore A abbia iniziato il giudizio per il pagamento contro uno solo dei condebitori; evidentemente questa causa é « comune » all'altro debitore C, perchè il rapporto obbligatorio vertente tra ciascuno di essi e l'unico creditore A ha lo stesso oggetto e lo stesso titolo: siamo dunque, tipicamente, in quel caso di « comunanza di causa » (equivalente, come si è detto, a connessione oggettiva per oggetto e per titolo) che legittima tutt'e due le parti a chiamare in causa il terzo al quale la causa è comune. Ora, in un caso siffatto,

(1) Andrioli, *Comm.*, I, all'art. 116, 2; Segni, voce « *Intervento in causa* », n. 14; Costa, *Intervento coatto*, pag. 174 e segg.; contro, cioè nel senso che la chiamata in causa dell'art. 106 possa aver luogo anche quando è in comune il solo oggetto o il solo titolo, Chiovenda, *Principii*, pag. 114; Carnelutti, *Istituzioni*, n. 260.

si può immaginare che la chiamata del terzo C avvenga a iniziativa dello stesso creditore A, ovvero a iniziativa del condebitore convenuto B; nella prima ipotesi la chiamata in causa fatta da A servirà a proporre anche contro C la stessa azione di condanna già proposta da A contro B, e quindi a far valere un diritto del chiamante contro il chiamato; nel secondo caso la chiamata in causa potrà servire a B per proporre la sua domanda di regresso contro il condebitore C (art. 1299 C. c.), ma non per costringere l'attore A a estendere la sua domanda anche a C, perchè il creditore ha diritto di chiedere l'intero adempimento a quello dei condebitori che egli sceglie, e non può esser costretto ad accettare come convenuto una persona (C) contro la quale egli non ha proposto domanda.

Effetti personali di questo intervento.

Ma esaminiamo invece la posizione delle parti nell'altro caso (solidarietà attiva). A, uno dei creditori, ha iniziato il giudizio contro il debitore B: se l'altro creditore C intervenisse in causa volontariamente, vi assumerebbe, accanto ad A, la posizione di litisconsorte attivo (attore) contro l'unico convenuto; ora, poichè tutt'e due le parti hanno per l'art. 106 la facoltà di chiamarlo in causa, è evidente che se la chiamata parte da B, debitore convenuto, questo potrà servire a proporre contro C una domanda di accertamento negativo (inesistenza anche nei suoi confronti del credito vantato da A contro B); ma se la chiamata in causa di C parte da A attore, essa non può servire a proporre una domanda di A contro C (del creditore contro l'altro creditore), *perchè A non ha nessun diritto da far valere contro C.* Ecco dunque, almeno in quest'ultimo caso, un esempio in cui la chiamata in causa è ammessa quantunque non possa servire a far valere un diritto del chiamante contro il terzo, e quindi a proporre contro di lui una nuova causa (1): qui la chiamata in causa serve soltanto a informare il terzo della pendenza di una causa principale nella quale egli, *se vorrà,* potrà aggiungersi come litisconsorte attivo accanto all'attore, proponendo anche lui la sua domanda contro il comune debitore, convenuto; ma se egli, nonostante che sia stato avvertito della causa, non ne profitterà a tale scopo, nessuno potrà costringerlo (art. 99, art. 81) a diventare attore contro la sua volontà.

Appare da questi principî che non sempre la chiamata in causa dell'art. 106 implica la proposizione di una domanda contro il terzo, che dia luogo al cumulo (successivo) di una nuova causa connessa con quella originaria; talvolta la chiamata in causa ha soltanto lo scopo di informare legalmente un terzo della pendenza di una causa (denunzia di lite, *litisdenunciatio*: cfr. art. 1485 C. c.), al duplice scopo

(1) Cfr. Redenti, *Profili,* pag. 282.

La denunzia di lite.

di metterlo in grado di partecipare ad essa come litisconsorte accanto (e non in contrasto) col chiamante, assumendo nei confronti dello avversario la stessa posizione (di attore o di convenuto) che ha il chiamante; e in ogni modo, anche se egli non vi partecipa, di estendere anche a lui l'autorità della cosa giudicata che si formerà sugli elementi comuni del rapporto, in modo che non possa più disconoscere in avvenire gli effetti di questo accertamento (1). E' controverso in dottrina se la chiamata in causa basti, di per sè stessa, a dare al chiamato la qualità di parte (2): e poichè, come sappiamo, tale qualità non si acquista se non da chi sia soggetto attivo o passivo di una domanda, la questione si risolve col vedere se la chiamata in causa costituisca nei confronti del chiamato la proposizione di una domanda. Abbiamo già visto più sopra che bisogna distinguere secondo i casi: parte diventa il chiamato in causa quando nella chiamata è contenuta una domanda dello stesso chiamante contro di lui (chiamata in causa proposta dal creditore attore contro il terzo condebitore); quando in seguito alla chiamata partente dall'attore, il terzo interviene attivamente nella causa e vi assuma, accanto all'attore, la qualità di litisconsorte attivo (il creditore solidale chiamato in causa accanto al creditore attore); o quando in seguito alla chiamata partente dal convenuto, l'attore estende le sue domande anche al terzo, che assume così accanto al convenuto la posizione di litisconsorte passivo (il condebitore solidale chiamato in causa accanto al debitore convenuto originario). Ma quando nessuna di queste situazioni si verifica, la chiamata in causa non basta di per sè sola ad aggiungere alla causa principale una nuova causa in cui il terzo sia parte, perchè non contiene in sè stessa la proposizione di una domanda di lui o contro di lui. Tuttavia, poichè anche in questo caso la chiamata del terzo serve, come si è detto, a estendere anche a lui gli effetti del giudicato che si formerà sulla causa originaria tra le parti principali (in modo che faccia stato anche contro di lui l'accertamento degli elementi comuni costituenti una pregiudiziale necessaria anche del suo diritto) si può sotto questo punto di vista ritenere che la chiamata in causa valga almeno come proposizione di una domanda di mero accertamento diretta a questo limitato effetto anche contro di lui: e in questi limiti egli può esser considerato parte.

b) *Chiamata in garantia* (3).

Già si è avuto occasione di esaminare la struttura che assume il

---

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 220; REDENTI, *Profili*, pag. 282.

(2) Cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 148; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pag. 229; REDENTI, *Profili*, pag. 282; D'ONOFRIO, *Comm.*, I, pag. 156.

(3) CALAMANDREI, *La chiamata in garantia* (Milano, 1913); CHIOVENDA, *Isti-*

processo quando una delle parti principali (che di regola è il convenuto, ma che può essere eccezionalmente anche l'attore) (1) propone, contro il terzo obbligato a garantire, questa speciale forma di intervento coatto a istanza di parte (cfr. § 98, II, 3): in relazione al quale trovano particolare conferma le osservazioni che abbiamo fatte sopra sulla chiamata in causa in generale.

Chiamata in garantia e denunzia di lite.

ART. 1485 *C.c.*

Quando una persona si trova in causa per un oggetto, sul quale un terzo è tenuto, per diritto sostanziale, a prestarle garanzia, può comportarsi, in confronto di questo terzo garante, in due modi diversi: può limitarsi a chiamarlo in causa (cfr. per la garanzia derivante da vendita, art. 1485 C. c.) al solo scopo di informarlo della pendenza della causa principale; o può chiamarlo *in garanzia,* proponendo contro di lui, nello stesso tempo in cui lo chiama nella causa principale, la domanda di garanzia, ossia di regresso (art. 32). Chiamata in causa del garante (che in realtà è una semplice *litisdenuntiatio*) vuol dire dunque qualcosa di meno della chiamata in garanzia: la seconda e non la prima contiene in sé la proposizione di una domanda nuova del garantito contro il garante (causa di garanzia).

Se il garantito si limita a chiamare in causa il garante (art. 1485 C. c.), questi, informato dell'esistenza della causa principale (l'esito della quale interessa anche lui, perchè, se il garantito la perderà, toccherà al garante indennizzarlo della soccombenza), può intervenire in causa *ad adiuvandum* il garantito contro l'avversario di questo; e magari, se vuole, può « assumere la causa in luogo del garantito » (art. 108) acquistando così, come si vedrà (§ 116), la posizione di suo sostituto processuale; qui dunque la chiamata in causa non serve ad altro che a mettere il garante in condizione di diventar parte, *se vuole,* nella causa principale, assumendo, accanto al garantito o in sostituzione di lui, la stessa sua posizione. Se poi il garante, nonostante la chiamata in causa, non vuol intervenire nella causa vertente tra le parti originarie, questa chiamata servirà tuttavia ad estendere anche a lui gli effetti del giudicato che si formerà nella causa principale, nel senso che quando il garantito soccombente nella causa principale si rivolgerà contro di lui in separato giudizio per essere indennizzato della soccombenza, il garante non potrà più rimettere in discussione le ragioni per le quali il garantito è rimasto soccombente: altrimenti, in mancanza di tale chiamata, il garante potrebbe sempre considerare quel giudicato come *res inter alios acta,* e sottrarsi al suo obbligo di

ART. 108.

---

tuzioni, II, 228; REDENTI, *Profili,* n. 160; ANDRIOLI, *Comm.,* vol. I, art. 106, n. 3; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.,* I, n. 150, pag. 305.

(1) CALAMANDREI, *La chiamata in garantia,* n. 71.

garanzia col dimostrare « che esistevano ragioni sufficienti per far respingere la domanda » (art. 1485) (1).

Se viceversa il garantito, anzichè limitarsi a questa semplice *litisdenunciatio,* propone contro il garante la vera e propria chiamata in garanzia, questa ha un doppio effetto: serve da una parte a mettere il garante in condizione di intervenire come parte nella causa principale nel modo che già si è veduto; ma serve altresì, anche se egli nella causa principale preferisce di rimanere inerte, a proporre contro di lui una domanda nuova in forma ipotetica, colla quale il garantito, per l'ipotesi che nella causa principale egli debba rimanere soccombente difronte al suo avversario, chiede che il garante sia condannato a indennizzarlo di tale soccombenza. Così, in forza della chiamata in garanzia, si trovano riunite dinanzi allo stesso giudice (art. 32) due cause: quella principale tra le parti principali, alla quale può darsi che anche il chiamato in garanzia prenda parte nel modo suddetto; e quella di garanzia, tra il garantito attore e il garante convenuto.

Vedremo più avanti (§ 112, n. 3) come la chiamata in garanzia possa dar luogo a un mutamento di parti nel corso del processo (estromissione del garantito: art. 108).

c) *Chiamata in causa del legittimato a contraddire.*

Nominatio auctoris.

Sotto la figura della chiamata in causa dell'art. 106, rientra, quantunque l'articolo non ne parli, la cosidetta *nominatio auctoris* (2), che ha luogo quando il conduttore si trova molestato in via giudiziale da terzi che pretendono di avere diritti sulla cosa locata; in tal caso il conduttore può chiamare in causa il locatore (o anche limitarsi a indicare il nome del locatore, *nominatio auctoris,* affinchè l'attore lo chiami in causa), e il locatore chiamato in causa « è tenuto ad assumere la lite », mentre « il conduttore deve esserne estromesso con la semplice indicazione del locatore, se non ha interesse a rimanervi » (art. 1586 C. c.). Qui la chiamata in causa non serve alla proposizione di una domanda nuova contro il locatore, ma soltanto a provocare nella causa originaria un mutamento di parti: mettere il locatore, che è il vero legittimato a contraddire, al posto del conduttore, convenuto originario non legittimato.

ART. 1586 *C.c.*

L'art. 1586 del C. c. dà, in tema di locazione, l'applicazione più nota di questa figura di chiamata: ma ritengo che essa possa servire

---

(1) Sull'art. 1497 C. c. 1865, corrispondente all'art. 1484 del C. c. vigente, cfr. CALAMANDREI e JEMOLO, in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, II.

(2) ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 149, n. 2, pag. 304; CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, n. 221, lett. *b.*

ugualmente in tutti i casi in cui il convenuto non legittimato si rivolge al vero legittimato affinchè prenda il suo posto nella causa intentata contro di lui, ovvero mette l'attore in condizione di proseguire la causa, se vuole, contro il vero legittimato.

d) *Chiamata in causa del terzo pretendente* (1).

Chiamata del terzo pretendente.

ART. 109.

Anche questa è una forma di chiamata in causa non menzionata nell'art. 106; ma l'art. 109 regola la posizione processuale a cui tale chiamata può dar luogo.

I presupposti di questa chiamata si possono desumere dall'art. 109. Quando è controverso a quale tra due (o più) pretendenti spetti il diritto ad una prestazione relativa ad una somma di danaro o ad una cosa, l'obbligato, convenuto in giudizio da uno di questi pretendenti, ha interesse a far accertare, prima di pagare, quale sia tra i diversi pretendenti il vero avente diritto alla prestazione: e a tale scopo egli può chiamare in causa l'altro pretendente, affinchè il giudice decida la controversia tra i due. Così sarà stato giudizialmente accertato a chi spetta poter eseguire la sua prestazione senza il timore di pagare a chi non ha diritto. Ma l'art. 109 permette allo obbligato di liberarsi della prestazione anche prima che sia decisa la controversia tra i diversi pretendenti: se « 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, dopo il « deposito, può estromettere l'obbligato dal processo ».

Qui dunque, (essendo A l'obbligato convenuto in giudizio dal pretendente B, e C il terzo pretendente estraneo al giudizio) la chiamata in causa proposta da A contro C servirà a introdurre nei suoi confronti e nei confronti di B una domanda di mero accertamento (avente nei confronti della pretesa di B contro A carattere pregiudiziale) del rapporto vertente tra B e C; e C potrà assumere, nei confronti di B, la posizione di un interveniente principale. Se poi A sarà estromesso, la causa proseguirà soltanto tra B e C per decidere quale di essi abbia diritto a ritirare la somma o la cosa depositata (2).

2. — *Intervento per ordine del giudice* (3).

Intervento per ordine del giudice.

L'art. 205 del C. p. c. del 1865, regolando l'intervento coatto *iussu iudicis* stabiliva che « l'autorità giudiziaria, se *riconosca op-*

---

(1) ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 149, 3, pag. 304.

(2) Cfr. ZANZUCCHI, op. e loc. cit.; ANDRIOLI, *Comm.*, I, all'art. 109.

(3) SATTA, *L'intervento ordinato dal giudice*, in *Teoria e pratica del processo* (Roma, 1940), pag. 347; MICHELI, in « Temi Emiliana », 1940; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 151, pag. 306; ANDRIOLI, *Comm.*, I, all'art. 107.

portuno l'intervento in causa di un terzo, può ordinarlo anche di ufficio »: e poichè in questa formula non era menzionato il presupposto della comunanza di lite che era invece posta a base dell'art. 203, una parte della dottrina con alla testa il CHIOVENDA (1), riteneva che l'intervento coatto per ordine del giudice non avesse lo scopo, proprio dell'intervento a istanza di parte, di integrare i soggetti del processo colla chiamata di una nuova parte, ma avesse lo scopo *meramente istruttorio,* di utilizzare il terzo non come parte, ma come mezzo per dare al giudice informazioni sulla causa: sicchè nella sistematica chiovendiana questo intervento era studiato, invece che accanto alle altre forme di chiamata in causa di terzi, accanto ai vari mezzi dati al giudice per acquisire d'ufficio al processo il materiale di cognizione (perizia, accesso giudiziale, ecc.) (2).

ART. 107

Il nuovo Codice, stabilendo nell'art. 107 che anche l'intervento per ordine del giudice ha come presupposto, al pari di quello su istanza di parte dell'art. 106, la « comunanza di causa », ha reso definitivamente insostenibile, *in iure condito,* la opinione del CHIOVENDA: ed ha consacrato nel nuovo testo legislativo la opinione contraria, secondo la quale l'intervento coatto ordinato dal giudice ha la stessa natura e gli stessi scopi (colla sola differenza che l'iniziativa parte dal giudice anzichè dalla parte) dell'intervento coatto a istanza di parte.

Rinviamo dunque senza ripeterci a ciò che già si è detto a proposito di quello (retro, in questo stesso § 111, II, 1, *a*): questo intervento per ordine del giudice non serve infatti ad altro che a stimolare le parti affinchè chiamino in causa un terzo in quei casi e con quegli stessi effetti in cui le parti avrebbero potuto farlo di propria iniziativa secondo l'art. 106: l'art. 107 non aggiunge una figura di chiamata in causa con scopi o presupposti diversi da quelli contemplati nello art. 106, ma semplicemente dà al giudice, quando gli sembri che la chiamata in causa di un terzo gioverebbe alla economia dei giudizi ed eliminerebbe il pericolo di giudicati contraddittorî su cause connesse, di ordinare alle parti di effettuare questa chiamata, il che equivale ad avvertirle che, se esse non la eseguiranno, egli *non deciderà la causa.*

Effetti processuali di questo intervento.

Già si è visto come questa chiamata in causa, ordinata dal giudice per comunanza di causa (art. 106: connessione di cause che hanno in comune *tutti gli elementi oggettivi*) differisca nei suoi presupposti dalla chiamata in causa ordinata dal giudice per integrazione del giudizio in

(1) Cfr. *Principii,* pag. 184; *Istituzioni,* II, n. 261, B, 10.

(2) CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, n. 261, pag. 311.

caso di litisconsorzio necessario (art. 102). Ma identico è, nei due casi, l'effetto della inesecuzione dell'ordine del giudice: nel caso dell'art. 102, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio « in un termine perentorio da lui stabilito », e se nessuna delle parti esegue l'ordine di integrazione il *processo si estingue* (art. 307); nel caso dell'art. 107, il giudice ordina che la chiamata in causa del terzo sia eseguita dalle parti « per un'udienza che all'uopo egli fissa ». Se nessuna delle parti « provvede alla citazione del terzo, il giudice istruttore dispone con « ordinanza non impugnabile la cancellazione della causa dal ruolo, e « il *processo si estingue* » (art. 270).

La differenza tra i due casi è dunque questa: che mentre nel primo caso la causa *non può mai* esser decisa se il contraddittorio non è integrato colla chiamata del terzo litisconsorte necessario, nel secondo caso la causa *può esser decisa* senza chiamarvi il terzo nei casi in cui il giudice non ritenga opportuno ordinare che vi sia chiamato.

§ 112. — Mutamento delle parti nel corso del processo (1).

ART. 110 E 111

Per completare le nozioni elementari sulla posizione che le parti possono assumere nel processo, si deve ora dir qualcosa di quel fenomeno di cui gli art. 110 e 111 del nuovo Codice (che, in quanto applicabili, si riferiscono non solo al processo di cognizione, ma anche a quello di esecuzione) (2) disciplinano alcuni casi.

Come nel corso di uno stesso processo possono cambiare, senza che il processo si estingua e muti per la sua identità, l'organo giudiziario (§ 73, *b*) o le persone fisiche che lo compongono (§ 68, *b*), così può avvenire che nel corso di esso si verifichino mutamenti nelle persone delle parti, che non ne impediscano la continuazione. Potrà darsi che in seguito al cambiamento delle parti (o in seguito ad altri eventi che a suo tempo si vedranno, art. 299-301) si produca nel processo una *interruzione,* dopo la quale, affinchè il processo possa continuare tra i nuovi soggetti, sia necessario il compimento di appositi atti per rimetterlo in moto (art. 302-303). Tali atti si studieranno al luogo opportuno: qui ci limitiamo a esaminare quali sono le figure più caratteristiche di questi mutamenti di parti che non impediscono la continuazione del processo.

1. - *Successione a titolo universale* (art. 110).

Successione a titolo universale.

Quando durante il processo una delle parti viene meno per morte

(1) Chiovenda, *Istituzioni,* II, n. 362; Redenti, *Profili,* n. 163; Carnelutti, *Istituzioni,* n. 503; Andrioli, *Comm.,* I, all'art. 110, 111.

(2) Carnelutti, *Istituzioni,* n. 846.

fisica (anche *presunta,* art. 58 e segg. C. c.), ovvero, se si tratta di persona giuridica, per uno di quegli eventi che implicano una successione a titolo universale (come sarebbe la fusione delle società, per la quale la società incorporante o quella che risulta dalla fusione assume i diritti e gli obblighi delle società estinte: art. 2504 C. c.) (1), tutti i rapporti *trasmissibili* di diritto passano dalla persona estinta nel suo successore universale: e se su uno di questi rapporti di diritto sostanziale era pendente prima della morte un processo, la trasmissione del diritto controverso dall'autore al successore universale è accompagnata dalla trasmissione nello stesso successore della legittimazione ad agire o a contraddire su quel rapporto, e della qualità di parte in quel processo: « il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto » (art. 110). Tizio agisce contro Caio per il pagamento di un credito: durante il processo Caio muore e lascia eredi universali i figli Sempronio e Mevio: il processo prosegue (previa riassunzione, art. 303) contro Sempronio e Mevio, i quali, come secondo il diritto sostanziale rispondono dei debiti del defunto in proporzione delle loro quote ereditarie (art. 752 C. c.), così secondo il diritto processuale assumono nei confronti di Tizio attore la stessa posizione di convenuti che aveva Caio. Vi è dunque, in un caso come questo, una triplice coincidente trasmissione: il successore universale subentra nella posizione attiva o passiva che aveva il suo autore nel rapporto di diritto sostanziale (assumendone i diritti e gli obblighi), nell'azione (assumendone la stessa legittimazione attiva o passiva) e nel rapporto processuale (assumendovi la stessa posizione di attore o di convenuto).

Esempi.

La regola dell'art. 110 vale però, agli effetti della successione del processo, anche nei casi in cui il rapporto sostanziale sia per sua natura intrasmissibile, o in cui sia tale l'azione. Si supponga che penda tra due coniugi un processo di separazione personale (art. 706 e segg. C. p. c.), nel corso del quale uno dei coniugi muoia: qui il rapporto matrimoniale, che si estingue colla morte di uno dei coniugi (art. 149 C. c.), non è trasmissibile, com'è facile intendere, nel successore universale del coniuge defunto; tuttavia il processo potrà essere continuato nei suoi confronti dal coniuge sopravvivente, allo scopo di far dichiarare cessata la materia del contendere e di far regolare le conseguenze di carattere patrimoniale derivanti dal pro-

---

(1) Non dà luogo invece a successione universale la estinzione della persona giuridica privata, né la estinzione della società commerciale: cfr. ANDRIOLI, *Comm.*, vol. I, art. 110, n. 2. Secondo MOSSA, in « Riv. dir. comm. », 1942, II. pag. 219 si dovrebbe considerare come un caso di successione universale la successione nella impresa, e quindi anche in questo caso sarebbe applicabile l'art. 110, non il 111.

cesso (condanna nelle spese) (1). Oppure: pende contro una persona una causa di interdizione, promossa da uno dei parenti entro il quarto grado a ciò legittimati (art. 417 C. c.); se nel corso del processo muore l'interdicendo, si produce una situazione simile a quella veduta nel caso precedente; ma una situazione analoga si produce anche se muore la parte che chiede l'interdizione, perchè la legittimazione attiva, che dipendeva da una sua qualità personale intrasmissibile (parentela entro il quarto grado), non si trasmette al suo erede universale. Anche qui tuttavia il rapporto processuale potrà continuare nei confronti del successore, ai soli limitati effetti processuali che sopra si sono accennati.

Possiamo dunque dare alle disposizioni dell'art. 110 questo largo significato: che il successore universale subentra sempre come parte nel rapporto processuale del suo autore, anche se l'azione è intrasmissibile ed anche se colla morte dell'autore si è estinto il rapporto sostanziale già controverso.

2. - *Successione a titolo particolare* (art. 111).

Successione a titolo particolare.

ART. 111.

Se nel corso del processo il diritto controverso si trasferisce a titolo particolare, o per atto tra vivi (per es. per vendita della cosa litigiosa o per cessione del diritto controverso fatta a un terzo acquirente, estraneo al processo) o a causa di morte (se, ad esempio, nel corso di un processo di rivendicazione, muore il convenuto e resulta nel suo testamento che egli della cosa rivendicata ha disposto a favore di un legatario) (2), questo trasferimento a titolo particolare del diritto sostanziale non ha alcun effetto sul rapporto processuale: il quale continua « tra le parti originarie », cioè, se l'alienazione è avvenuta *inter vivos*, nei confronti dell'alienante (nonostante che egli, in seguito all'alienazione, non sia più titolare del diritto sostanziale controverso); e se è avvenuta *causa mortis*, nei confronti del successore universale della parte defunta (nonostante che la cosa controversa non sia stata lasciata a lui, ma al legatario). In questo modo l'alienante, che continua ad esser parte e legittimato in un processo in cui si controverte di un diritto non più appartenente a lui, vi assume dopo l'alienazione, la funzione di sostituto processuale dell'acquirente (§ 116); e il successore universale vi assume la stessa posizione nei confronti del legatario. Mentre nel caso dell'alienazione volontaria *inter vivos*, la successione nel rapporto sostanziale lascia immutato il rapporto pro-

---

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pag. 494.

(2) Nell'art. 111 si deve intendere compresa anche la ipotesi di estinzione di persone giuridiche private e di società commerciali che non dia luogo a successione. Cfr. ANDRIOLI, *Comm.*, I, all'art. 111, n. 3.

cessuale tra le parti originarie, nel caso di trasferimento a titolo particolare *mortis causa,* la successione si produce necessariamente anche nel rapporto processuale, in seguito alla morte della parte; ma la persona che succede nel rapporto processuale non è la stessa che succede nel diritto sostanziale, perchè, mentre in questo subentra il legatario, in quello subentra per l'art. 110 l'erede universale, ma (per l'art. 111) *come sostituto processuale del legatario* (1).

Successione particolare inter vivos e mortis causa.

Lo scopo di queste disposizioni è quello di tutelare la controparte contro il pericolo di perdere i frutti della vittoria o comunque di veder aggravata o complicata la sua posizione processuale a causa della alienazione, avvenuta in corso del processo, della *res litigiosa.* Per ovviare a tali pericoli, il diritto romano e il diritto comune vietavano addirittura la alienazione della *res litigiosa*: il diritto moderno non la vieta, ma, pur permettendo l'alienazione con effetto di diritto sostanziale, vuole che nel processo la parte originaria (o il suo successore a titolo universale) rimanga al suo posto (cfr. anche art. 948 C. c.) affinchè la controparte non debba assumersi l'onere di ricominciare il giudizio nei confronti del successore a titolo particolare (2): il quale non potrà poi sottrarsi agli effetti della sentenza pronunciata fuor della sua presenza, contro l'alienante o contro il successore universale, perchè « la sentenza pronunciata contro questi ultimi spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare » (art. 111, ultimo comma).

Il terzo comma dell'art. 111 dispone però che, pur proseguendo il processo nei confronti dell'alienante o del successore universale, « il successore a titolo particolare (acquirente o legatario) può intervenire o essere chiamato nel processo, e, se le altre parti vi consentono, lo alienante o il successore universale può esserne estromesso ». Qui dunque si può verificare, accanto al sostituto processuale che sta in causa per un diritto altrui, l'intervento litisconsorziale del titolare del diritto medesimo (acquirente o legatario); e si può verificare addirittura una *estromissione,* cioè una ulteriore successione processuale tra il sostituto processuale, che cessa di essere parte nel processo, e il titolare del diritto che prende il suo posto.

Quando questa estromissione avviene, la posizione del rapporto processuale torna a coincidere con quella del rapporto sostanziale: il

---

(1) Cfr. ampiamente su questa e su altre ipotesi (e in particolare sulla coordinazione dell'art. 111 coll'art. 649 C. c.), ANDRIOLI, *Comm.*, vol. I, all'art. 111.

(2) Sulle ragioni per le quali si è ritenuto conveniente che nei casi di successione particolare *mortis causa,* stia in causa l'erede come sostituto del legatario, cfr. CARNELUTTI, *Sistema,* III, n. 737; ALLORIO, in « Riv. dir. proc. civ. », 1940, I, 206.

successore a titolo particolare succede nel processo all'alienante (o al successore universale) che finora stava in causa come suo sostituto.

3. - *Estromissione del garantito* (art. 108) (1).

Un mutamento di parti si può produrre in seguito alla chiamata in garantia (retro, § 111, *b*): « se il garante comparisce e accetta di assumere la causa (principale) in luogo del garantito, questi può chiedere, qualora le parti non si oppongano, la propria estromissione. Questa è disposta dal giudice con ordinanza; ma la sentenza di merito pronunziata nel giudizio spiega i suoi effetti anche contro l'estromesso ».

Altri casi di estromissione.

ART. 108.

Qui si verifica, come nel caso già visto dall'art. 111, terzo comma, un caso di successione nel processo con « *estromissione* » di una parte, il posto della quale viene assunto da un'altra persona. Ma il fenomeno è qui capovolto; mentre nel caso dell'art. 111 estromesso è il sostituto processuale al posto del quale sottentra il titolare del diritto, qui al posto del titolare del diritto (garantito) sottentra il sostituto processuale (garante) che fa valere in proprio nome il diritto del garantito.

4. - *Estromissione del non legittimato* (art. 1586 C. c.: cfr. retro, § 111 *c*).

Già si è visto che il conduttore, molestato in via giudiziale da terzi che pretendono di avere diritti sulla cosa locata, può indicare il nome del locatore (*nominatio auctoris*) e chiedere senz'altro di essere estromesso. Qui il processo proseguirà nei confronti del locatore, solo legittimato a contraddire, se l'attore lo chiamerà in causa, e si avrà quindi apparentemente una successione del legittimato al posto del non legittimato; ma in realtà qui la estromissione può aver luogo anche indipendentemente dalla successione, perchè, anche se il locatore non è chiamato in causa a cura dell'attore, il conduttore ha diritto di essere estromesso « con la semplice indicazione » del suo nome.

ART. 1586 *C.c.*

5. - *Estromissione dell'obbligato* (art. 109).

A un singolare mutamento di parti può dar luogo la chiamata del terzo pretendente: l'obbligato, quando siano in causa più pretendenti (o perchè vi siano stati fino da principio o perchè uno di essi vi sia stato chiamato dallo stesso obbligato), può depositare la cosa o la somma dovuta, e chiedere di essere estromesso. Qui l'estromissione dell'obbligato (convenuto) non dà luogo a successione nel processo, perchè, dopo che egli è stato estromesso, nessuno prende il suo posto: il rapporto processuale tra l'obbligato e i pretendenti si estingue, e rimane in vita soltanto il processo tra questi.

ART. 109.

---

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 363; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 305.

6. - *Successione dei legittimati per categoria.*

Può accadere finalmente che si verifichi una successione nel processo non accompagnata da alcuna successione nel rapporto sostanziale: ciò può verificarsi nei casi di legittimazione *per categoria* (retro, § 37 *b*) quando, essendo stato iniziato il processo da uno dei legittimati, nel corso di esso il suo posto sia preso da un altro di essi avente legittimazione pari (1). Ciò è ammesso testualmente dall'art. 718 C. p. c., il quale, in materia di interdizione, legittima ad appellare contro la sentenza di primo grado « tutti coloro che avrebbero avuto diritto di proporre la domanda di interdizione, anche se non parteciparono al giudizio » (se l'interdizione è stata chiesta in primo grado da uno qualunque dei parenti entro il quarto grado dell'interdicendo, art. 417 C. c., l'appello può esser proposto non solo da lui, ma anche da qualsiasi altro dei parenti entro lo stesso grado, che non ha partecipato al giudizio di primo grado). Disposizione analoga si ha per il giudizio di revoca della interdizione o inabilitazione, art. 720; e un altro caso è testualmente contemplato dall'art. 121 del reg. 5 febbraio 1891, n. 99 alla legge sulle opere pie. In questi casi la dottrina parla di sostituzione: il legittimato che subentra al posto di quello che ha iniziato il processo, vi figurerebbe come suo sostituto. Ma sotto lo aspetto sostanziale non mi pare che qui si riscontri nel successore il carattere tipico della sostituzione che è quello di stare in giudizio per un diritto appartenente a colui al quale il sostituto subentra: qui il successore non entra nel processo per far valere un diritto sostanziale di cui sia titolare il suo predecessore, ma l'uno e l'altro sono ugualmente legittimati per categoria nei confronti del rapporto dedotto in causa, che rimane invariato (stato dell'interdicendo, diritto dell'opera pia). Questa successione processuale non deriva dunque da una sostituzione del secondo al primo (come potrebbe avvenire, per es. nel caso già visto del garante che si sostituisce al garantito) ma dalla loro equivalenza e, per così dire, fungibilità processuale.

Successione dei legittimati per categoria.

ART. 718.

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 362, *c*, pag. 496; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 158, 5, pag. 315.

Sezione seconda

LA PARTE CONSIDERATA IN SE STESSA

§ 113. — Capacità di esser parte (1).

Chi può assumere nel processo la qualità di parte, in una tra le svariate posizioni che abbiamo finora esaminate?

Capacità giuridica e capacità di agire.

Se si considera che il rapporto processuale non è che un particolare tipo di rapporto giuridico, e che soggetti dei rapporti giuridici in generale sono le *persone, fisiche* e *giuridiche,* sarà facile la risposta: parti, cioè soggetti del rapporto processuale, possono essere tutte le persone, fisiche e giuridiche, che possono essere soggetti di rapporti giuridici in generale, cioè tutti coloro (uomini od enti) che hanno, secondo il diritto sostanziale, la *capacità giuridica.*

Il C. civile distingue la *capacità giuridica* (art. 1) dalla *capacità di agire* (art. 2): la prima è la idoneità, che la nostra legge riconosce ad ogni uomo fin dal momento della nascita, ad esser soggetto di diritti; la seconda è la idoneità, che la legge riconosce a chi abbia compiuto una determinata età, a provvedere colla propria volontà all'esercizio dei propri diritti (2). Il neonato per il solo fatto della nascita può essere, ad esempio, proprietario di beni a lui pervenuti per eredità; ma del proprio diritto di proprietà su questi beni può disporre, alienandoli, soltanto al compimento del ventunesimo anno, cioè quando avrà raggiunto quella età colla quale la legge presume ch'egli abbia raggiunto quella piena maturità intellettuale che gli permette di provvedere da sè ai propri interessi.

Queste due nozioni, contrapposte insieme e complementari, si proiettano dal diritto sostanziale nel diritto processuale: in cui la capacità giuridica si chiama *capacità d'esser parte,* e la capacità di agire

---

(1) Chiovenda, *Istituzioni,* II, § 35; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.,* I, n. 160, pag. 316; Redenti, *Profili,* pag. 352; Jaeger, *Dir. proc. civ.,* n. 112.

(2) Cfr. Messineo, *Istituzioni,* § 15, nn. 1 e 5.

si chiama *capacità di stare in giudizio* o *capacità processuale* (cfr. § 113) (1).

Sulla capacità di esser parte (capacità di esser soggetto di un rapporto processuale) c'è poco da dire: il problema è in gran parte risolto dalle leggi sostanziali, che attribuiscono la personalità giuridica non soltanto alle persone *fisiche* per il semplice fatto della nascita, ma anche alle persone *giuridiche* per effetto del riconoscimento (art. 11 e segg. C. c.). Parte in causa può dunque essere, in posizione di attore o di convenuto o di interveniente, non solo ogni uomo vivente, ma altresì ogni persona giuridica riconosciuta: persone giuridiche di diritto pubblico (art. 11 C. c.); persone giuridiche private (art. 12 C. c.: associazioni e fondazioni); società commerciali con personalità giuridica (art. 2325, 2472, ecc. C. c.).

Capacità di esser parte.

1. - È difficile immaginare come la questione della capacità di esser parte possa praticamente essere sollevata nei confronti di una persona fisica, in un ordinamento giuridico come il nostro in cui la capacità giuridica è riconosciuta ad ogni uomo per il solo fatto di esistere: solo in un ordinamento giuridico che ammettesse la schiavitù o la morte civile sarebbe possibile concepire l'esistenza di una persona fisica che, non essendo, o non essendo più, riconosciuta come soggetto di diritti, verrebbe necessariamente a trovarsi priva anche della capacità di esser parte in giudizio (2). La questione potrebbe nascere, caso mai, nei confronti dello straniero: poichè, per l'art. 16 delle Disp. gen. premesse al C. c., « lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità », si può configurare il caso di un processo intentato in Italia da o contro uno straniero appartenente a uno Stato che neghi a tutti gli effetti la personalità giuridica ai cittadini italiani; in tal caso il giudice dovrebbe dichiarare inammissibile la domanda per mancanza nello straniero della capacità di esser parte (dal che si vede che anche chi manca della capacità di esser parte, è tuttavia parte ai limitati effetti di far dichiarare dal giudice tale incapacità) (3).

2. - La questione della capacità di esser parte può sorgere invece

(1) Cfr. REDENTI, *Profili*, nn. 193, 194, in relazione ai nn. 18-24.

(2) La questione potrebbe sorgere nei casi, che si citano come curiosità storiche (cfr. LESSONA C., *Giurisprudenza animalesca*, Città di Castello, 1906, pag. 30 e segg.) di processi intentati contro bestie: se il danneggiato da un animale incustodito (art. 2052 C. c.) convenisse in giudizio per il risarcimento, anzichè la persona responsabile, lo stesso animale autore materiale del danno, è evidente che nel convenuto mancherebbe la capacità di esser parte!

(3) Cfr. in argomento gli scritti del CARNELUTTI sulla incapacità processuale degli austriaci durante la guerra 1915-1918 (in *Studi*, vol. I, pag. 105 e segg.). Secondo la legge di guerra dell'8 luglio 1938 n. 1415, art. 280 le persone di

per certi raggruppamenti di persone o di beni, che, pur non essendo riconosciuti dalla legge come persone giuridiche unitarie e non essendo quindi nel campo sostanziale soggetti di diritti, sono tuttavia considerati dalla legge come enti unitari a certi limitati effetti, tra i quali vi è quello di poter stare in giudizio come parti. La questione, finora molto dibattuta nella pratica per mancanza di ogni disciplina legislativa in proposito (1), è stata risolta dal nuovo C. c. il quale stabilisce che anche le associazioni « non riconosciute come persone giuridiche » « possono stare in giudizio nella persona di coloro ai quali [secondo gli accordi degli associati] è conferita la presidenza o la direzione » (art. 36) e che anche i « comitati di soccorso o di beneficenza e i comitati promotori di opere publiche, monumenti, esposizioni, mostre, festeggiamenti e simili » possono, anche se non hanno ottenuto la personalità giuridica, « stare in giudizio nella persona del presidente » (art. 39 e 41 C. c.). È discutibile se qui il presidente, che sta in giudizio, vi rappresenti la associazione e il comitato come ente unitario, ovvero le singole persone fisiche che lo compongono: se si sceglie la prima soluzione, bisogna ritenere che in questi casi la capacità di esser parte agli effetti processuali non vada di pari passo colla capacità giuridica agli effetti sostanziali, nel senso che la legge abbia voluto con una norma espressa riconoscere eccezionalmente la prima a un ente di fatto sprovvisto della seconda (2).

Capacità di esser parte delle associazioni non riconosciute.

Un caso molto simile è quello dei cosiddetti « patrimoni autonomi » (3) (il fallimento, che sta in giudizio per mezzo del curatore, art. 43 r. decr. 16 marzo 1942, n. 267; l'eredità giacente che sta in giudizio per mezzo del curatore, art. 528 C. c.; l'eredità sotto condizione che sta in giudizio per mezzo dell'amministratore, art. 641-643 C. c.; il condominio, che sta in giudizio a mezzo dell'amministratore, art. 1131 C. c.; ecc.).

Id. dei patrimoni autonomi.

§ 114. — Capacità processuale: rappresentanza legale degli incapaci e delle persone giuridiche nel processo (4).

Dalla capacità di esser parte si distingue, come già si è accennato, la *capacità processuale* o *capacità di stare in giudizio* (art. 75 C. p. c.:

Capacità processuale.

---

nazionalità nemica « conservano la piena *capacità civile* e il libero esercizio dei « loro diritti, salve le limitazioni stabilite dalla legge. *Esse conservano la capacità « processuale attiva e passiva* ».

(1) Chiovenda, *Istituzioni*, II, n. 227.

(2) Cfr. in proposito Messineo, *Istituzioni*, § 20, n. 13.

(3) Chiovenda, *Istituzioni*, II, n. 227, *B*; sulla posizione del curatore del fallimento, cfr. Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, pag. 79.

(4) Chiovenda, *Istituzioni*, II, § 36; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 316 e segg.

cfr. art. 36 secondo comma e 136 C. p. c. 1865); mentre la prima appartiene a tutte le persone, fisiche e giuridiche, la capacità di stare in giudizio appartiene soltanto alle persone « che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere » (art. 75) ossia alle persone che, *secondo la legge sostanziale,* hanno la capacità d'agire (art. 2 C. c.). Il diritto processuale, dunque, non regola direttamente la capacità processuale: si limita per essa a rinviare alle norme del diritto sostanziale che regolano la capacità di agire (1). ART. 75.

Il problema della capacità processuale, come quello della capacità d'agire, si presenta pertanto in maniera diversa (quantunque per affinità di argomento e di disposizioni i vari aspetti di esso si trovino spesso unificati dalla dottrina) per le persone fisiche e per le persone giuridiche.

1. - Per la persona fisica la capacità d'agire è il riconoscimento nel campo giuridico della maturità e della integrità psichica del suo discernimento e della sua volontà: è giuridicamente capace di esercitare i propri diritti colui che è naturalmente capace di provvedere ai suoi interessi colla propria volontà. Ma la legge, invece di far dipendere la capacità d'agire della persona fisica da un'indagine sulla sua capacità naturale condotta caso per caso, presume che tutte le persone che abbiano compiuto la maggiore età (al disotto della quale si presume che la piena maturità intellettuale non sia ancora raggiunta) e che non si trovino in speciali condizioni previste dalla legge come cause di incapacità, abbiano la piena capacità naturale di intendere e di volere, e quindi riconoscono ad esse, in generale, la capacità d'agire. *Capacità di agire delle persone fisiche.*

Per le persone fisiche, dunque, la capacità d'agire (e quindi la capacità processuale) è la regola: eccezione è la incapacità, che la legge fa derivare da cause diverse: dall'età (minori degli anni ventuno, art. 2 C. c.); dalla infermità psichica (interdizione e inabilitazione *giudiziale* per infermità di mente: art. 414-415 C. c.) o da certe condanne penali (interdizione *legale,* art. 32 C. p.). In tutti questi casi, anche se la persona è naturalmente in grado di intendere e di volere (il minore degli anni ventuno può aver raggiunto da tempo la piena maturità intellettuale; e questa non vien meno nel caso di condanna penale) la sua volontà, anche se psicologicamente valida, è giuridicamente irrilevante, in quanto la legge non le riconosce quella validità negoziale colla quale le persone capaci possono disporre dei propri diritti; ma, per evitare che in casi siffatti i diritti dell'incapace rimangano sprovvisti di una volontà che validamente li amministri, la legge

(1) Betti, *Dir. proc. civ.*, n. 31, pag. 127.

Incapacità.

supplisce alla mancanza o alla insufficienza giuridica della volontà dell'incapace coll'affidare l'esercizio di essi, nell'interesse dello stesso incapace, alla volontà di una persona diversa: così, mentre i diritti continuano ad appartenere all'incapace e le modificazioni di essi sono modificazioni della sua sfera giuridica, la volontà negoziale che provvede a produrre tali modificazioni appartiene a questa persona diversa, incaricata dalla legge di volere e di agire per lui.

Tra la piena capacità d'agire e la assoluta incapacità possono esservi situazioni intermedie: sia nel senso che la incapacità può essere limitata soltanto ad alcuni atti, mentre per altri sussiste la capacità piena, sia nel senso che la volontà dell'incapace, pur non essendo assolutamente irrilevante, abbia bisogno, per essere giuridicamente operativa, di essere assistita o autorizzata dalla volontà di un'altra persona. La collaborazione di questa volontà estranea all'esercizio dei diritti dell'incapace si distingue quindi in diverse figure (*rappresentanza, assistenza, autorizzazione*) secondo il grado dell'incapacità: se la incapacità è totale, la volontà estranea prende interamente il posto di quella dell'incapace, e si ha la figura della *rappresentanza legale,* per cui a disporre sui diritti dell'incapace rappresentato basta la sola volontà del rappresentante (il padre rappresenta i figli minorenni non emancipati, art. 320 C. c.; il tutore rappresenta il pupillo, art. 357, o l'interdetto, art. 424 C. c.); se l'incapacità è parziale, per esercitare i diritti dell'incapace è necessario il concorso della sua volontà e di quella della persona che la integra, e si ha allora la figura della *assistenza* (il curatore del minore emancipato lo assiste per il compimento degli atti eccedenti la semplice amministrazione, art. 394 C. c., mentre per quelli che non la eccedono, il minore ha capacità piena; lo stesso per il curatore dell'inabilitato, art. 424 C. c.); vi sono finalmente casi in cui una persona che è per il resto pienamente capace, ha bisogno, per il compimento di determinati atti, di ricevere da altri un'*autorizzazione,* ottenuta la quale basta la sua sola volontà a compiere validamente l'atto senza bisogno che ad esso intervenga la persona autorizzante (es. art. 185 C. c., secondo il quale, in caso di impedimento del marito, la moglie può amministrare i beni dotali, purché a ciò il tribunale l'autorizzi). Talvolta le figure della rappresentanza o dell'assistenza si trovano combinate con quella dell'autorizzazione: il padre che rappresenta il figlio minorenne non emancipato, non può alienare i beni di lui se non previa autorizzazione del giudice tutelare (art. 320 C. c.); per gli atti del minore emancipato eccedenti la semplice amministrazione può esser necessaria, oltre il consenso del curatore, l'autorizzazione del giudice tutelare o quella del tribunale su parere del giudice tutelare (art. 394 C. c.). Per arrivare a quella pienezza di effetti negoziali normalmente conseguibili colla sola volontà

Rappresentanza, assistenza, autorizzazione.

della persona pienamente capace, può in tal modo esser necessario il concorso di due, di tre, o perfino di quattro volontà appartenenti a persone diverse.

Queste stesse situazioni si riproducono nel processo: mentre la persona capace sta in giudizio da sè sola, gli incapaci stanno diversamente in giudizio secondo il diverso grado della loro incapacità: « le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità » (art. 75 secondo comma: cfr. art. 182 secondo comma); il che significa che per la persona pienamente incapace sta in giudizio il suo rappresentante legale (munito di autorizzazione, quando occorre); mentre la persona parzialmente incapace sta in giudizio da sè, ma coll'assistenza della persona che integra la sua capacità (praticamente, volendo iniziare un giudizio contro un minorenne non emancipato o contro un interdetto, si cita *soltanto* il padre o il tutore, che sta in giudizio in nome del rappresentato; volendo iniziarlo contro un minorenne emancipato o contro un inabilitato, bisogna citare, *insieme con lui,* anche il suo curatore). ART. 75, 2° COMMA.

Si hanno tuttavia alcuni casi in cui questa coincidenza, che è la regola, tra la capacità d'agire del diritto sostanziale e la capacità processuale non è mantenuta: e in cui la capacità processuale è riconosciuta eccezionalmente a persone che non avrebbero in generale, secondo il diritto sostanziale, la capacità d'agire. Esempi: nelle controversie individuali del lavoro ha piena capacità processuale il minore che ha compiuto gli anni diciotto (art. 3 C. c.; qui però questa eccezionale capacità processuale corrisponde a una speciale capacità d'agire che il diritto sostanziale riconosce al diciottenne per la stipulazione dei contratti di lavoro e per l'esercizio dei relativi diritti; cfr. art. 397 C. c.); lo stesso vale per le azioni volte a far valere i diritti sulle opere dell'ingegno e sulle invenzioni industriali, per lo autore che ha compiuto diciotto anni (art. 2580 C. c.; cfr. art. 108 della l. 22 aprile 1941, n. 633); nelle cause di interdizione e di inabilitazione « l'interdicendo e l'inabilitando possono stare in giudizio e compiere da se soli tutti gli atti del procedimento, comprese le impugnazioni, anche quando è stato nominato il tutore o il curatore provvisorio, previsto dagli art. 419 e 420 del C. c. » (art. 716 C. p. c.); lo stesso possono fare l'interdetto e l'inabilitato nelle cause per la revoca dell'interdizione o della inabilitazione (art. 720 C. p. c.). ART. 716 E 720

2. - Per le persone giuridiche la necessità di un rappresentante legale che stia in giudizio in luogo e nome della parte deriva non, come per le persone fisiche, da eccezionale incapacità della parte rappresentata, ma dalla stessa natura di tutte le persone giuridiche, le quali, pur essendo idealmente considerate dalla legge come sogget-

Capacità processuale delle persone giuridiche.

ti autonomi di diritti e di obblighi, non possono agire nel mondo sensibile se non attraverso la volontà delle persone fisiche che costituiscono gli *organi necessari* della loro attività pratica. Il fenomeno è dunque sostanzialmente diverso da quello della rappresentanza delle persone fisiche incapaci, perché, mentre per queste la volontà del rappresentante fa giuridicamente le veci di una volontà (del rappresentato) che potrebbe esistere naturalmente come volontà separata, le persone giuridiche, essendo una creazione del diritto, sono sprovviste di qualsiasi volontà naturale che possa comunque contrapporsi a quella degli organi che agiscono per esse (sicchè per esse non è neanche concepibile l'istituto della assistenza, che presuppone nello assistito l'esistenza di una volontà distinta da quella dell'assistente) (1).

ART. 75, 3° COMMA.

Tuttavia la legge anche per le persone giuridiche parla, come per le persone fisiche assolutamente incapaci, di rappresentanza: « le persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta a norma della legge o dello statuto » (art. 75 terzo comma C. p. c.). Anche qui il diritto processuale rinvia al diritto sostanziale: di regola agli stessi organi che hanno per legge o per statuto l'ufficio di agire per le persone giuridiche agli effetti sostanziali, è affidato del pari l'ufficio di stare in giudizio per esse agli effetti processuali; ma non sempre c'è questa coincidenza.

Esula dal nostro campo una compiuta rassegna analitica degli organi che, secondo il diritto sostanziale, stanno in giudizio per ciascuno degli svariatissimi tipi di persone giuridiche pubbliche e private.

Per limitarci a dare qualche esempio, si può ricordare, cominciando dalle persone di diritto pubblico, che per lo Stato sta in giudizio il capo d'ufficio che rappresenta l'amministrazione interessata nel luogo dove risiede l'autorità giudiziaria davanti a cui è iniziata la lite (t. u. 24 novembre 1913 n. 1303, art. 15); per le provincie sta in giudizio il preside, previa autorizzazione del rettorato (la quale non occorre però nelle cause possessorie o nelle altre il cui valore non eccede le lire cinquemila: cfr. l. 3 marzo 1934 n. 383, art. 133 n. 11, art. 135 n. 12); per i comuni sta in giudizio il podestà, previo parere obbligatorio ma non vincolante della consulta (art. 52 n. 3, 53 n. 5, 79 n. 7, 80 n. 1, 82 e 83 l. 3 marzo 1934 cit.); per le opere pie stanno in giudizio le amministrazioni stabilite dalla legge (l. 3 giugno 1937, n. 847, art. 5), previa autorizzazione della giunta provinciale amministrativa; per le associazioni professionali legalmente riconosciute (art. 2907 secondo comma C. c., art. 411 C. p. c.) stanno in giudizio gli organi che le rappresentano secondo i loro statuti.

---

(1) Cfr. MESSINEO, *Istituzioni*, § 20, n. 9.

In quanto alle persone giuridiche di diritto privato, esse stanno in giudizio per mezzo degli amministratori i cui poteri di rappresentanza risultino dal pubblico registro (cfr. art. 16, 19, 20, 33 C. c.) (1); le società stanno in giudizio per mezzo degli amministratori (art. 2298, 2384 ecc. C. c.); e così via. In quanto alla rappresentanza in giudizio delle associazioni e comitati che non sono persone giuridiche, e dei cosiddetti « patrimoni autonomi », cfr. quanto si è già detto retro, § 113 in fine.

3. - L'art. 78 fa l'ipotesi, comune alle persone fisiche incapaci ed alle persone giuridiche, della mancanza della persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza; e assimila (comma secondo) alla mancanza del rappresentante il conflitto di interessi tra questo e il rappresentato (la rappresentanza non è concepibile se non in quanto la volontà del rappresentante sia posta in servizio dell'interesse del rappresentato) (2).

Nomina di un curatore speciale.

In questi casi, per evitare che la mancanza del rappresentante (o, per le persone fisiche a capacità limitata, dell'assistente) metta la parte nella impossibilità pratica di agire in giudizio, o la parte che vuol chiamarla in giudizio nella impossibilità di instaurare validamente il processo contro di lei, l'art. 78, quando concorrano speciali ragioni di urgenza prevede la nomina « all'incapace, alla persona giuridica o all'associazione non riconosciuta » di un *curatore speciale* « che lo rappresenti o assista finchè subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza ». L'istanza per ottenere tale nomina (che può essere presentata dal pubblico ministero; « dalla persona che deve essere rappresentata o assistita, sebbene incapace, nonchè dai suoi prossimi congiunti »; dallo stesso rappresentante, in caso di conflitto di interessi, e « da qualunque altra parte in causa che vi abbia interesse », art. 79) si propone « al conciliatore, al pretore o al presidente dell'ufficio giudiziario davanti al quale si intende proporre la causa » (art. 80 primo comma). « Il giudice, assunte le opportune informazioni e sentite possibilmente le persone interessate, provvede con decreto. Questo è comunicato al pubblico ministero affinchè provochi, quando occorre, i provvedimenti per la costituzione della normale rappresentanza o assistenza dell'incapace, della persona giuridica o dell'associazione non riconosciuta » (art. 80, secondo comma).

ART. 78, 79, 80.

La nomina di un curatore speciale è prevista dall'art. 17 della l. 3 aprile 1926 n. 563 quando debba stare in giudizio un'associazione professionale non ancora legalmente riconosciuta (cfr. art. 411 C. p. c.).

---

(1) MESSINEO, *Istituzioni*, § 20, n. 8.

(2) Cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 164, pag. 318.

4. - Da quanto si è detto finora appare chiaramente che nei casi di « rappresentanza legale » finora passati in rassegna, *parte* (in quel senso esclusivamente processuale in cui è legittimo, come si dimostrò, l'uso di questa parola nel processo) è il *rappresentato, non il rappresentante*: il rappresentante sta nel processo non nell'interesse proprio ed in nome proprio, ma nell'interesse e nel nome del rappresentato, sul quale soltanto ricadono le conseguenze del processo (spese, cosa giudicata, esecuzione. ecc.). Per questo la nozione della parte come soggetto attivo o passivo della domanda (cfr. retro, § 103) dev'essere integrata con riferimento al fenomeno della rappresentanza: parte è colui che domanda *in proprio nome* (o *nel cui nome* è domandato) e colui contro il quale (o *contro il rappresentante* del quale) è domandato un provvedimento del giudice (1).

La rappresentanza processuale e la qualità di parte.

La volontà del rappresentante è uno strumento che la legge presta al rappresentato, per dargli modo di difendersi praticamente nel processo; ma, quantunque la sua capacità processuale abbia bisogno di essere integrata da questa volontà estranea, titolare del rapporto processuale rimane soltanto lui, il rappresentato, e su lui si fanno sentire, in bene o in male, tutti i profitti e le perdite del processo. Il rappresentante non sta in giudizio come titolare della propria sfera giuridica (« in proprio » come si dice nella pratica), ma soltanto nella limitata qualità di amministratore della sfera giuridica altrui (« nel nome », come si dice nella pratica, sottintendendo del «rappresentato»). Se un minorenne rimane danneggiato da un fatto colposo e il padre, come suo legale rappresentante, agisce in giudizio contro il responsabile, il risarcimento a cui questo sia condannato entrerà nel patrimonio del figlio e non in quello del padre; se l'amministratore di una società perde una causa da lui intrapresa in questa sua qualità, chi risponde delle spese del processo difronte alla parte vincitrice è la società col patrimonio sociale e non l'amministratore in proprio col suo patrimonio personale. Deriva da ciò che, se nel corso del processo si verifica un cambiamento di rappresentanza (perchè, ad esempio, il padre rappresentante del minorenne muore, e il suo posto è preso da un tutore; o perchè nel corso del processo il minorenne raggiunge la maggior età; o perché si cambiano gli amministratori di una persona giuridica), ciò non dà luogo a un caso di successione di parti: la parte, nonostante il cambiamento dei suoi rappresentanti, *rimane la stessa*. Queste nozioni sono di applicazione così quotidiana e indiscussa nella pratica, che proprio sembrerebbe superfluo insistervi; ma tuttavia può essere opportuno richiamar questi principî elemen-

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 214.

tari, difronte a una dottrina recente, isolata per quanto autorevole, che, introducendo nel processo la distinzione tra parte in senso processuale e parte in senso sostanziale, avrebbe voluto considerare parte nel primo senso il rappresentante e nel secondo senso il rappresentato (1). Più di recente lo stesso CARNELUTTI, autore di tale dottrina, l'ha modificata proponendo la nozione di *parte complessa*, che si avrebbe quando « il soggetto giuridico anzichè da una persona sola è costituito da un'organizzazione di persone, quali sono, ad esempio, il minore e il suo amministratore (padre, tutore) » (2): in tali casi parte in causa, anche in senso processuale, non sarebbe nè il solo rappresentato nè il solo rappresentante, ma l'« organizzazione » di tutt'e due. Ma anche di questa nuova formula, se pur ammirevole come inusitata bizzarria classificatoria, non par che si possa trarre profitto sotto l'aspetto pratico (che è poi il solo aspetto sotto il quale si può saggiare la bontà delle costruzioni giuridiche): considerar come fusi in una parte sola il figlio minorenne e il padre che lo rappresenta, significa disconoscere che secondo il diritto padre e figlio sono due soggetti giuridici distinti e che sulla sfera giuridica del figlio e non su quella del padre vanno a cadere in casi siffatti tutti gli effetti giuridici, dai quali soltanto si riconosce chi è parte nel processo.

Teoria del Carnelutti.

Occorre anche ricordare, sempre per evitare i disorientamenti concettuali che possono derivare da confusioni di terminologia, che la *capacità processuale* di cui finora si è parlato e che qualcuno chiama anche *legittimazione processuale* (*legitimatio ad processum*) non ha niente a che vedere, nonostante la somiglianza delle parole, colla *legittimazione ad agire e a contraddire* (*legitimatio ad causam*: § 37 *b*). Mentre la legittimazione *ad causam* è un requisito dell'azione in senso concreto, che il diritto sostanziale regola caso per caso in funzione di una determinata *causa*, cioè di quel determinato rapporto controverso di cui si discute in quel processo, la capacità processuale, o legittimazione *ad processum*, è un requisito che attiene al processo in generale, e la cui mancanza fa sentire i suoi effetti sul rapporto processuale, indipendentemente da ogni riferimento al rapporto sostanziale controverso. L'indagine sulla capacità processuale è naturalmente preliminare (come la indagine su qualsiasi altro « presupposto processuale ») alla indagine sulla legittimazione *ad causam* (che attiene al merito): se la parte in causa non ha la capacità processuale, il processo non è regolare e il giudice non può entrare ad esaminare

Capacità processuale e legittimazione processuale.

---

(1) Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni di dir. proc. civ.*, vol. II, nn. 102-110; e contro di lui BETTI, *Dir. proc. civ.*, pag. 99 e nota 13.

(2) *Istituzioni*, n. 106.

se la parte ha ragione in merito, nè, quindi, se essa sia, nel merito, concretamente legittimata a far valere il diritto controverso; e viceversa, anche se la parte è processualmente capace, può darsi che nel merito resulti ch'essa manca di legittimazione a far valere quel diritto, e che quindi la sua domanda sia respinta nel merito per tale mancanza. Facciamo la ipotesi di una moglie interdetta che da sè sola volesse proporre domanda in giudizio per far valere un diritto relativo alla dote: il giudice non potrebbe entrare a esaminare il merito di questa domanda, perchè la interdetta non può stare in giudizio altro che per mezzo del tutore, e, in mancanza di chi legalmente la rappresenta, è sfornita, *in generale*, di capacità processuale (art. 424 C. c.). Ma se nell'azione in giudizio la moglie fosse regolarmente rappresentata dal suo tutore che fosse persona diversa dal marito, il giudice, pur entrando a decidere il merito, dovrebbe respingere nel merito questa stessa domanda, proposta irregolarmente in suo nome, perchè, secondo il diritto sostanziale (art. 184-185 C. c.) la moglie, anche se ha in generale la capacità processuale, non è legittimata a far valere i diritti relativi alla dote, per esercitare i quali la legittimazione *ad causam* spetta in questi particolari rapporti soltanto al marito.

§ 115. — Rappresentanza volontaria nel processo: capacità di chiedere in giudizio e rappresentanza necessaria dei difensori (1).

Conferimento volontario di rappresentanza processuale.

Accanto alla rappresentanza legale, di cui finora si è discorso, la legge ammette anche nel rapporto processuale, come negli altri rapporti giuridici, una rappresentanza *volontaria*: basata, questa, non sulla incapacità di volere del rappresentato, ma anzi proprio sulla valida volontà di chi, pur essendo pienamente capace di stare in giudizio da sè, preferisce incaricare altri di starvi in suo nome (2). La rappresentanza processuale volontaria presuppone quindi la piena capacità negoziale del rappresentato: essa è conferita infatti mediante il compimento di un negozio (*procura* o *mandato*: art. 1703, 1704, 1387 C. c.) in forza del quale una persona (*mandante*), come può dare ad un'altra (*mandatario* o *procuratore*) l'incarico di compiere nel suo interesse ed in suo nome uno o più atti giuridici di diritto sostanziale, così può darle l'incarico di stare in sua vece in un processo, compiendovi in nome del mandante tutti gli atti processuali richiesti

---

(1) Chiovenda, *Istituzioni*, II, n. 230; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, n. 162, pag. 317.

(2) Cfr. Carnelutti, *Istituzioni*, n. 103, il quale restringe la nozione di *rappresentanza processuale* solo a questi casi di rappresentanza *volontaria*.

dall'interesse di questo: anche qui, come nel caso di rappresentanza legale, parte è il rappresentato, non il rappresentante. Il volontario conferimento di questa rappresentanza processuale, pur rientrando nella figura generale del mandato, è sottoposto però, in armonia colle finalità pubblicistiche del rapporto processuale ed alla utilità istruttoria che può avere nel giudizio la presenza personale della parte, alle seguenti restrizioni.

1. - A differenza del Codice precedente, il Codice vigente non ammette un conferimento convenzionale di una rappresentanza limitata ai soli effetti processuali (1): il potere di stare in giudizio per il mandante può essere conferito soltanto a chi riceva in pari tempo l'incarico di rappresentare lo stesso mandante agli effetti sostanziali, e negli stessi limiti di questo incarico. Se il mandato conferito per il compimento di negozi di diritto sostanziale ha carattere generale (art. 1708 secondo comma Cod. civ.: procura generale *ad negotia*), il mandatario (procuratore generale) può stare in giudizio in luogo del mandante in tutti i processi attinenti agli affari compresi nel mandato; se il mandato *ad negotia* ha carattere speciale (limitato cioè al compimento di uno o più affari determinati), anche la rappresentanza processuale non può esser conferita che in relazione alle cause attinenti a questi affari. Questa prima restrizione si può dunque riassumere in questa formula: la rappresentanza processuale volontaria può esser conferita soltanto come complemento di una procura *ad negotia*, e negli stessi limiti di questo incarico. Se il mandato conferito per ciata espressamente dalla legge, si desume dall'art. 77, il quale lascia intendere *a contrario* che la rappresentanza processuale volontaria può esser conferita soltanto al « procuratore generale » e a « quello preposto a determinati affari ».

Limitazioni.

ART. 77.

Unica deroga a questa regola è quella stabilita dall'art. 435 per le controversie individuali del lavoro, nelle quali « le parti possono farsi rappresentare in giudizio dal presidente o dal segretario delle associazioni legalmente riconosciute dalle categorie alle quali appartengono, o da un funzionario da esse delegato ».

ART. 435.

2. - Una seconda restrizione è stabilita dallo stesso art. 77: la rappresentanza processuale volontaria, anche in quei casi in cui è ammessa come complemento di un mandato *ad negotia* nei limiti suddetti, dev'essere conferita « espressamente, per iscritto »: se non c'è questo espresso conferimento per iscritto, il potere di concludere per il mandante certi affari di diritto sostanziale non implica il potere di stare in giudizio per lui nelle cause attinenti a questi medesimi affari.

Forma scritta.

(1) Cfr. ANDRIOLI, *Comm.* all'art. 77, n. 2; Relaz. SOLMI, n. 14, p. 10.

Tuttavia, anche in mancanza di espresso conferimento scritto della rappresentanza processuale, il mandatario *ad negotia* ha implicitamente il potere di stare in giudizio per il mandante « per gli atti urgenti e per le misure cautelari » (relativi, si intende, ai negozi a cui il mandato si estende); inoltre tale potere si presume conferito allo institore (art. 2203-2204 C. c.) ed al procuratore generale di chi non ha residenza o domicilio nel Regno (art. 77 secondo comma).

Inammissibilità della gestione processuale.

Queste limitazioni, le quali condizionano la rappresentanza processuale volontaria al conferimento preventivo di un espresso mandato scritto, costituiscono altrettanti argomenti per negare nel processo la ammissibilità della gestione d'affari (art. 2028 e segg. C. c.) (1).

3. - Colla rappresentanza processuale volontaria, che il mandante può conferire (nei limiti suddetti) a qualsiasi persona di sua fiducia anche se non professionalmente qualificata, non si deve confondere

Procura alle liti.

la « procura alle liti » (art. 83) con cui la parte (o chi la rappresenta) incarica un professionista legale di compiere in suo nome nel processo tutte quelle attività di carattere tecnico che rientrano nel « ministero del difensore » (art. 82 e segg.).

Qui s'entra in un campo assolutamente diverso da quello della rappresentanza processuale (legale o volontaria) di cui s'è parlato finora. La persona processualmente capace che sta in giudizio da sè sola, ovvero la persona che sta in giudizio per la parte incapace o mandante, non ha di solito i requisiti professionali che occorrono per

ART. 83.

provvedere adeguatamente colle proprie forze allo svolgimento della difesa ed al compimento degli atti del processo, i quali richiedono, per esser compiuti nella forma e nell'ordine voluti dalla legge, la padronanza di tutta una tecnica che solo i professionisti legali conoscono a pieno. Per evitare gli inconvenienti che si produrrebbero, a scapito non solo dell'interesse individuale delle parti ma altresì di quello pubblico al buon andamento della giustizia, se persone tecnicamente imperite e psicologicamente non serene potessero condurre il processo senza la guida di un esperto, la legge non solo permette, ma di regola *impone* alle parti, quantunque processualmente capaci, di ricorrere all'opera dei professionisti legali (procuratori legali ed avvocati, che il nuovo codice, come si vedrà, comprende sotto la denominazione di *difensori*, art. 82 e segg.) i quali compariscono in giudizio in luogo di esse o accanto ad esse, per esporre oralmente o in iscritto le loro ragioni al giudice, e per compiere in loro nome le attività processuali.

---

(1) ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, n. 162, *c*, pag. 318; CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 103; ANDRIOLI, *Comm.*, art. 77, n. 3, ed ivi precedenti dottrinari e giurisprudenziali.

I difensori funzionano quindi come *ausiliari necessari* delle parti, la cui partecipazione è imposta dalla legge, e in mancanza dei quali le attività compiute dalle parti senza il loro ministero sono nulle; deriva da ciò che anche le parti processualmente capaci sono formalmente incapaci a compiere quelle attività processuali per le quali la legge richiede il ministero del difensore. Non si tratta dunque, qui, di una incapacità giuridica fondata su una presunta incapacità naturale di intendere e di volere, ma di una incapacità giuridica derivante dalla *inidoneità tecnica* dei non giuristi a compiere da sè le attività del processo.

I difensori, ausiliari necessari delle parti.

Si distingue così dalla capacità di stare in giudizio, di cui si è parlato precedentemente (§ 114) *la capacità di chiedere in giudizio* (*ius postulandi*): questo *ius postulandi,* cioè il potere di trattare direttamente col giudice, di esporgli le istanze e le deduzioni delle parti, è di regola riservato ai difensori, i quali soli hanno in giudizio quella *aperitio oris* che manca alle parti.

Capacità di chiedere in giudizio.

La parte, pur essendo obbligata a servirsi di un difensore, è però libera, come si vedrà, di sceglierlo di sua fiducia: l'atto con cui essa lo sceglie e lo incarica di prestargli il suo ministero è la « procura alle liti » (art. 83), negozio che rientra sotto la figura generale del mandato e dà luogo, come si vedrà, a un rapporto considerato anch'esso comunemente come una figura di rappresentanza; la quale, se sotto un aspetto si può qualificare *legale* (in quanto la legge impone alla parte di munirsi di un difensore, i cui poteri sono determinati in astratto dalla legge stessa), sotto un altro aspetto si può qualificare *volontaria* (in quanto il difensore è liberamente scelto dalla parte tra le persone fornite dei prescritti requisiti professionali, e può assumere in concreto il suo ufficio nel processo solo in quanto la parte gliene conferisca volontariamente l'incarico mediante la procura alle liti).

Ma dei rapporti tra parti e difensori, e della natura giuridica di questa rappresentanza alla quale qui si è soltanto accennato per affinità di argomento, si dirà meglio più avanti, studiando le funzioni dei difensori nel processo (§ 117).

§ 116. — La sostituzione processuale (1).

Può essere opportuno ora, dopo aver parlato della capacità processuale delle parti e della rappresentanza processuale legale o volontaria, accennare alla *sostituzione processuale;* non perchè sia questa

(1) Chiovenda, *Istituzioni,* II, § 35; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.,* I, nn. 156-158, pag. 309; Carnelutti, *Istituzioni,* n. 104; Garbagnati, *La sostituzione processuale* (Milano, 1942).

la sua più appropriata collocazione sistematica (in realtà la sostituzione processuale è una figura che va inquadrata nella nozione di legittimazione *ad causam*, non in quella di capacità processuale), ma proprio perchè il modo praticamente più efficace per descriverla è quello di mettere in evidenza i caratteri differenziali che la distinguono dalla rappresentanza processuale, colla quale non deve andar confusa.

ART. 81.

Studiata dal CHIOVENDA quando ancora il vecchio Codice non la disciplinava espressamente, la sostituzione processuale (anche questa denominazione è di origine chiovendiana) è ora ammessa in forma indiretta dall'art. 81 C. p. c., secondo il quale «fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui». Questo articolo, come vieta di regola la sostituzione, così la permette eccezionalmente nei soli casi « espressamente previsti dalla legge »: è dunque un istituto eccezionale, la cui caratteristica messa in evidenza in questa formula legislativa sta nella contrapposizione tra la persona che è titolare del diritto controverso (« diritto *altrui* »), che sarebbe il *sostituito*, e la persona che è legittimata a farlo valere nel processo « in nome *proprio* », che sarebbe il *sostituto*.

Rappresentanza e sostituzione.

Basta tener presente questa contrapposizione per coglier subito la differenza più evidente tra rappresentanza e sostituzione: mentre il rappresentante fa valere in giudizio un *diritto altrui in nome altrui* (cioè un diritto del rappresentato in nome del rappresentato) il sostituto fa valere in giudizio un *diritto altrui in nome proprio* (cioè un diritto del sostituito in nome del sostituto); il che significa che mentre nella rappresentanza parte in causa è il rappresentato e non il rappresentante, nella sostituzione parte in causa è il sostituto e non il sostituito.

Si è descritto così in che l'istituto consiste; ma bisogna ora cercar di spiegare la sua natura giuridica e la sua ragion d'essere. La sostituzione processuale è una delle figure in cui si manifesta un fenomeno più vasto, già altrove ricordato (§ 37 *b*) dal distacco tra la titolarità del diritto soggettivo sostanziale e quella del diritto di azione. Mentre normalmente nei soggetti del rapporto sostanziale coincide la legittimazione *ad causam* attiva e passiva (legittimazione *normale*), sempre più numerosi sono nelle legislazioni moderne i casi di legittimazione *anomala*, in cui il potere di provocare il provvedimento giurisdizionale su un rapporto sostanziale è attribuito a persone (o contro persone) diverse dai titolari del rapporto medesimo. Questa eccezionale scissione tra il diritto e il potere di farlo valere in giudizio si verifica, ad esempio, nei casi di legittimazione per categoria, in cui il potere di agire per modificare giudizialmente un certo rapporto o *status* spetta a persone, appartenenti a una certa cerchia familiare o sociale,

La sostituzione come legittimazione anormale.

diverse da quelle che sono direttamente partecipi del rapporto controverso (es. art. 117 C. c.; cfr. § 37, *b*); un altro esempio di legittimazione anomala è appunto quello della sostituzione processuale, la quale però si distingue dalle altre figure rientranti in questo più vasto fenomeno, per la natura dell'interesse che legittima il sostituto a far valere in giudizio il diritto del sostituito (1). Il sostituto processuale, infatti, è legittimato a far valere in giudizio il diritto altrui, perchè tra lui e il sostituito sussiste un rapporto o situazione di diritto sostanziale, in forza del quale attraverso l'esercizio del diritto del sostituito viene a soddisfare un interesse individuale suo proprio (così nell'azione surrogatoria, art. 2900 C. c., il creditore facendo valere in suo nome nel processo i diritti « che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare », viene con ciò, come dice lo stesso articolo ad « assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni »): è questo interesse individuale, per soddisfare il quale la legge riconosce al sostituto il potere di far valere in proprio nome il diritto altrui, che distingue la sostituzione processuale dagli altri casi di legittimazione anomala (per categoria) in cui il legittimato non è mosso da un interesse individuale, ma sta in giudizio come portatore di un interesse familiare o sociale. Il sostituto processuale, insomma, è autorizzato a stare in causa per un diritto altrui, perchè, se egli rimanesse inerte, dal mancato esercizio di quel diritto potrebbero derivare conseguenze dannose al suo interesse: questa considerazione fa subito venire in mente la figura dell'interveniente *ad adiuvandum* (§ 111, n. 2) colla quale il sostituto processuale ha molti punti di contatto, in quanto anche l'interveniente adesivo è legittimato a stare in causa in nome proprio per un rapporto altrui; ma la differenza tra le due figure, che è più di quantità che di qualità, è questa: che mentre l'interveniente è legittimato a stare in giudizio su un diritto altrui solo in quanto il processo sul diritto sia promosso dal suo titolare (è legittimato cioè soltanto a stare in giudizio come parte aggiunta accanto alla parte principale) il sostituto può agire da sè solo sul diritto altrui, senza la presenza del sostituito e con effetti estesi anche a lui.

Sostituzione e intervento.

I casi, che si incontrano nella legge, di sostituzione processuale rispondente a questi caratteri sono numerosi: il creditore che si sostituisce al debitore nel far valere i diritti di questo contro i terzi (articolo 2900 C. c.); il marito, legittimato a far valere i diritti della moglie sui beni dotali (art. 184 C. c.; cfr. art. 220 stesso Codice); il garante che assume la causa per far valere in giudizio i diritti del garantito contro l'avversario di questo (art. 108: cfr. § 112, n. 3); l'alienante

Esempi.

ART. 108 E 111.

(1) Cfr. in proposito ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi* (Milano, 1935) nn. 147-148.

che rimane in causa per far valere i diritti dell'acquirente, o il successore universale quelli del successore a titolo particolare (art. 111 C. p. c.); ecc. Non rientrano invece nella figura della sostituzione i casi di successione dei legittimati per categoria (di cui *retro*, § 113, n. 5) (1).

In tutti questi casi la diversità tra sostituzione e rappresentanza è ben netta, tanto che in pratica le due figure si possono anche cumulare nello stesso processo senza confondersi. Si pensi, ad esempio, al caso di azione surrogatoria (art. 2900 C. c.) esercitata contro il terzo in nome di un creditore minorenne. Qui, sotto il profilo strettamente processuale (della legittimazione *ad processum*) il minorenne si presenta come *rappresentato* dal padre, che sta in giudizio in suo nome; ma sotto l'aspetto del diritto sostanziale (della legittimazione *ad causam*) il minorenne, nella sua qualità di creditore, agisce come *sostituto* del debitore, in quanto esercita *in nome proprio* (rappresentato dal padre che sta in causa in nome di lui) il diritto altrui.

Non sempre però i caratteri distintivi tra rappresentanza e sostituzione sono così netti: tra la figura del sostituto che fa valere un diritto altrui (del sostituito) in nome e nell'interesse proprio, e la figura del rappresentante che fa valere un diritto altrui (del rappresentato) in nome e nell'interesse altrui, la legge offre diverse figure intermedie di soggetti legittimati a far valere un diritto altrui in nome
ART. 76. proprio (il che fa pensare formalmente alla sostituzione), ma nell'interesse altrui (il che richiama sostanzialmente alla rappresentanza). Il caso più notevole di questa categoria intermedia è quello regolato dall'art. 76, secondo il quale « al re imperatore, alla regina imperatrice e ai principi della casa reale è *sostituito* in giudizio il ministro della real casa »: qui la legge parla esplicitamente di sostituzione, e questo è stato fatto a ragion veduta, a difesa del prestigio della Corona, perchè si è ritenuto sconveniente far assumere al sovrano o ai componenti della famiglia reale la qualità di parte, con tutte le soggezioni e sanzioni ch'essa può portare con sè (2). Ma non ha torto da parte sua chi osserva (3) che qui il ministro della real casa, se formalmente è un sostituto, sostanzialmente è un rappresentante, in quanto è nominato dal re e non sta in causa per un interesse proprio (4).

Dal punto di vista pratico tutte le differenze tra il sostituto processuale ed il rappresentante fanno capo a questa differenza fonda-

---

(1) Contro, ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 315, n. 5.

(2) ZANZUCCHI, op. cit., pag. 314, lett. *b*; ANDRIOLI, *Comm.*, all'art. 76.

(3) CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 103.

(4) Per altri casi incerti, cfr. ALLORIO, op. cit., n. 148 (cfr. art. 289 C. della navigazione).

mentale: che il primo, e non il secondo, è *parte* in causa; sicchè il primo e non il secondo risente in proprio gli effetti del processo che colpiscono la parte e non i terzi (in caso di soccombenza le spese del processo vanno a carico del sostituto, non del sostituito, mentre se si tratta di rappresentanza vanno a carico del rappresentato e non del rappresentante). La differenza si avverte anche per quanto riguarda gli effetti del giudicato: che colpiscono il sostituto, parte in causa, mentre il rappresentante, che non è parte in causa in proprio, non ne è colpito. Tuttavia, in tema di cosa giudicata, la figura della sostituzione dà luogo ad effetti che possono sembrare un'anomalia: in quanto il giudicato si forma non soltanto nei confronti del sostituto, che è parte in causa, ma altresì nei confronti del *sostituito*, che non è parte (cfr. art. 108 ultimo periodo; art. 111 ultimo comma). Di questa apparente anomalia si possono dare due spiegazioni: o considerare il sostituito come rappresentato in giudizio dal sostituto, ma in questo modo si verrebbe a negare la differenza, già affermata, tra sostituzione e rappresentanza; o considerare la sostituzione come una deroga al principio, consacrato nell'art. 2909, secondo il quale le sentenze fanno stato nei confronti delle parti e non dei terzi. Su ciò torneremo di proposito più avanti, quando si tratterà dei limiti soggettivi della cosa giudicata.

Il sostituto è parte.

SEZIONE TERZA

I DIFENSORI DELLE PARTI (1)

§ 117. — IL PATROCINIO FORENSE: TERMINOLOGIA E FONTI.

Già si è avuto occasione di accennare (§ 115, n. 3) che le parti, anche quando hanno piena capacità d'agire, non possono, *di regola*, compiere personalmente tutte quelle attività con cui si instaura e si svolge il rapporto processuale, nè esporre da sè le proprie ragioni in giudizio; ma devono necessariamente servirsi, per trattare col giudice, dell'opera intermediatrice di giuristi specializzati, i quali solo hanno il potere di agire e di parlare nel processo a nome e nell'interesse delle parti (*ius postulandi*).

Patrocinio.

La funzione che questi giuristi esplicano nel processo si chiama genericamente « patrocinio » (art. 82 C. p. c.; cfr. anche la legge 30 dicembre 1923, n. 3282 sul « gratuito patrocinio ») con denominazione che richiama l'idea romana di una gratuita protezione di carattere politico esercitata dal *patronus* a difesa dei *clientes* (2). Ma oggi l'esercizio del patrocinio ha carattere professionale; la l. 22 gennaio 1934, n. 36 regola distintamente le professioni (cosiddette *legali o forensi*) di *avvocato* e di *procuratore*.

ART. 82.

Il nuovo Codice indica coloro che esercitano il patrocinio colla denominazione generica di « difensori » (art. 82 e segg.): il che costituisce una innovazione terminologica sul Codice del 1865 perchè, mentre il vecchio Codice riservava più propriamente questo nome al professionista legale (di solito l'avvocato) che nel processo assumeva l'incarico di « difendere » la parte, cioè di esporre a voce o in iscritto

---

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 231; CARNELUTTI, *Istituzioni*, nn. 108-113; REDENTI, *Profili*, pagg. 371-376; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 365-374; JANNELLI, *Avvocati e procuratori*, in « Nuovo Dig. it. », vol. II.

(2) Cfr. in PAOLI U. E., *Urbs* (Firenze, Le Monnier, 1941), il bellissimo capitolo sugli avvocati nell'antica Roma, nel quale si mette in rilievo, pag. 113 e segg., il carattere essenzialmente politico, non professionale, dell'avvocatura nell'età repubblicana.

le sue ragioni dinanzi al giudice, il nuovo Codice estende questa denominazione non solo al professionista che effettivamente difende la parte, ma anche a quello che compie in nome di essa gli atti del processo e che, come si dice, la « rappresenta » in giudizio, lasciando ad altri la cura della difesa. *Difensori.*

Questa differenza tra il professionista che agisce nel processo in rappresentanza della parte e il professionista che le sta accanto per difenderla, riapparisce però anche nel nuovo Codice, il quale, pur parlando genericamente di « difensori » in ambedue i casi, distingue due diversi modi di esercitare il patrocinio, che sono rispettivamente denominati « *ministero* del difensore » e « *assistenza* del difensore » (art. 82 e 83) (1): colla prima espressione (che il Codice adopra in senso restrittivo, contrapponendo il *ministero* all'*assistenza,* mentre finora nella parola *ministero* si comprendeva anche l'assistenza: cfr. art. 12 della legge forense) si allude all'attività che il difensore svolge quando compie atti processuali in nome della parte, la quale quindi è rappresentata da lui, mentre colla seconda si allude all'attività che il difensore svolge quando espone in giudizio, oralmente o per iscritto, le ragioni della parte. La legge distingue dunque il *difensore-rappresentante* dal *difensore-assistente,* o anche, come altri dice (2), il patrocinio *attivo* dal patrocinio *consultivo.* Per quanto attiene all'esercizio dell'*ius postulandi,* possono quindi darsi tre diverse situazioni: in certi casi (che sono eccezionali) la parte « sta in giudizio *di persona* » (es. art. 82 primo comma), il che significa che essa, in questi casi, può compiere da sè gli atti del processo e esporre da sè le sue ragioni al giudice; in altri casi « sta in giudizio con l'*assistenza di un difensore* », il che significa che essa può compiere da sè gli atti del processo, ma consigliata da un difensore assistente che espone al giudice le ragioni della parte in forma tecnicamente appropriata; in altri ancora « sta in giudizio *col ministero di un difensore* », il che significa che essa non può compiere da sè neanche gli atti del processo, ma agisce per mezzo del difensore rappresentante, che provvede insieme alla sua difesa. Nè è escluso, come si vedrà, che la diversa attività che corrisponde al « ministero » e all'« assistenza » sia esercitata disgiuntamente da due difensori della stessa parte, uno dei quali abbia l'incarico di rappresentarla nel compimento degli atti processuali, e l'altro quello di esporre al giudice le sue ragioni, cioè di « difenderla » in senso stretto. *Ministero e assistenza dei difensori.*

Per poter esercitare il « ministero » del difensore rappresentante

---

(1) Cfr. Andrioli, *Comm.* all'art. 82, vol. I, pag. 206.

(2) Carnelutti, *Istituzioni,* n. 108.

Difensori con procura.

ART. 83.

bisogna che questi, a differenza del difensore assistente, sia munito di « procura » scritta (art. 83: cfr. oltre, § 119): per questo la legge distingue il « difensore con procura » (cfr. per es. art. 86) che rappresenta la parte, dal difensore « senza procura » che, per incarico che può essere puramente verbale, si limita ad assisterla.

Chi metta in relazione questa terminologia del Codice che distingue i difensori con procura da quelli senza procura, con quella adoprata dalla legge professionale, che distingue i procuratori dagli avvocati, potrebbe esser tratto a credere che i *difensori rappresentanti* o *difensori con procura* del Codice coincidano con quella categoria di professionisti che la legge forense 22 gennaio 1934 denomina « *procuratori* », e che i *difensori assistenti* o *difensori senza procura* coincidano cogli « *avvocati* » di quella stessa legge, ai quali par che si addica, meglio che il rappresentare la parte nel compimento delle attività processuali, quell'ufficio più alto che consiste nel redigere in iscritto o nel pronunciare oralmente la sua difesa. In realtà, alle denominazioni adottate per tradizione dalla legge professionale non corrisponde, come si vedrà, una rigorosa distinzione di funzioni (§ 120 *a*). Si aggiunga poi che i difensori di cui parla il Codice non sempre sono professionisti legali (avvocati o procuratori), perchè dinanzi a certi organi giudiziari inferiori, conciliatori e preture, la difesa (con procura o senza) può essere assunta, come si vedrà, anche da persone dotate di qualificazioni professionali minori o addirittura sprovviste di ogni qualificazione, e perchè in certi casi, per la trattazione di questioni tecniche, le parti possono farsi assistere, invece che da un difensore giurista, da un difensore esperto in altre discipline (« consulente tecnico », art. 87 C. p. c.).

Terminologia.

Anche qui si osserva il fenomeno che si riscontra in tante altre zone della legislazione: la disciplina del patrocinio forense non è concentrata in un unico testo, ma dev'essere ricostruita attraverso la coordinazione di fonti legislative, corrispondenti a diversi momenti storici, di cui le più importanti sono le seguenti:

Fonti.

C. p. c., art. 82-87, 88, 93;

r. decr. l. 27 novembre 1933, n. 1578, *ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore,* convertito in l. 22 gennaio 1934 n. 36 (per brevità « legge forense »), integrato dal r. d. di pari data n. 37; modificato parzialmente dalle l. 28 maggio 1936, n. 1003; 23 marzo 1939, n. 1048; 23 marzo 1940, n. 254;

l. 30 dicembre 1923, n. 3282 *sul gratuito patrocinio;*

l. 13 giugno 1942 n. 794, che determina gli *onorari di avvocato e di procuratore per prestazioni giudiziali in materia civile;*

t. u. 30 ottobre 1933 n. 1611 *sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'avvocatura dello Stato;*

l. 28 giugno 1928 n. 1415, contenente norme per il *patrocinio avanti le preture* (cfr. anche l. 7 luglio 1901, n. 283).

§ 118. — INTERESSE PRIVATO E INTERESSE PUBBLICO NEL PATROCINIO FORENSE.

L'istituzione del patrocinio forense risponde a due esigenze: una di ordine psicologico e una di ordine tecnico.

Fondamento psicologico e tecnico del patrocinio forense.

Dal punto di vista psicologico, la parte, accecata assai spesso dalla passione e dal livore della contesa, non ha di solito la serenità disinteressata che occorre per cogliere i punti essenziali del caso giuridico in cui si trova coinvolta e per esporre le sue ragioni in modo pacato e ordinato: la presenza accanto a lei di un patrocinatore spassionato e sereno, che, esaminando il caso colla distaccata oggettività dello studioso indipendente e senza il turbamento di personali rancori, sia in grado di scegliere con calma ponderazione gli argomenti più confacenti allo scopo, garantisce alla parte una difesa più ragionata e più accorta, e quindi più persuasiva ed efficace, di quella ch'essa saprebbe fare da sè stessa.

Dal punto di vista tecnico, l'importanza del patrocinio va di pari passo col complicarsi delle leggi scritte e collo specializzarsi della scienza giuridica. Se in una consociazione primitiva, dove tutto si riassume in poche e semplici pratiche consuetudinarie, ogni consociato può essere in grado di difendersi da sè in giudizio senza bisogno di una speciale preparazione professionale, l'incremento della legislazione scritta, che fatalmente si sviluppa e si complica col progredire della civiltà, richiede per la interpretazione e la applicazione l'ausilio di un tecnicismo sempre più raffinato, la cui conoscenza diventa monopolio di una speciale categoria di esperti che sono i giuristi: sicchè per far valere le proprie ragioni in giudizio, la parte, inesperta del tecnicismo giuridico, sente la necessità di essere assistita dallo specialista, che sia in grado di trovare gli argomenti giuridici a sostegno delle sue pretese; il che diventa tanto più necessario quando, com'è la regola negli ordinamenti giudiziari moderni (cfr. § 69 *a*), anche i giudici, dinanzi ai quali la parte fa valere le sue ragioni, sono giuristi (1). Si aggiunga che il tecnicismo delle leggi assume

(1) Sulla distinzione che esisteva nell'antica Roma tra l'esperto di diritto che consigliava la parte (*iuris-consultus*) e l'avvocato che esponeva oralmente dinanzi al giudice le ragioni suggerite dal giureconsulto (*orator*), cfr. PAOLI, op. cit., pag. 116 e segg.; WENGER, *Ist. di proc. civ. romana* (trad. ORESTANO, Milano, 1938), pag. 81-82, 321 e segg.

una speciale importanza proprio nel compimento degli atti processuali, i quali, per poter raggiungere il loro scopo, debbono svolgersi secondo certe forme rigorosamente prescritte (cfr. § 43), la cui conoscenza non si acquista se non attraverso una lunga pratica: sicchè l'intervento del giurista appare indispensabile non solo per trovare le ragioni defensionali che la parte non saprebbe trovare da sè e per presentarle in termini giuridici, ma anche per compiere in sua vece gli atti del processo, che essa non sarebbe in grado di compiere da sè nell'ordine e nella forma voluti dalle leggi processuali.

Interesse privato della parte.

Queste ragioni psicologiche e tecniche dimostrano che la presenza dei patrocinatori risponde prima di tutto all'*interesse privato della parte*: la quale, affidando all'esperto difensore non solo l'ufficio di esporre le sue ragioni, ma anche quello di compiere in sua vece gli atti del processo, sfugge ai pericoli della propria inesperienza, e raggiunge il duplice scopo di non incorrere in errori di forma e di esser meglio difesa nella sostanza.

Interesse pubblico della giustizia.

Ma l'opera dei patrocinatori risponde altresì, mentre giova alla parte, all'interesse pubblico. La giustizia, il cui retto funzionamento ha un'altissima importanza sociale, non potrebbe procedere senza gravi intralci se i giudici, anzichè trovarsi a contatto con difensori esperti della tecnica giuridica, dovessero trattare direttamente coi litiganti ignari della procedura, incapaci di esporre chiaramente le loro pretese, turbati dalla passione o dalla timidezza. Le forme processuali servono, nonostante la contraria opinione che possono averne i profani, a semplificare e ad accelerare il funzionamento della giustizia come la tecnica giuridica serve a facilitare, coll'uso di una terminologia di significato rigorosamente esatto, l'applicazione delle leggi ai casi concreti; ma questi vantaggi di semplicità e di celerità andrebbero perduti, se il processo potesse esser ritardato dalla inesperienza di chi ignora gli atti da compiere e l'ordine in cui vanno compiuti, e se i giudici fossero costretti a raccogliere direttamente dalle divagazioni delle parti il racconto, inconcludente ed ingenuo, delle loro vicende personali e a tradurlo essi stessi in coerenti termini giuridici. La fatica di questa traduzione, che richiede spesso un lungo e paziente studio, grava, negli ordinamenti processuali moderni, quasi tutta sul difensore; il quale, mentre da un lato, col compiere in vece della parte gli atti di procedura, garantisce l'osservanza delle prescrizioni formali e con essa l'ordine e la celerità del giudizio, facilita d'altro lato al magistrato il compito del giudicare, perchè gli presenta le richieste della parte già ridotte in formule tecnicamente intelligibili, senza che il giudicante debba compiere da sè l'enucleazione del caso giuridico fuor delle confuse scorie dei fatti grezzi. Nè questi sono i soli servigi che i difensori rendono alla giustizia: non si deve infatti

dimenticare che la loro opera preventiva di consulenza riesce molte volte ad eliminare le occasioni dei litigi, e la loro intermediazione conciliativa ad impedire che i litigi insorti abbiano un seguito giudiziario. Le benemerenze dei difensori sotto il profilo dell'interesse pubblico non sono dunque soltanto quelli che appaiono nell'opera ch'essi prestano in giudizio; ma anche nella attività stragiudiziale spiegata da loro per diminuire la litigiosità.

I difensori come ausiliari di parte e come collaboratori del giudice.

Dalle brevi considerazioni finora esposte, che si presterebbero ad ampi sviluppi (1), appare dunque che la funzione dei difensori risponde insieme ad esigenze di interesse privato e ad esigenze di interesse pubblico. Sotto il primo aspetto i difensori si possono considerare come ausiliari delle parti (e per questo se ne parla sotto il titolo « delle parti »); ma sotto il secondo aspetto si potrebbero considerare, con altrettanta esattezza, come ausiliari del giudice (cfr. § 65) anzi come suoi *collaboratori,* perchè senza la loro presenza i giudici non potrebbero svolgere la loro alta funzione con quella serenità e quella speditezza di cui è garanzia la presenza dei difensori continuamente interposti tra il magistrato e le parti: assumendo su di sè il lavoro più faticoso e più ingrato che è quello del diretto contatto coi litiganti, i difensori rendono possibile ai giudici di mantenersi al disopra della mischia, e di conservare intatta la loro virtù più preziosa, che è l'imparzialità.

Solo chi tenga presente questo doppio aspetto del difensore (ausiliare delle parti, collaboratore del giudice) può cogliere a pieno la natura del rapporto giuridico che passa tra il patrocinatore e il cliente, e le ragioni dell'ordinamento professionale dato oggi al patrocinio forense. Rappresentante dinanzi al giudice dell'interesse privato del cliente, il patrocinatore deve esplicare nel processo un'attività essenzialmente *parziale,* cioè indirizzata alla vittoria del suo patrocinato; ma questa sua *istituzionale parzialità* si trasforma, quando si incontra nel processo colla contrapposta parzialità del difensore avversario, in una forza che giova alla scoperta della verità e che risponde quindi all'interesse pubblico della giustizia. Tutta la disciplina giuridica del patrocinio forense è ispirata appunto, come ora si vedrà, a trovare il punto di equilibrio tra questi due interessi, ed a far sì che la parzialità del difensore possa diventare nel processo lo strumento più efficace della imparzialità del giudicante.

---

(1) Per uno sviluppo di questi concetti, cfr. CALAMANDREI, *Troppi avvocati,* § 1; ID., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (2ª ed. 1938), e *Delle buone relazioni tra i giudici e gli avvocati,* (1941); ZANOBINI, *Esercizio privato delle pubbliche funzioni,* pag. 117, n. 56.

§ 119. — Natura giuridica del rapporto tra il difensore e la parte.

Rapporto tra difensore e cliente; mandato e locazione d'opera.

Il difensore compie nel processo atti giuridici per incarico ed in nome della parte; oppure il difensore mette a disposizione della parte la propria perizia tecnica per aiutarla, a sua richiesta, a formulare, oralmente o in iscritto, le sue difese. Par che basti dir questo, per trovar senz'altro la qualificazione giuridica di questo rapporto tra patrocinatore e patrocinato nelle figure del mandato o della locazione d'opera.

Ma poi questi schemi di diritto privato si rivelano qui, se non del tutto inadeguati, utilizzabili soltanto *cum grano salis*: perchè la posizione dei difensori nel processo non è determinata soltanto, come si è detto, dall'interesse privato del cliente, ma anche dall'interesse pubblico della giustizia, le cui esigenze devono esser tenute sempre presenti per intender la vera natura di questo rapporto.

Disciplina legale del patrocinio.

1. - L'interesse pubblico si afferma prima di tutto in quelle disposizioni secondo le quali il patrocinio non è libero, ma è regolato, nel senso che il servirsi dell'opera del difensore non è rilasciato alla disposizione delle parti, ma è disciplinato dalla legge, che talvolta lo permette (patrocinio *facoltativo*), talaltra lo impone (patrocinio *obbligatorio*), e in qualche caso lo esclude (patrocinio *vietato*) (1). Se il patrocinio rispondesse soltanto all'interesse privato della parte patrocinata, questa dovrebb'essere lasciata libera di servirsene solo in quei casi in cui ne riconoscesse, a suo insindacabile giudizio, la utilità; la disciplina imposta dalla legge dimostra invece che essa risponde a un interesse pubblico di natura indisponibile.

La disciplina del patrocinio varia secondo le magistrature e secondo le cause:

Patrocinio facoltativo.

a) Il patrocinio è *facoltativo*: dinanzi ai conciliatori in qualsiasi causa (art. 82 primo comma): dinanzi ai pretori, nelle controversie individuali del lavoro (art. 436); dinanzi ai pretori ed ai tribunali, nelle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria (articolo 462); dinanzi alla magistratura del lavoro, nelle controversie collettive (art. 413). In tutti questi casi le parti possono a loro scelta stare in giudizio personalmente, oppure col ministero di un difensore; e possono anche stare in giudizio personalmente, ma facendosi assistere da un difensore che, senza rappresentarle, assume soltanto la loro difesa (in senso stretto).

ART. 82, 436, 462, 413.

---

(1) Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 366-367; Carnelutti, *Istituzioni*, n. 110.

b) Il patrocinio è *obbligatorio*, davanti ai pretori (fuor che nelle cause ricordate *sub* 1), ma è lasciato alla scelta delle parti stare in giudizio col ministero di un difensore (rappresentante), ovvero stare in giudizio personalmente, ma coll'assistenza del difensore. Inoltre « il pretore, in considerazione della natura ed entità della causa con decreto emesso anche su istanza verbale della parte può autorizzarla a stare in giudizio di persona » (art. 82, secondo comma).

Patrocinio obbligatorio.

c) Dinanzi ai tribunali, alle corti d'appello e alla corte di cassazione il ministero del difensore rappresentante (non la semplice assistenza) è *sempre obbligatorio* (art. 82 comma terzo); inoltre la parte può farsi assistere, se vuole, da uno o più difensori assistenti (art. 87). La difesa della parte, se non è fatta dallo stesso procuratore che la rappresenta, non può esser fatta che da avvocati: il nuovo Codice non ha riprodotto la disposizione del capoverso dell'art. 350 del vecchio C. p. c. secondo il quale « le parti, assistite dai loro procuratori, possono difendersi da sè stesse ».

ART. 82.

ART. 87.

d) Eccezionalmente il patrocinio del difensore è *vietato*: così avviene nel procedimento per separazione personale, dove i coniugi « debbono comparire personalmente senza assistenza di difensore » (art. 707).

Patrocinio vietato.

ART. 707.

e) Le disposizioni ricordate finora riguardano il patrocinio *giuridico;* ma il nuovo Codice conosce anche un *patrocinio tecnico.* In tutte le cause in cui sia stato nominato dal giudice un consulente tecnico (§ 102, 1) le parti possono nominare ciascuna un proprio consulente tecnico (art. 87), per farsi assistere nella trattazione di questioni tecniche non giuridiche (art. 87 e 201 C. p. c.).

Patrocinio tecnico.

ART. 87.

II - Il carattere pubblico del patrocinio si rivela altresì nelle norme che disciplinano i requisiti professionali dei difensori, i quali non possono essere scelti che tra le persone fornite di una speciale preparazione teorico-pratica.

Requisiti professionali dei difensori.

a) Dinanzi ai conciliatori e dinanzi ai pretori sono ammessi a difendere le parti non solo i professionisti legali (procuratori e avvocati) ma anche persone dotate di requisiti professionali diversi o minori, quali i notari, i laureati in giurisprudenza che siano praticanti procuratori ed altre categorie di persone (art. 8 della legge professionale; e l. 28 giugno 1928, n. 1415) (1). Negli uffici di conciliazione istituiti fuori dalle sedi di pretura, le parti possono farsi rappresentare da qualsiasi persona che sia munita di mandato scritto (art. 319 C.p.c.).

Dinanzi ai pretori e conciliatori.

ART. 319.

---

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 252; cfr. ANDRIOLI, *Comm.*, I, pag. 591.

b) Dinanzi ai tribunali e alle corti d'appello, il ministero del difensore (rappresentanza) non può essere esercitato che da un professionista iscritto nell'albo dei procuratori legali (art 82, ultimo comma); accanto al procuratore, la assistenza (difesa in senso stretto) può essere assunta, se non è affidata allo stesso procuratore, da uno o più avvocati (art. 87). Nelle cause in materia di assistenza e di previdenza obbligatorie le parti, se non stanno in giudizio personalmente, possono starvi « con il ministero di un procuratore legale scelto in appositi albi e possono valersi dell'assistenza di avvocati scelti negli stessi albi » (art. 462; cfr. r. decr. 17 agosto 1935 n. 1765 sugli infortuni del lavoro e r. decr. l. 4 ottobre 1935 n. 1827 sulla previdenza sociale). Nelle controversie collettive dinanzi alla magistratura del lavoro le parti, se non stanno in giudizio personalmente, possono starvi « col ministero di un procuratore legalmente esercente. Possono farsi assistere da non più di un avvocato » (art. 413).

Dinanzi ai tribunali e alle corti.

ART. 87. 462, 413.

c) Davanti alla Corte di cassazione il patrocinio (tanto in forma di ministero quanto in forma di assistenza) non può essere assunto che da avvocati iscritti nell'albo speciale di cui all'art. 33 della legge professionale (art. 82 comma terzo). Ciò vale anche per i giudizi dinanzi al consiglio di Stato, alla corte dei conti in sede giurisdizionale, al tribunale superiore delle acque pubbliche, alla commissione centrale per le imposte dirette (art. 4 della legge professionale).

Dinanzi alla Cassazione.

ART. 82.

d) Mentre il consulente tecnico nominato dal giudice dev'essere scelto, come si è visto, « tra le persone iscritte in albi speciali » (art. 61), la nomina dei consulenti tecnici di parte è interamente rilasciata alla libera scelta delle parti stesse, senza limitazione di requisiti professionali; ma le parti saranno naturalmente indotte dal loro stesso interesse a scegliere i loro consulenti tecnici tra le persone professionalmente qualificate, che abbiano la competenza tecnica necessaria per trattare col consulente del giudice da pari a pari.

Difensori tecnici.

ART. 61.

e) Si deve finalmente avvertire (art. 84) che anche quando la parte sta in giudizio col ministero di un difensore, vi sono certe attività processuali che la parte può o deve compiere personalmente (comparizione personale delle parti, ordinata dal giudice, art. 117, 413 secondo comma, 185; assistenza all'assunzione delle prove, art. 206; risposte all'interrogatorio, art. 231; prestazione del giuramento, art 238; ecc.): e che quando la parte (o la persona che la rappresenta o la assiste secondo le norme del diritto sostanziale, quando la parte è totalmente o parzialmente incapace: cfr. § 114) ha i requisiti professionali richiesti per esercitare l'ufficio di difensore con procura presso il giudice adito, « può stare in giudizio senza il ministero di altro difensore » (art. 86: così il procuratore legale che ha una causa in

Attività che la parte compie personalmente.

ART. 86.

proprio può difendersi da sè, o difendere la causa del figlio minorenne o del proprio pupillo).

Scelta del difensore lasciata alla parte.

III. - La parte dunque è obbligata, nella maggior parte dei casi, a ricorrere all'opera del patrocinatore; ed è obbligata altresì a sceglierlo tra gli appartenenti a determinate categorie professionali. Ma, entro questi limiti, la scelta della persona è rilasciata in concreto a lei, che, tra tutti gli avvocati o i procuratori legalmente esercenti, può incaricare della difesa quello che meglio risponde alla sua fiducia: sicchè l'esercizio del patrocinio può apparire sotto questo profilo come l'esplicazione di un incarico privato conferito dalla parte al difensore da lei scelto.

Ma anche nella esplicazione di questo incarico l'interesse pubblico si rivela in quel carattere tipico del patrocinio che si potrebbe chiamare la *indipendenza* del patrocinatore di fronte al patrocinato: carattere che, pur non essendo esplicitamente formulato in un'apposita norma, è tuttavia facilmente desumibile da quelle disposizioni della legge forense che parlano della « funzione che [gli avvocati e i procuratori] sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia » e che condizionano l'abilitazione professionale alla prestazione di un giuramento con cui gli avvocati e i procuratori promettono di adempiere i doveri professionali « con lealtà, onore e diligenza per i fini della giustizia e per gli interessi superiori della nazione » (art. 12).

Indipendenza del difensore.

Da queste disposizioni (a cui si inspira, come si vedrà, tutta la disciplina delle professioni legali) si può facilmente desumere che il difensore, se pur è concretamente investito del patrocinio in seguito a un incarico conferitogli dalla parte, non esercita, al par di un mandatario privato, poteri che gli siano tutti trasmessi dalla volontà del mandante e che siano a questa sempre riferibili; ma esercita una pubblica funzione, disciplinata da norme di diritto pubblico, alle quali egli deve attenersi anche se fossero per avventura in contrasto colla volontà della parte (1). L'incarico con cui la parte si rivolge al difensore per essere rappresentata o assistita in giudizio serve dunque soltanto a mettere in moto nel difensore l'esercizio di quella pubblica funzione di cui egli è già investito dalla legge, e nell'esplicazione della quale egli è tenuto, sì, a difendere l'interesse della parte, ma purchè osservi i modi e i limiti che corrispondono « ai fini della giustizia ».

Doveri pubblici del difensore.

E' facile intendere quanto delicata sia, in questo incontro dell'interesse privato coll'interesse pubblico, la posizione del difensore, il quale, se è tenuto a esercitare il patrocinio in modo da giovare all'interesse del cliente, non è vincolato alla volontà del cliente nella scelta

(1) Cfr. Redenti, *Profili*, n. 208, pag. 374.

dei mezzi processuali meglio idonei a raggiunger questo scopo. Quando la parte ha nominato il suo difensore, questi per la tattica defensionale da seguire e per la formulazione delle tesi da sostenere, deve obbedire soltanto alla legge ed alla sua coscienza: è stato detto giustamente che l'avvocato, prima di essere il difensore, deve essere il giudice del suo cliente; nella condotta del processo, infatti, la posizione del patrocinatore si avvicina per molti aspetti, anche nei confronti del proprio cliente, alla indipendenza del magistrato.

Natura giuridica del rapporto tra difensore e cliente.

IV. - Quello che si è detto finora sugli aspetti pubblicistici del patrocinio ci permette di intendere con maggiore approssimazione la natura giuridica del rapporto che passa tra il patrocinato e il patrocinatore.

Bisogna distinguere il difensore con procura (ministero del difensore) dal difensore senza procura (assistenza del difensore).

a) Il difensore con procura è un *rappresentante* della parte.

Procura alle liti.

Il negozio con cui la parte conferisce al difensore il potere di rappresentarla in giudizio rientra nella figura giuridica del mandato con rappresentanza (art. 1704; 1387 e segg. C. c.), e si chiama *procura alle liti* (art. 83): può essere generale (*ad lites,* cioè conferita per tutti i processi in cui in avvenire il mandante potrà esser parte), ovvero *speciale* (*ad litem,* cioè per un determinato processo già iniziato o da iniziare). La procura alle liti dev'essere redatta in forma scritta (per atto pubblico, art. 2699 e segg. C. c., o per scrittura privata autenticata, art. 2703 stesso Codice; ovvero « apposta in calce o in margine della citazione » o degli altri atti indicati nel terzo comma dell'art. 83, nel qual caso « l'autografia della sottoscrizione della parte deve essere certificata dal difensore »).

ART. 83.

La procura conferisce al difensore il potere di « compiere o ricevere, nell'interesse [ed in nome] della parte, tutti gli atti del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati ». Quali siano gli atti del processo che, nonostante la procura, possono o debbono esser compiuti personalmente dalla parte, si è già accennato (retro, in questo stesso § 117, II, *e*): all'infuori di essi, il difensore con procura agisce in luogo della parte dall'inizio alla fine del processo, o di una fase di esso, a cominciare dall'atto di citazione che, come tutte le successive scritture defensionali, dev'essere da lui firmato (art. 125; cfr. art. 163, n. 6 e comma ultimo): anche la costituzione in giudizio è fatta dal difensore depositando in cancelleria, insieme col proprio fascicolo, la procura che gli ha conferito la rappresentanza (art. 165, 166); e in generale si può dire che, nei processi in cui le parti stanno in giudizio col ministero del difensore, tutte le disposizioni nelle quali è prescritta una attività della « parte » senz'aggiungere « personalmente » o « in

ART. 125, ART. 163.

ART. 165, 166.

persona », si intendono riferite al difensore con procura, che la rappresenta (1). La procura speciale abilita il difensore a rappresentare la parte « soltanto per un determinato grado del processo, quando nell'atto non è espressa volontà diversa » (art. 83, comma ultimo): vi sono poi certe fasi del processo o certi atti di esso, per i quali il difensore, anche se munito di procura generale alle liti, ha bisogno di una procura speciale appositamente conferitagli per il compimento di quella determinata attività: così per ricorrere in cassazione (art. 365) o per agire in revocazione (art. 398), per proporre querela di falso (art. 221: 99 D. a.) o deferire giuramento decisorio (art. 233); o per rinunciare o accettar la rinuncia agli atti del giudizio (art. 306).

Procura speciale.

ART. 365, ART. 398, ECC

La rappresentanza conferita mediante la procura al difensore è limitata agli atti del rapporto processuale, e non si estende al rapporto di diritto sostanziale che è oggetto del giudizio (art. 84 secondo comma: « In ogni caso non può compiere atti che importano disposizione del diritto in contesa, se non ne ha ricevuto espressamente il potere »): è per questo che certi atti del processo che in via indiretta possono implicare una disposizione del diritto controverso (per es. la delazione del giuramento decisorio, art. 233) non possono essere compiuti che dalla parte in persona ovvero dal difensore munito di speciale procura, rilasciata a tale specifico fine: per altro dinanzi ai conciliatori e dinanzi a tutti i giudici nelle controversie individuali del lavoro, la procura alle liti attribuisce al rappresentante anche il potere di consentire alla conciliazione (art. 319, secondo comma e art. 436, secondo comma).

ART. 84.

ART. 233.

ART. 319.

ART. 436.

Che si tratti di rappresentanza, non sembra dubbio: non solo perchè la legge parla espressamente di « procura », ma anche perchè gli effetti del conferimento di questa procura sono quelli tipici del rapporto di rappresentanza, per cui tutto ciò che il rappresentante fa (od omette di fare) ha gli effetti che avrebbe un comportamento analogo tenuto dalla stessa parte rappresentata, alla quale sono riferibili gli atti compiuti in suo nome dal difensore con procura (2). Tuttavia questa rappresentanza si distingue da quella meramente volontaria, perchè, come già si è detto, i poteri del difensore con procura, anzichè essere determinati dalla volontà del cliente, sono determinati dalla legge, in maniera indipendente dalla volontà di questo: si tratta dunque di rappresentanza *volontaria quanto al conferimento* (o alla revoca, art. 85), *ma legale quanto al modo di esercitarla.* La volontà del cliente è determinante nella scelta del difensore e nel conferimento dell'inca-

Carattere legale della procura.

---

(1) Ciò era espressamente avvertito nell'art. 55 del r. decr. 31 agosto 1901, n. 473 per l'attuazione della riforma del procedimento sommario.

(2) REDENTI, *Profili*, pag. 375; ANDRIOLI, *Comm.*, I, art. 82, pag. 206.

rico: ma questo (al contrario di quello che avviene nel comune mandato, art. 1711 C. c.) non può essere accompagnato o limitato da istruzioni relative al modo di esercitarlo, e se il difensore non si conforma alle istruzioni che la parte credesse tuttavia di potergli dare, le attività da lui compiute in contrasto con tali istruzioni sarebbero perfettamente valide (purchè compiute coll'osservanza dei doveri inerenti alla funzione) e vincolerebbero la parte, nei confronti della controparte e del giudice, *anche contro la sua volontà* (1).

Questo carattere legale della rappresentanza del difensore, che la rendono in certa misura indipendente dalla volontà del rappresentato, si rivela anche in quelle disposizioni (le quali sembrano essere come un residuo del concetto romano del *dominium litis* del procuratore) (2) secondo le quali, anche quando la procura è revocata o il difensore vi rinuncia, « la revoca e la rinuncia non hanno effetti nei confronti dell'altra parte finchè non sia avvenuta la sostituzione del difensore » (art. 85); e nel caso di morte della parte costituita a mezzo del difensore, la rappresentanza non cessa dal momento della morte, ma continua fino a che tale evento non sia stato notificato dal difensore alle altre parti (art. 300). Da queste disposizioni rimane confermato che la legge per ragioni di interesse pubblico dà a questa rappresentanza del difensore un carattere di autonomia, per cui essa in certi casi rimane in vita anche quando è venuta meno la volontà della parte che ha dato origine al rapporto (3).

ART. 85, ART. 300.

Questi speciali caratteri che ha la rappresentanza del difensore con procura, in coerenza colle finalità pubbliche della sua funzione, non sembra che siano esattamente colti dalla opinione recentemente enunciata dal CARNELUTTI, secondo la quale il difensore, con procura o senza, dovrebbe considerarsi, piuttosto che come un rappresentante, come un *nuncius* della parte (4). La ragione di questo insegnamento starebbe in ciò: che mentre la funzione del rappresentante è quella di volere in luogo del rappresentato, la funzione del difensore sarebbe limitata a dar forma tecnica alle dichiarazioni della parte, cioè a tradurre in termini giuridici la volontà della parte, con ufficio molto simile a quello « dello scrivano pubblico in ambiente di analfabeti »: si tratterebbe dunque non di un rappresentante la cui volontà sia rilevante in luogo di quella della parte, ma di un *nuncius* (una specie di traduttore o di portavoce), perchè « la volontà rilevante per gli atti

Il difensore non è un semplice nuncius.

---

(1) REDENTI, l. c.

(2) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pag. 247.

(3) CHIOVENDA, l. c.

(4) *Istituzioni*, n. 108; e più ampiamente nello scritto *Figura giuridica del difensore*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1940, I, pag. 65 e segg.

giuridici del difensore non è mai la sua, sebbene quella della parte medesima ». Ora tutto questo sembra proprio in contrasto con quanto si è osservato più sopra a proposito della relativa indipendenza di cui il difensore gode, di fronte alla volontà della parte, nell'esercizio del patrocinio: se una differenza si deve trovare tra il difensore ed il comune rappresentante del diritto privato è proprio in senso contrario a quello rilevato dalla suesposta teoria, in quanto la funzione che il patrocinatore esercita è, una volta che l'incarico gli sia stato conferito, svincolata dalla volontà del cliente, in modo che la volontà rilevante per gli atti giuridici ch'egli può compiere, nell'ambito delle mansioni attribuitegli dalla legge è in molti casi la sua, e non quella della parte.

Difensore senza procura.

b) Non sembra che la assimilazione al *nuncius* possa accogliersi neanche per il difensore senza procura (1). Questi, incaricato dalla parte non di compiere atti processuali in sua vece ma solo di assisterla per esporre a voce o in iscritto le sue ragioni in giudizio (difesa in senso stretto), non si può considerare come un rappresentante, ma solo come un mandatario tecnico senza rappresentanza (2): ma nella esplicazione di questo suo mandato professionale, sembra che si diminuirebbe la importanza della sua funzione se si considerasse nient'altro che come un portavoce della parte o come un traduttore in linguaggio giuridico della volontà di questa. E' seducente, a prima vista, il parallelo tra la versione *in lingua straniera* compiuta dall'interprete, e la versione *in termini giuridici* compiuta dal difensore (3); ma basta pensare un po' alla funzione di collaboratore necessario della giustizia che la legge assegna al difensore (anche nel processo penale: cfr. articoli 124-136 C. p. p.), per convincersi che la assimilazione del difensore al traduttore non risponde alla posizione di indipendenza che il difensore ha per ragioni di diritto pubblico nel processo moderno. Si è già detto che la parte si deve limitare a segnare al difensore i fini pratici ch'essa, nel proprio interesse, vuol perseguire in giudizio; ma una volta segnati questi fini, la formulazione delle ragioni giuridiche meglio idonee a raggiungerli è rilasciata al difensore con piena autonomia tecnica, e senza che egli sia tenuto a seguire i suggerimenti e le intenzioni della parte incompetente. Nel processo moderno il difensore si avvicina sempre più ad essere un consulente tecnico del giudice, che espone al giudice il suo motivato parere sulle ragioni

Autonomia del difensore.

---

(1) In senso contrario ANDRIOLI, *Comm.*, I, pag. 206, il quale pur respingendo l'opinione del CARNELUTTI per il difensore rappresentante, l'accoglie per quello assistente.

(2) REDENTI, *Profili*, pag. 376.

(3) CARNELUTTI, scritto cit., pag. 80.

della parte da lui difesa: l'opera sua non vale come « traduzione » della volontà della parte, ma come espressione dello studio di un professionista indipendente, che non è il portavoce di nessun altro fuori che della propria scienza e coscienza.

§ 120. — L'Ordinamento delle professioni forensi.

L'avvocatura come ufficio di Stato.

L'ufficio del difensore nel processo civile (e altrettanto, o forse più, nel processo penale) appare dunque talmente essenziale all'amministrazione della giustizia, che qualcuno potrebbe chiedersi se non sarebbe opportuno dare a questi così indispensabili collaboratori del giudice uno stato giuridico analogo a quello della magistratura: dare cioè ad essi la posizione di funzionari stabili dell'ordine giudiziario, retribuiti dallo Stato e non dalle parti, e costituenti, di fronte ai *magistrati giudici,* una categoria di *magistrati difensori,* tra i quali dovrebbe in ogni causa esser nominato d'ufficio a ciascuna parte il proprio patrocinatore.

Esempi storici.

Questa idea, che ogni tanto qualcuno ripresenta come il farmaco miracoloso che dovrebbe guarire la litigiosità (1), ha avuto anche qualche esperimento pratico: in Prussia, nel 1781, Federico il Grande, ritenendo che il miglior sistema per ristabilir la giustizia fosse quello di sopprimer gli avvocati (come chi dicesse che il miglior sistema per far scomparire le malattie sarebbe quello di sterminare i medici!) abolì l'avvocatura come libera professione, e al posto degli avvocati stabilì che in ogni controversia il tribunale competente nominasse tra i suoi stessi membri un consigliere assistente (*Assistenzrat*) per ognuna delle parti, coll'ufficio di far valere in giudizio le ragioni proprie di ciascuna; ma questa riforma dette risultati così poco soddisfacenti, che nel 1793 si tornò all'antico. Qualcosa di simile è avvenuto più di recente in Russia, nei primi anni della rivoluzione comunista: in un primo momento, con un decreto del novembre 1918 furono aboliti gli avvocati del precedente regime e creati al loro posto collegi di difensori impiegati di Stato; ma successivamente si è tornati a poco a poco al sistema che è adottato da tutti gli Stati civili del mondo, della libera professione (2).

Di fronte a questi sfortunati esperimenti di trasformazione dell'avvocatura in impiego di Stato, si sono avuti all'estremo opposto, ten-

---

(1) Cfr. E. Ciccotti, *Cause ed effetti* (2ª ed. Torino, 1889).

(2) Cfr. Calamandrei, *Troppi avvocati!*, pagg. 20-33; Id., *Gli avvocati nel mondo,* in « Riv. dir. proc. civ. », 1926, I, 323; Id., *Libri sugli avvocati,* nella stessa rivista, 1930, I, 348.

tativi di abolire l'avvocatura come professione specializzata e di lasciare il patrocinio assolutamente libero, senza requisiti professionali e senza controlli pubblici: così fece nei primi tempi la rivoluzione francese che, partendo dall'idea che ogni monopolio dei professionisti legali fosse un'offesa alla libertà dell'individuo, lasciò ai litiganti sconfinata facoltà di comparire personalmente in giudizio o di farsi difendere da qualsiasi persona di sua fiducia, anche se sprovvista di qualsiasi cultura giuridica. Ma anche qui, dopo un breve esperimento, gli antichi avvocati furono richiamati (1).

Tentativi di abolizione dell'avvocatura.

Tra questi due sistemi estremi (il primo che vorrebbe mettere in valore l'aspetto pubblico del patrocinio fino a farne un impiego di Stato, e l'altro che lo vorrebbe abbandonare, senza controlli e senza garanzie di preparazione tecnica, alla libera disposizione dell'interesse privato) sta intermedio il sistema dell'ordinamento professionale, il quale, mentre da una parte permette all'interesse privato di far sentire il suo stimolo attraverso l'incarico di fiducia che la parte dà al difensore da lei scelto, dall'altra garantisce anche nel pubblico interesse la preparazione e la disciplina dei professionisti.

L'avvocatura come libera professione.

Esaminiamo quali sono i caratteri salienti dell'ordinamento dato alle professioni forensi o legali dal r. decr. l. 27 novembre 1933 numero 1578, convertito nella l. 22 gennaio 1934 (colle modificazioni apportate dalla l. 23 marzo 1940 n. 254).

a) I patrocinatori giuridici, che il C. p. c. comprende sotto la generica denominazione di *difensori* (distinguendoli poi, come si è visto, in difensori *con procura* e *senza procura*) si dividono, dal punto di vista professionale, in *procuratori* ed *avvocati*. Queste due professioni, che pur essendo distinte sono regolate dalla stessa legge sopra ricordata, costituiscono quelle che nel linguaggio comune si chiamano le professioni *legali* o *forensi* (la professione del notaro, che è anche esso un giurista, ma con funzioni solo in rari casi riguardanti il processo, cfr. § 102 n. 8, è regolata da una legge separata del 16 febbraio 1913 n. 89). Non tutti i « difensori » di cui parla il Codice sono professionisti legali: tra i difensori il Codice comprende, come già si è visto anche i consulenti tecnici (art. 87), appartenenti ad altre professioni (ingegneri, ragionieri ecc.); e vi è poi una categoria di difensori giuridici sforniti di titolo professionale, che sono ammessi a patrocinare, come si è visto, dinanzi ai conciliatori e alle preture. Ma dinanzi alle magistrature più importanti, a partire dal tribunale in su, i difensori giuridici non possono essere scelti che tra quei professionisti che sono i procuratori e gli avvocati legalmente esercenti.

Distinzione tra procuratori e avvocati.

---

(1) *Troppi avvocati!*, l. c.

La distinzione professionale tra avvocati e procuratori ha la sua origine nella differenza di funzioni che passa tra l'agire in giudizio in rappresentanza della parte (ufficio proprio del procuratore) e l'assistere la parte per esporre a voce ed in iscritto le sue ragioni, cioè per difenderla in senso stretto (ufficio proprio dell'avvocato).

Varî sistemi per regolare i rapporti tra le due professioni legali.

Questa distinzione professionale tra *advocatus* e *procurator,* che risale al diritto canonico (1) si è mantenuta in molte legislazioni moderne, mentre in altre è scomparsa. Si possono, a questo proposito, distinguere tre diversi sistemi, due estremi ed uno intermedio (2).

Nelle legislazioni francese ed angloamericane si segue il sistema della *separazione* assoluta e rigorosa tra le due professioni: chi esercita la professione di procuratore (*avoué* in Francia, *solicitor* in Inghilterra e nell'America del Nord) non può esercitare quella di avvocato (rispettivamente *avocat* e *barrister*). Nelle legislazioni a tipo tedesco si segue il sistema opposto della assoluta *unificazione*: le funzioni di rappresentanza, di consulenza e di assistenza sono riunite in una sola professione, quella del *Rechtsanwalt.* Da noi si segue un sistema eclettico: le due professioni sono distinte, ma cumulabili nella stessa persona (legge forense, art. 2): per esercitare l'una o l'altra bisogna avere i requisiti, in parte diversi, richiesti per l'una o per l'altra; ma non è vietato, quando si abbiano i requisiti richiesti per ciascuna, di esercitarle cumulativamente.

Non si può negare che il sistema della separazione assoluta giova ad inalzare la posizione intellettuale e sociale dell'avvocato; ma ciò a detrimento di quella del procuratore. Questi discende al livello di un agente d'affari, rappresentante degli interessi della parte colla quale egli solo resta in stretto contatto, mentre l'avvocato, liberato dalle mansioni di carattere strettamente procedurale e dal diretto influsso del cliente, si eleva fino a diventare il giureconsulto sapiente e spassionato della cui saggezza il giudice sa di potersi fidare (3). Anche il sistema della unificazione ha i suoi vantaggi: se non altro quello della semplificazione e della economia, derivanti dalla riunione di tutte le funzioni del patrocinio in una sola persona. In quanto al sistema intermedio seguito da noi si potrebbe temere che esso, senza avere gli opposti vantaggi degli altri due, ne cumuli gli inconvenienti; ma in pratica colla possibilità che esso offre di cumulare le due professioni o di tenerle disgiunte secondo l'importanza delle cause e secondo il

Separazione, unificazione, cumulabilità.

---

(1) Nel diritto romano, l'avvocato assisteva ma non rappresentava il cliente: cfr. Paoli, op. cit., pag. 120.

(2) Cfr. Calamandrei, *Troppi avvocati,* n. 36, pag. 182 e segg.; e in *Studi,* I, pag. 295 e segg.

(3) Cfr. Zanobini, *Esercizio privato* ecc., pag. 114.

merito personale dei professionisti, ha il notevole pregio di adattarsi meglio alle esigenze di ciascun processo (permettendo nelle cause di maggiore importanza quella repartizione di funzioni professionali che sarebbe sprecata nelle piccole cause) e di consentire che di fatto la separazione delle due professioni si ristabilisca, secondo una selezione naturale, per quei professionisti più anziani e più reputati che si dedicano soltanto alle funzioni di consulenza e di difesa, mentre le funzioni di rappresentanza sono riservate ai professionisti più giovani e più modesti.

Questa elasticità del sistema professionale adottato da noi è ancora più aumentata dal fatto che le due professioni di procuratore e di avvocato, se idealmente corrispondono alla distinzione di funzioni tra difensori rappresentanti (con procura=procuratori) e difensori non rappresentanti e consulenti (senza procura=avvocati), in pratica non coincidono più con questa originaria distinzione, perchè anche i procuratori, nelle cause in cui agiscono in giudizio come rappresentanti della parte, possono assumere (quantunque non abbiano il titolo di avvocati) quella funzione di consulenza e di difesa in senso stretto che teoricamente dovrebbe essere riservata agli avvocati (cfr. art. 5 e 6 della Legge forense); e perchè dinanzi a certe magistrature (cfr. retro, § 119, II, *c*) la rappresentanza in giudizio può essere conferita soltanto ad avvocati iscritti in uno speciale albo, anche se non hanno il titolo di procuratore: cosicchè possono esservi procuratori che *senza essere avvocati* assumono anche la difesa (in senso stretto) della parte da loro rappresentata, e viceversa avvocati che assumono anche la rappresentanza *senza essere procuratori.*

Differenze pratiche tra le attribuzioni degli avvocati e dei procuratori.

Le principali differenze pratiche che passano tra gli uffici dei procuratori e degli avvocati sono dunque queste: che solo agli avvocati (forniti di speciali requisiti, come ora si dirà) è riservato il patrocinio, compresa la rappresentanza, dinanzi alle magistrature supreme (corte di cassazione ecc.); che solo ai procuratori è riservata la rappresentanza dinanzi alle altre magistrature, dinanzi alla corte di appello, entro il distretto della quale ciascuno di essi esercita la professione, e dinanzi ai tribunali compresi nel distretto, mentre dinanzi alle preture la rappresentanza può essere assunta anche dagli avvocati non iscritti nell'albo dei procuratori; che le funzioni di consulenza e di difesa in senso stretto, teoricamente riservate agli avvocati, possono essere assunte anche dal procuratore a favore della parte ch'egli rappresenta, ma solo nei limiti territoriali in cui egli esercita la professione di procuratore (art. 5 della legge forense).

Giustamente è stato osservato che mentre in origine la distinzione tra avvocato e procuratore si riferiva a una differenza di funzioni, nella legge vigente questi due titoli professionali sono diventati « gradi

successivi nella carriera del difensore » (1); di solito infatti la professione di procuratore legale è il primo gradino da cui si sale a quella di avvocato, per culminare a quello dell'avvocato ammesso a patrocinare in cassazione, che deve avere gli speciali requisiti di cui tra poco si dirà.

Iscrizione nell'albo.

b) Per potere esercitare le professioni legali, bisogna aver conseguita la iscrizione nell'albo: « nessuno può assumere il titolo, nè esercitare le funzioni di avvocato o di procuratore se non è iscritto nell'albo professionale » (art. 1 legge forense): nel C. p. c., si indicano come « avvocati » o « procuratori » quei professionisti che sono *attualmente* iscritti nell'albo degli avvocati o dei procuratori. Per le due professioni esistono albi separati, istituiti presso ogni tribunale (art. 16 stessa legge); per ottenere la iscrizione nell'albo professionale, che significa abilitazione all'esercizio professionale, occorrono numerosi requisiti civili e tecnici, che la legge forense specifica e che solo in parte sono comuni alle due professioni (per i procuratori, art. 17 e segg., colle modificazioni introdotte dalla l. 23 marzo 1940 n. 254). Per tutt'e due le professioni si esige, a complemento della preparazione teorica, resultante dalla laurea in legge, una congrua preparazione pratica, conseguita attraverso un periodo di tirocinio; ma le modalità sono diverse per le due professioni.

Requisiti.

Per l'iscrizione nell'albo dei procuratori occorre che il laureato in legge, dopo aver compiuto un biennio di pratica col frequentar lo studio di un procuratore esercente o con altri modi equipollenti (art. 17, 18), superi l'esame che ha luogo ogni anno dinanzi a commissioni nominate dal ministro della giustizia presso ogni corte d'appello (art. 21 e segg.). Questi esami hanno il carattere di *concorso*, perchè gli albi dei procuratori sono *limitati* (*numerus clausus*), nel senso che ogni anno il ministro della giustizia stabilisce il numero massimo dei nuovi procuratori che potranno essere iscritti nell'anno seguente negli albi dei vari tribunali: e solo nel limite dei posti messi a concorso possono essere iscritti, tra i primi classificati nella graduatoria, i nuovi procuratori.

Gli albi degli avvocati sono invece *aperti*, nel senso che hanno diritto di esservi iscritti senza bisogno di alcun esame i procuratori che abbiano esercitato la professione per almeno sei anni, oppure i procuratori che, dopo due anni di esercizio professionale, superino l'esame per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato, che è unico per tutto il Regno e si svolge ogni anno a Roma, senza limita-

(1) Carnelutti, *Istituzioni*, n. 111.

zione di posti (art. 28). Vi sono poi numerose categorie di persone (professori universitari di discipline giuridiche, ex magistrati, ex prefetti ecc.) che hanno diritto di essere iscritti negli albi senza bisogno di tirocinio pratico e senza esami (art. 26, art. 31) (1).

Albo speciale per la cassazione.

Esiste un albo speciale degli avvocati ammessi a patrocinare in cassazione (art. 4 secondo comma, art. 33) in cui hanno diritto di essere iscritti coloro che abbiano esercitato per almeno otto anni la professione di avvocato o che, dopo anni di avvocatura abbiano superato uno speciale esame, nonchè i professori universitari di ruolo di discipline giuridiche dopo cinque anni di insegnamento, ed altri ex magistrati ed ex funzionari indicati nell'art. 34. Speciali albi sono stati istituiti, come già si è detto (§ 119, II b), per la rappresentanza e la difesa nelle cause in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria (art. 462 C. p. c.), e anche per le difese penali dinanzi al tribunale dei minorenni.

I tre gradi della professione.

Nelle sue grandi linee, dunque, si può dire che la professione legale comprende oggi tre gradi (ai quali corrispondono anche diversi distintivi sulla divisa che i professionisti indossano in udienza) (2); dopo un periodo preparatorio nel quale il laureato in legge assume la qualità di *praticante* (r. decr. 22 gennaio 1931 n. 37, art. 1-14) colla facoltà di patrocinare nelle preture, si accede mediante esame al primo grado professionale che è quello di procuratore; da questo per anzianità (sei anni di esercizio della professione di procuratore) si passa al grado di avvocato; dal quale ancora per anzianità (otto anni di esercizio dell'avvocatura) si passa al grado di avvocato di cassazione.

Chi è iscritto nell'albo degli avvocati ha diritto senz'altro ad essere iscritto in quello dei procuratori (art. 26 lett. *a* della legge) e non viceversa; ma tuttavia, affinchè l'avvocato possa esercitare le posizioni di procuratore occorre che sia iscritto anche nell'albo dei procuratori.

Tra la professione di procuratore e quella di avvocato vi è però non soltanto una differenza di grado, ma anche una differenza di circoscrizione territoriale: la professione di procuratore è *localizzata,* nel senso che i procuratori non possono esercitare altro che « davanti alla corte d'appello, alle sezioni distaccate della stessa corte ed a tutti i tribunali e le preture del distretto in cui è compreso il tribunale al

---

(1) Su tutti i problemi relativi all'ordinamento delle professioni legali cfr. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!,* cit.; il libro fu scritto nel 1921: da allora è stato fondamentalmente migliorato l'ordinamento degli esami (su cui cfr. il § 31 di quel volume); ma il problema del tirocinio professionale (su cui il § 30) è quasi allo stesso punto. Su quest'ultimo problema, cfr. SANSOVINO, *L'avvocato e il segretario,* con introduzione di P. CALAMANDREI (Firenze, Le Monnier, 1942); ZANOBINI, *L'esercizio privato,* cit., pag. 116.

(2) CALAMANDREI, *La toga,* in « La Lettura », 1941.

quale sono assegnati » (art. 5 legge forense), mentre l'esercizio dell'avvocatura non è soggetto a limitazioni territoriali in quanto « gli avvocati iscritti in un albo possono esercitare la professione davanti a tutte le corti d'appello, i tribunali e le preture del Regno » (art. 4).

Disciplina sindacale.

c) Presso ogni tribunale è costituito tra gli avvocati e procuratori iscritti nei rispettivi albi, un « sindacato », a capo del quale sta una commissione composta di professionisti che si denomina « direttorio » (terminologia adottata in coordinazione colla l. 3 aprile 1926, n. 563, cfr. art. 2 ultimo comma di tale legge: prima si parlava di « ordine degli avvocati », e le commissioni si chiamavano « consigli dell'ordine »). Il sindacato provvede, per mezzo del direttorio, alla custodia degli albi, vigila sul decoro dei professionisti e sull'esercizio della pratica forense ed esercita le altre mansioni attribuitegli dalla legge (art. 14 della legge forense). Questo raggruppamento dei professionisti legali in collegi retti secondo un sistema di autocontrollo (sistema che è antico, perchè già nel diritto romano dell'età imperiale gli avvocati erano ordinati in *collegio*), si trova ora posto in armonia coll'ordinamento sindacale, il quale affida alle associazioni professionali, sotto la vigilanza dello Stato, la tenuta dell'albo e il potere disciplinare per l'esercizio delle cosiddette « professioni intellettuali » (articolo 2229 C. c.).

Funzione importantissima dei sindacati è quella della giurisdizione disciplinare sui professionisti iscritti nei rispettivi albi. L'art. 12 della legge ricorda il canone fondamentale secondo il quale « gli avvocati ed i procuratori debbono adempiere al loro ministero con dignità e con decoro »; e l'art. 38 affida ai direttorî il potere di sottoporre a procedimento disciplinare, per infliggere le pene disciplinari stabilite dalla legge (art. 40: la più grave è quella della « radiazione », ossia cancellazione dall'albo) « gli avvocati e i procuratori che si rendono colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della loro professione o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale ».

Contro i provvedimenti dei direttorî in materia disciplinare o relativi alla tenuta degli albi è dato ricorso al consiglio superiore forense costituito presso il ministero di grazia e giustizia, che è il supremo organo sindacale e disciplinare delle professioni forensi (art. 52 della legge forense modif. dalla l. 23 marzo 1940 n. 254: cfr. § 76 in fine).

Questo autocontrollo disciplinare che gli organi sindacali composti di professionisti esercitano sugli iscritti negli albi è destinato a garantire insieme l'indipendenza della professione e il rispetto di quelle consuetudini di correttezza forense che, quantunque non scritte in leggi, vivono per tradizione nella coscienza dei professionisti migliori (1).

---

(1) Cfr. Sansovino, *L'avvocato e il segretario,* cit., pag. 138 e segg.; More-

Correttezza forense e controllo sulla medesima.

Salvi i casi in cui un procuratore si sia reso colpevole di reati perseguibili penalmente o di fatti tali da ingenerare responsabilità civile (cfr. art. 2236 C. c.), le infrazioni del professionista alle regole del decoro e della correttezza professionale non possono esser giudicate che dai suoi organi sindacali, i quali, composti di professionisti come lui, sono in grado meglio di ogni altro giudice di valutare per esperienza propria se la condotta dell'incolpato sia censurabile. Il difensore, salvo quanto è stabilito negli art. 130, 131, 132 C. p. p. e salve le disposizioni relative alla polizia delle udienze (cfr. art. 128 C. p. c., e 146 C. p. p.) non è soggetto a controllo disciplinare degli organi giudiziari dinanzi ai quali esercita il suo patrocinio; in caso di mancanze commesse dal difensore durante l'esercizio delle sue funzioni « il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere su di lui » (art. 88 secondo comma C. p. c.; cfr. però art. 89 stesso Codice) (1).

ART. 128, ART. 88-89.

d) Le nozioni date finora permettono di intendere esattamente che cosa si vuol dire, dal punto di vista giuridico-economico, quando le professioni legali si qualificano come « professioni libere » (2). Gli avvocati e i procuratori esercitano indubbiamente pubbliche funzioni; ma questo esercizio di pubbliche funzioni non li pone in condizione di impiegati pubblici, dipendenti dallo Stato e da esso retribuiti a stipendio, ma si concilia colla loro qualità di liberi professionisti, che tali pubbliche funzioni sono chiamati a esercitare solo in quanto ne abbiano l'incarico, liberamente conferito e liberamente accettato, dal privato interessato a servirsi, corrispondendo adeguata retribuzione, del loro patrocinio. Le professioni forensi, al pari delle altre cosiddette « professioni intellettuali » (art. 2229-2238 C. c.), sono dunque professioni « libere » nel senso che all'esercizio delle medesime il professionista è tenuto solo in quanto egli abbia liberamente concluso col privato che vuol servirsi dell'opera sua un contratto di *locatio operis* (di *prestazione d'opera intellettuale,* art. 2230 C. c.). I professionisti legali possono così, in maniera molto più perfetta e sicura di quanto avverrebbe se fossero impiegati dello Stato, esercitare la loro funzione con indipendenza: indipendenza non soltanto nei confronti delle pubbliche autorità e della stessa autorità giudiziaria (della quale sono collaboratori e non subordinati), ma anche indipendenza nei confronti

Caratteri della professione libera.

NO, *Il galateo degli avvocati* (ristampa, Napoli, 1938); GIURIATI, *Come si fa l'avvocato* (1897); ZANARDELLI, *L'avvocatura* (Firenze, 1879); ORLANDO, *L'avvocato dinanzi a Cristo* (Roma, 1942).

(1) Cfr. CALAMANDREI, *Relazioni di buon vicinato tra giudici e difensori* (in « Riv. dir. proc. civ. », 1943, II).

(2) ZANOBINI, *L'esercizio privato,* cit., pagg. 114-118.

del cliente, di fronte al quale il professionista è libero di rifiutar l'opera sua, quando è convinto in coscienza che la causa per la quale si invoca il suo patrocinio sia contraria alla legge o alla morale: l'art. 11 della legge forense stabilisce che « il procuratore non può, senza giusto motivo, rifiutare il suo ufficio »; ma indubbiamente il più giusto tra questi motivi di rifiuto è sempre costituito dalla volontà del professionista di non associar l'opera sua ad una causa che egli ritenga contraria alla giustizia. In questo regime professionale l'interesse pubblico è garantito dalla disciplina sindacale, rafforzata dall'alta vigilanza del ministero della giustizia (la legge del 22 gennaio 1934 ha introdotto nell'ordinamento delle professioni forensi una ingerenza governativa che prima non c'era: cfr. art. 15, 21, 22, 36, 52, 53 ecc.); mentre la posizione indipendente che ha il professionista e il rapporto di fiducia che lo lega alla parte che lo ha scelto garantiscono a questo un patrocinio volonteroso e coraggioso, quale non si avrebbe certo in un avvocatura burocratizzata.

Contratto di patrocinio.

Dal contratto di patrocinio che l'avvocato o il procuratore conclude col cliente sorge nel professionista il dovere di prestar l'opera propria secondo la normale diligenza (cfr. però, per la responsabilità in cui il professionista può incorrere nel caso di errori professionali, l'art. 2236 C. c.), e nel cliente il dovere di corrispondergli oltrechè il rimborso delle spese, gli « onorari », secondo i criteri stabiliti dalla legge (l. 13 giugno 1942 n. 794; legge forense art. 58 e segg.) (1). Per la riscossione delle spese e onorari ad essi dovuti i professionisti legali possono servirsi del procedimento d'ingiunzione regolato dal Codice (art. 633, n. 2; 636, 637), oppure di uno speciale procedimento ancora più sbrigativo regolato dalla l. 13 giugno 1942 sopra citata (art. 27-30); cfr. anche art. 93 C. p. c. E' vietato agli avvocati e procuratori di rendersi cessionari di diritti sui quali sia sorta contestazione davanti l'autorità giudiziaria nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni (art. 1261 C. c.) e di stipulare coi clienti alcun patto relativo ai beni che formano oggetto delle controversie affidate al loro patrocinio (*patto quotalizio, pactum de quota litis,* art. 2233 C. c., ultimo comma).

e) Questo equilibrio tra l'interesse privato e l'interesse pubblico che è tipicamente raggiunto nell'ordinamento del patrocinio come professione libera, si trova in parte modificato in due casi.

---

(1) A Roma, nell'età repubblicana, l'avvocatura non era una professione e la prestazione del patrocinio era gratuita; divenne una professione retribuita, con propri collegi (*Collegia* o *corpora advocatorum*) e propri albi (*matriculae*) sotto il principato: cfr. Paoli, op. cit., pagg. 114-116.

Il primo caso è quello del *patrocinio gratuito*. La libera professione presuppone che il cliente sia in condizioni tali da poter corrispondere al patrocinatore il giusto compenso; nè il professionista, che vive del suo lavoro, ha il dovere di lavorare gratuitamente per chi non è in grado di compensarlo. Ma poichè il patrocinio ha il carattere di una funzione pubblica richiesta nell'interesse della giustizia, lo Stato ha dovuto provvedere a garantire anche ai non abbienti la possibilità di essere gratuitamente rappresentati e difesi nei giudizi civili e penali in modo altrettanto efficace ed accurato (questo almeno sarebbe desiderabile) com'è dato alle persone che hanno i mezzi per retribuire un valente difensore. Un tempo, prima dell'unificazione italiana, esisteva in Piemonte l'*avvocatura dei poveri*, che era in sostanza una avvocatura di Stato esercitata da pubblici impiegati, che lo Stato manteneva a sue spese per assumere gratuitamente la difesa dei litiganti poveri.

Patrocinio gratuito.

Nell'ordinamento attuale (l. *sul gratuito patrocinio*, r. decr. 30 dicembre 1923 n. 3282) « il patrocinio gratuito dei poveri è un ufficio onorifico ed obbligatorio della classe degli avvocati e dei procuratori » (art. 1). Apposite commissioni (§ 105, n. 3) sono istituite per ammettere al beneficio del gratuito patrocinio i litiganti che si trovino in stato di relativa povertà, tale da non poter sopperire alle spese della lite (art. 16) e che dimostrino « la probabilità dell'esito favorevole nella causa od affare » (il cosiddetto *fumus boni iuris*, art. 15). A chi si trovi in queste condizioni è concesso il gratuito patrocinio, il quale importa, oltre ad una serie di agevolazioni fiscali (art. 11), la nomina di un « difensore di ufficio », che nelle materie civili è fatta dalla stessa commissione, mentre nelle materie penali è fatta dalla autorità giudiziaria dinanzi alla quale la causa deve essere trattata (art. 29: cfr. art. 128 C. p. p.). Gli avvocati e procuratori deputati alla difesa delle persone ammesse al gratuito patrocinio, non possono ricusare l'incarico senza grave e giustificato motivo (art. 31); essi « devono trattare la causa secondo la propria scienza e coscienza » (art. 32); non hanno diritto a compenso, se non nei confronti della parte avversaria ove rimanga soccombente (art. 35), oppure nei confronti del patrocinato quando per effetto della vittoria venga a cessare in essa lo stato di povertà (art. 39).

Nomina del difensore di ufficio.

E' agevole intendere che nel « difensore d'ufficio » vengono a sparire i più tipici caratteri della libera professione: manca tra il patrocinatore e il patrocinato il rapporto di fiducia basato sulla libera scelta e sulla libera accettazione; manca al difensore la libertà di non accettare il patrocinio. Sparisce il contratto di « prestazione d'opera intellettuale » e rimane soltanto l'esercizio della pubblica funzione, a cui il patrocinatore è tenuto in forza di un dovere pubblico.

f) Il secondo caso in cui il patrocinio forense perde i suoi carat-

teri di libera professione è quello della *avvocatura dello Stato* (t. u. 30 ottobre 1933 n. 1611) (1).

Avvocatura dello Stato.

L'esercizio delle professioni legali è incompatibile con quello di altre professioni o attività che potrebbero menomarne il decoro o ostacolare l'adempimento dei doveri ad esse inerenti, o diminuirne la indipendenza (art. 3 della l. forense). Sotto quest'ultimo rispetto l'esercizio del patrocinio è incompatibile con qualunque impiego pubblico o privato (eccettuato l'insegnamento universitario o secondario), in quanto la indipendenza che gli avvocati e i procuratori debbono mantenere di fronte ai clienti, in modo da poter decidere con piena libertà causa per causa se prestare o rifiutare l'opera propria, non si concilia con un vincolo di subordinazione continuativa com'è quello dell'impiegato nei confronti del principale.

A questa regola, però, si fa eccezione per gli « avvocati e i procuratori degli uffici legali organicamente istituiti come tali » presso gli enti pubblici (provincie, comuni, ecc.: art. 3 della l. forense), i quali esercitano il patrocinio soltanto « per quanto concerne le cause e gli affari inerenti all'ufficio a cui sono addetti ». Essi sono patrocinatori stabili di un solo cliente, che li retribuisce a stipendio fisso: il loro lavoro non è più lavoro autonomo, ma diventa un lavoro subordinato come quello degli impiegati (art. 2094 C. c.); essi sono infatti « iscritti in un elenco speciale annesso all'albo » per distinguerli dai liberi professionisti.

Si chiamano « avvocati dello Stato » ma non sono iscritti negli albi professionali, quei funzionari ai quali è demandata « la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle amministrazioni dello Stato » ... « innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede »; e ciò senza bisogno « di mandato », neppure nei casi nei quali le norme ordinarie richiedono il mandato speciale, bastando che consti della loro « qualità » (art. 1 legge 30 ottobre 1933 cit.).

Ordinamento dell'avvocatura dello Stato.

Gli uffici dell'« avvocatura dello Stato » sono alle dipendenze del capo del governo (art. 17), distribuiti in « avvocature distrettuali » (in diciassette sedi: art. 18) al disopra delle quali sta l'Avvocatura generale con sede in Roma (per il fòro erariale, determinato da queste sedi, cfr. § 94, n. 5). I funzionari appartenenti all'« avvocatura dello Stato » sono pubblici impiegati stipendiati, con una propria carriera, equiparata a quella dei magistrati, alla quale si accede con speciali esami (art. 22-42). Mancano ad essi tutti i caratteri della libera professione:

---

(1) Cfr. MENESTRINA, *L'avvocatura dello Stato in Italia e all'estero,* in « Riv. dir. proc. civ. », 1931, I, pag. 201; SCAVONETTI, *L'avvocatura dello Stato,* in « Nuovo Dig. it. », II, 69.

per quei giudizi civili o amministrativi in cui la pubblica amministrazione *è parte in causa*, lo Stato ha preferito, invece di dover ogni volta ricorrere al patrocinio di liberi professionisti, creare alle proprie dipendenze questo corpo di funzionari amministrativi, investiti, nell'interesse delle amministrazioni *litiganti*, di quelle stesse funzioni che i liberi professionisti esercitano nell'interesse privato dei litiganti loro clienti (1). Non si tratta dunque di un primo passo verso quella trasformazione della libera avvocatura in magistratura di Stato che (come si è visto all'inizio di questo stesso § 120) dovrebbe, secondo certe tendenze, svincolare il patrocinio da ogni interesse e da ogni ingerenza di parte per lasciarlo funzionare soltanto nell'interesse pubblico della giustizia; si tratta, al contrario, di un chiaro riconoscimento dell'influsso determinante che l'interesse di parte (2) deve esercitare nella scelta dei patrocinatori, fino al punto che l'amministrazione pubblica ha sentito la necessità, per esser sicura di avere nelle cause in cui è parte procuratori di sua piena fiducia, di istituire appositamente a tale scopo un corso di funzionari alle sue dipendenze.

---

(1) Sulla posizione degli avvocati dello Stato in relazione alla loro indipendenza tecnica, cfr. CALAMANDREI, *Gli avvocati dello Stato e l'inamovibilità* (in « Foro it. », 1943).

(2) Che l'interesse pubblico per il quale è stata istituita la avvocatura dello Stato non sia l'interesse superiore della giustizia, ma l'interesse dell'amministrazione pubblica ad una più efficace difesa delle sue ragioni di parte, è comune insegnamento: cfr. BORSI, *Giustizia amministrativa*, 1941, 136; ZANOBINI, *Giustizia amministrativa*, pag. 185.

CAPITOLO SECONDO

IL PUBBLICO MINISTERO

SOMMARIO. — § 121. - Ordinamento organico degli uffici del p. m. — § 122. - Funzione del p. m. nel processo in generale. — § 123. - Il p. m. come parte nel processo civile. — § 124. - Il p. m. agente nel processo civile. — § 125. - Il p. m. interveniente nel processo civile. — § 126. - Sul carattere vincolato o discrezionale dell'attività del p. m.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE. — ALLORIO, *Il p. m. nel nuovo processo civile*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1941, I; ANDRIOLI, *Comm. al C. p. c.*, vol. I, art. 69 e segg.; CALAMANDREI, *Il processo inquisitorio nel nuovo C. civile*, in « Giur. it. », 1939, IV, 237; CARNELUTTI, *Istituzioni*, nn. 116, 197-202; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 158; CRISTOFOLINI, *Sulla posizione e sui poteri del p. m. nel processo civile*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1930, II, pag. 23 e segg.; D'AMELIO, *Del pubblico ministero* (in « Il nuovo C. p. c. commentato », Torino, 1943, I, pag. 326 e segg.); D'ONOFRIO, *Commento al nuovo C. p. c.*, I, pag. 73 e segg.; PAGANI, *La funzione del p. m. nel diritto privato*, in « Sinossi giur. », 1942; REDENTI, *Profili*, I, n. 164, pag. 294; SARACENO, *La difesa dell'interesse pubblico nella soluzione extrapenale delle questioni pregiudiziali*, in « Riv. it. di dir. pen. », 1941; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 219 e segg.

§ 121. — ORDINAMENTO ORGANICO DEGLI UFFICI DEL PUBBLICO MINISTERO.

L'art. 2 dell'Ordinamento giudiziario approvato con r. decr. 30 gennaio 1941 n. 12, stabilisce che « presso le corti e i tribunali è costituito l'ufficio del pubblico ministero »; la quale formula lascia subito intendere che il pubblico ministero non è, come sono i cancellieri e gli ufficiali giudiziari, un ufficio *interno* degli organi giudiziari intesi in senso complesso (§ 67), ma è un organo autonomo, che, pur esercitando le sue funzioni accanto (« presso ») agli organi giudiziari, rimane esterno ad essi e non ne costituisce parte integrante. La legge infatti, pur comprendendo il p. m. tra le « autorità alle quali è affidata la amministrazione della giustizia » (cfr. la intitolazione del capo I del r. decr. 30 gennaio 1941), lo contrappone agli « organi giudiziari » (art. 7), e ne regola la costituzione e le attribuzioni in un titolo separato (art. 69-84 Ord. giud.).

ART. 2, 7, 69-84. ORD. GIUD.

Questa speciale posizione che il p. m. conserva nel nostro ordinamento giudiziario risale alla concezione che si ebbe di questo ufficio dopo la rivoluzione francese, quando, in omaggio al principio della separazione dei poteri (1), il p. m. fu considerato, piuttosto che come un organo del potere giudiziario, un rappresentante del potere esecutivo presso quello giudiziario: una specie di *organo di collegamento* tra il potere politico e l'amministrazione della giustizia, funzionante quale un « occhio del governo », distaccato presso gli organi giudiziari, per sorvegliarne e stimolarne il funzionamento (2). Tale concezione era rispecchiata nella formula dell'art. 77 dell'Ord. giud. del 30 dicembre 1923, che definiva il p. m. come « il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria »; e se nel testo dell'Ord. giudiziario oggi vigente tale formula per semplicità non è stata riprodotta, ciò non significa che sia stata abbandonata la concezione che considera le funzioni del p. m., se pur preordinate all'esercizio della giurisdizione, come sostanzialmente appartenenti alla funzione amministrativa.

Il p. m. come organo del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria.

Questa posizione di confine che ha la funzione del p. m., si riflette anche sulla posizione organica dei suoi uffici e dei funzionari che ne sono investiti, i quali, mentre sotto un certo aspetto hanno le stesse prerogative dei magistrati giudicanti coi quali formano un unico « ordine giudiziario » (art. 4), sotto certi altri aspetti si trovano in una situazione funzionale ed organica molto diversa da essi. Anche i funzionari del pubblico ministero fanno parte della « magistratura »; e se nell'interno di questa anche la legge fa una contrapposizione tra la « magistratura giudicante » costituita dai giudici, e la « magistratura requirente » costituita dai funzionari del p. m., la carriera è unica per tutti, con possibilità di passaggio dall'una all'altra funzione (articolo 190). Ma la profonda differenza che passa tra la funzione giudicante e quella requirente appare, anche organicamente, sopra tutto dalla mancanza, nei magistrati del p. m., di quella prerogativa fondamentale della indipendenza, accompagnata dalla inamovibilità, che come si è visto (§ 69, *b*) costituisce nel sistema della legalità la più importante garanzia dei magistrati giudicanti. I funzionari del p. m., a differenza dei magistrati giudicanti che nel momento di render giustizia sono svincolati da ogni subordinazione, sono posti, nell'esercizio delle loro funzioni, alla dipendenza dei loro superiori gerarchici, alle istruzioni dei quali sono tenuti a conformarsi, fino a risalire al supremo capo della gerarchia che è un organo di natura politica, il

Posizione organica dei magistrati del p. m.

---

(1) Sui precedenti storici dell'istituto, cfr. D'Amelio, op. cit., pagg. 329-332.
(2) D'Amelio, op. cit., pag. 330.

ministro di grazia e giustizia. Tale dipendenza è esplicitamente affermata nell'art. 69 Ord. giud., secondo il quale il pubblico ministero esercita le sue funzioni « sotto la direzione del ministro di grazia e giustizia »; ulteriore conseguenza pratica di questo principio è la mancanza nei funzionari del p. m. di quella prerogativa della inamovibilità, che la legge espressamente riserva ai soli magistrati giudicanti (articolo 217). Altre differenze tra i giudici e i magistrati del p. m., affiorano anche nelle disposizioni che regolano il loro dovere di astensione e la loro responsabilità civile (art. 73-74 C. p. c.; cfr. § 126).

ART. 69. ORD. GIUD.

ART. 73, 74 C.P.C.

Il p. m. è costituito in uffici permanenti « presso le corti e i tribunali » (art. 2), mentre presso le preture, dove non esiste un ufficio apposito del p. m. le sue funzioni sono esercitate in parte dal pretore e in parte da persone di volta in volta incaricate, secondo le disposizioni dell'art. 72 Ord. giud. L'ufficio del p. m. presso ogni tribunale si denomina « *procura del re* » ed è affidato ad un *procuratore del re*, coadiuvato da magistrati da lui dipendenti (*sostituti procuratori del re*); presso ogni corte d'appello e presso la corte di cassazione è istituita una « *procura generale* », con a capo il procuratore generale che può esercitare le sue funzioni personalmente o per mezzo dei magistrati dipendenti (*sostituti procuratori generali*). Alla dipendenza del procuratore generale presso le corti d'appello o presso la corte di cassazione sono posti anche gli *avvocati generali* (art. 70 Ord. giud.).

Ordinamento del p. m.

ART. 2, 70, 72. ORD. GIUD.

L'organizzazione di ogni ufficio è unitaria, nel senso che ciascuno dei magistrati che vi sono addetti può agire per l'ufficio, secondo la ripartizione di attribuzioni fatta dal capo: essi sono per così dire « fungibili », in quanto un atto iniziato da uno di essi può essere proseguito da un altro (1). Si suole insegnare che ciascuno dei componenti l'ufficio, nell'esercizio delle attribuzioni a lui affidate, è *autonomo*, in quanto agisce e conclude per suo conto secondo il proprio convincimento e senza coartazione dei superiori (2). Ma tale insegnamento ha un valore piuttosto... platonico, dato che (cito testualmente le parole del D'Amelio che unisce alla sua autorità di studioso quella che gli deriva dalla sua esperienza di altissimo magistrato) « i rappresentanti o membri dell'ufficio del p. m. non esprimono un'opinione personale, ma quella dell'ufficio, un'opinione collettiva e concorde. Se non vi ha accordo tra i varî componenti l'ufficio, prevale l'opinione del capo, che può esigere che sia sostenuta dai dipendenti, giacchè a lui spetta la direzione e la responsabilità dell'ufficio. A questa si aggiunge la dire-

Dipendenza gerarchica dei magistrati del p. m.

---

(1) Chiovenda, *Istituzioni*, II, pag. 80; D'Amelio, op. cit., commento all'art. 69, n. 3.

(2) Chiovenda, *ibidem*; D'Amelio, *ibidem*, pag. 332.

zione del ministro di grazia e giustizia, secondo il menzionato art. 69 dell'Ord. giudiziario. La direzione ministeriale, naturalmente, non giunge che al capo, e il capo impartisce le corrispondenti istruzioni ai dipendenti » (1).

§ 122. — Funzione del p. m. nel processo in generale.

Le attribuzioni del p. m., quali si trovano enunciate in generale nell'art. 73 Ord. giud., sono molteplici ed eterogenee; e non è possibile riassumerle in una formula semplice. Ma esse hanno questo carattere comune, il quale può servire a dare un primo orientamento generico sulla loro natura: che esse si svolgono tutte quante (ad eccezione di pochissimi casi in cui il p. m. entra direttamente in relazione con autorità amministrative, come avviene, per es. quando « esercita la vigilanza sul servizio dello stato civile », art. 75 secondo comma Ord. giud.) nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, *in coordinazione colla funzione giurisdizionale esercitata dagli organi giudiziari.*

Art. 73. Ord. giud.

L'art. 73 dell'Ord. giud., il quale enumera le « attribuzioni generali » del p. m., comincia col dire che esso « veglia alla osservanza delle leggi »: formula molto vaga, che mentre da un lato ricorda quella usata per indicare le attribuzioni delle autorità di polizia (§ 14), somiglia d'altro lato a quella con cui l'art. 65 dello stesso Ord. giud. definisce la corte di cassazione come « l'organo supremo della giustizia » che « assicura l'esatta osservanza... della legge ». In realtà, come già sappiamo (§ 21) quello di garantire l'osservanza pratica della legge, cioè del diritto oggettivo, è nel sistema della legalità lo scopo supremo della giurisdizione: sicchè la frase con cui si inizia l'art. 73, pur dimostrando che in sostanza il p. m. non agisce per uno scopo diverso da quello al quale è indirizzata in generale l'attività di tutti gli organi giudiziari (l'« osservanza della legge »), non basta a fare intendere in quale maniera specifica il p. m. si adopra per il raggiungimento di questo scopo comune ed in che si differenziano le sue attribuzioni da quelle demandate a tal fine alla magistratura giudicante. Ma tale diversità di compiti risulta ben chiara non soltanto dal sèguito dell'art. 73, ma altresì dagli articoli successivi che distintamente specificano le attribuzioni del p. m. in materia penale (art. 74) e in materia civile e amministrativa (art. 75); le quali tutte quante, nelle più svariate figure, hanno questo carattere comune: che pur non consistendo in un esercizio diretto della giurisdizione, consistono in

Attribuzioni del p. m.

(1) D'Amelio, op. cit., pag. 332.

una *attività stimolatrice degli organi che esercitano la giurisdizione.* E' particolarmente significativa, in questo senso, la frase che si legge nell'art. 73, il quale, dopo aver detto che il p. m. veglia alla osservanza delle leggi, aggiunge che esso veglia altresì « alla pronta e regolare amministrazione della giustizia »: in realtà tutte le attribuzioni del p. m. specificate negli art. 73 e segg. dell'Ord. giud. (art. 73, — richieder provvedimenti cautelari nei casi d'urgenza, promuovere la repressione dei reati, far eseguire i giudicati, far eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico; art. 74, — iniziare ed esercitare l'azione penale; art. 75, — esercitare l'azione civile e intervenire nei processi civili; art. 76, — intervenire e concludere in tutte le udienze civili e penali della corte di cassazione; art. 77, — proporre impugnazioni in materia civile e penale; art. 78, — promuovere la esecuzione delle sentenze e di altri provvedimenti del giudice in materia civile e penale) solo in maniera *mediata* mirano a far osservare la legge, perchè immediatamente mirano a promuovere il pronto e regolare funzionamento degli organi ai quali è direttamente commesso l'ufficio di far osservare la legge, cioè degli organi giurisdizionali. Il p. m. ha dunque la funzione specifica di *mettere in moto* gli organi giudiziari: la sua attività non è giurisdizione, ma è iniziativa, stimolo, impulso della giurisdizione. Anche ad esso, come giustamente fu osservato (1), ben si adatterebbe la denominazione di « *promotor iustitiae* » con cui è designato l'organo analogo del processo canonico (2).

Funzione del p. m. in generale: stimolo della giurisdizione.

L'attività del p. m., pur svolgendosi *presso* gli organi giurisdizionali, non è diretta partecipazione all'esercizio della giurisdizione e alla creazione dei provvedimenti in cui questa si esplica: essa consiste non nel provvedere, ma nel *richiedere* che gli organi competenti provvedano. Ciò appare anche dalla contrapposizione che si fa, nella stessa terminologia della legge, tra magistratura « giudicante » alla quale compete dare i provvedimenti giurisdizionali, e magistratura « requirente » (art. 190 Ord. giud.), la cui funzione è quella di provocare o sollecitare tali provvedimenti esercitando l'azione, proponendo « requisitorie » e « conclusioni », e in generale sottoponendo *domande* (cioè proposte di provvedimenti: cfr. §§ 31-32) ai giudici che devono decidere su di esse.

Il p. m. ha insomma, di fronte ai giudici, che per essere imparziali debbono rimanere necessariamente inattivi fino a che non c'è qualcuno che ne stimoli l'attività (§ 31), quella stessa posizione di

---

(1) Allorio, scritto cit., pag. 41 dell'estratto.

(2) Scavo, *Il promotore di giustizia nel processo canonico,* in « Riv. dir. proc. civ. », 1937, I, 133 e segg.

soggetto agente, che nel processo è tipicamente propria delle *parti.* Come parte è infatti espressamente considerato il p. m. nel processo penale (cfr. gli art. 73 e segg. del C. p. p., nel quale il p. m. è compreso sotto il titolo « delle parti », e contrapposto, come *parte pubblica,* alle « parti private » che sono l'imputato, la parte civile e il responsabile civile); ed anche nel processo civile, quantunque il p. m. sia regolato sotto un titolo diverso da quello che regola le parti (rispettivamente titolo II e titolo III del Lib. I del C. p. c.), le sue attribuzioni, o che proceda in via di azione (art. 69) o che proceda in via di intervento (art. 70), sono identiche a quelle proprie delle parti.

Il p. m. come parte pubblica.

§ 123. — Il p. m. come parte nel processo civile.

Che il p. m. sia parte nel processo penale si intende agevolmente: nel nostro sistema penale la funzione di stimolare la giurisdizione mediante l'esercizio dell'accusa è riservata in regime di monopolio allo Stato, e non sarebbe neanche concepibile che nel processo penale figurasse in posizione di attrice una parte privata: l'azione penale è sempre pubblica (art. 1 C. p. p.) e chi la esercita nell'interesse dello Stato è sempre, come parte *pubblica e necessaria,* il p. m., organo della pubblica accusa.

Ma nel processo civile, ove di regola la legittimazione ad agire e a contraddire spetta ai privati, è più difficile definire quale possa essere la posizione del p. m., come parte pubblica posta *in aggiunta,* anzichè *ad esclusione,* delle parti private, alle quali son riservate in questo processo le posizioni primarie e predominanti. Tuttavia, a chi ben guardi, la ragione prima per la quale in certi casi la legge introduce il p. m. come parte pubblica anche nel processo civile non è diversa da quella per la quale negli ordinamenti penali moderni il sistema della accusa privata ha ceduto interamente il campo a quello della pubblica accusa esercitata dal p. m.: infatti, come la sostituzione dell'azione pubblica all'azione privata nel processo penale è stata suggerita dall'interesse pubblico a che l'osservanza delle norme di diritto penale non sia rimessa alla iniziativa dei privati e lasciata in balia dei loro interessi individuali, così nel processo civile la partecipazione del p. m. ha lo scopo di supplire alla mancante iniziativa delle parti private o di controllarne l'efficienza, tutte le volte in cui, per la speciale natura dei rapporti controversi, lo Stato può temere che lo stimolo dell'interesse individuale, al quale normalmente è affidato l'ufficio di dare impulso alla giustizia civile, possa o mancare del tutto o essere indirizzato a fini diversi da quello dell'osservanza della legge. Tanto nel processo penale quanto in quello civile, dunque, la presenza del

Funzione del p. m. nel processo civile.

p. m. risponde in sostanza a un interesse pubblico della stessa natura: far sì che di fronte agli organi giudicanti, i quali per mantenere intatta la loro imparzialità e quindi la loro indifferenza iniziale non possono non essere istituzionalmente inerti (*nemo judex sine actore,* § 31) si svolga in maniera corrispondente ai fini pubblici della giustizia la funzione stimolatrice delle parti. Ma mentre nel processo penale si è ritenuto che tali fini non potessero esser raggiunti se non abolendo in ogni caso l'iniziativa privata e affidando in ogni caso l'esercizio dell'azione penale a un organo pubblico, nel processo civile, in corrispondenza colla diversa natura del diritto sostanziale (1), si è mantenuto intatto di regola il *principio dispositivo* (§ 59), in forza del quale la iniziativa privata è messa a profitto come normale e sufficiente strumento dell'interesse pubblico alla osservanza della legge; e solo nei casi eccezionali in cui tale iniziativa non funzioni in maniera sodisfacente, perchè manchi o possa ritorcersi *in fraudem legis,* il p. m. è stato introdotto come parte pubblica, coll'ufficio di supplire o di controllare, nell'interesse della giustizia, la iniziativa delle parti private.

In tali casi il p. m. entra nel processo civile con quella stessa funzione processuale che vi esercitano le parti private: cioè colla funzione di *proporre domande al giudice* (§ 108), con tutte le facoltà ad essa connesse e consequenziali (diverse, come si vedrà, secondo che sia il p. m. a prender l'iniziativa del processo come attore, ovvero si limiti ad intervenirvi come organo di controllo in un processo iniziato da altri). Che il p. m. abbia nel processo civile la posizione di parte in quel senso esclusivamente processuale che sopra si è precisato (§ 108), non v'è dubbio: è un organo pubblico *creato apposta per esercitare nel processo quelle stesse attribuzioni che normalmente vi esercitano le parti private;* ma la dottrina, prendendo le mosse da quella contrapposizione tra parte in senso processuale e parte in senso sostanziale di cui a suo tempo abbiamo indicato i pericoli, non si è contentata di riconoscere al p. m. la qualità di parte in senso formale, ma ha voluto studiare se ed in qual senso il p. m. si possa considerare parte in senso sostanziale, ossia se il p. m., quando partecipa al processo civile, vi faccia valere diritti soggettivi sostanziali diversi da quelli dedotti in giudizio dalle parti private, e quale sia la natura di questi diritti sostanziali fatti valere dal p. m., e chi ne sia il soggetto. Per rispondere a queste domande, è stato osservato che, essendo il p. m. un organo dello Stato, è lo Stato che, impersonato dal p. m., deve ritenersi parte in causa, in senso formale ed in senso sostanziale: sicchè la posizione del p. m. nel processo civile sarebbe equiparabile

Il p. m. non è organo di tutela di interessi amministrativi.

(1) CALAMANDREI, *Il processo inquisitorio nel nuovo Codice civile,* cit.

a quella di qualsiasi altro organo amministrativo che in nome dello Stato stia in giudizio per la tutela di interessi pubblici: « parte in causa è dunque lo Stato, impersonato nel pubblico ministero, così come, per la tutela di altri interessi, esso, anzichè per mezzo del p. m. starebbe in giudizio per mezzo d'altro qualsiasi organo amministrativo: esemplificando, dell'intendente di finanza, o dell'ingegnere capo del genio civile, o del capo di compartimento delle ferrovie. La differenza tra il p. m. agente e codesti altri organi ricordati non attiene che alla diversa natura degli interessi tutelati » (1).

Ma questo ravvicinamento del p. m. a quegli organi dell'amministrazione attiva per mezzo dei quali lo Stato sta in giudizio come *pubblica amministrazione,* sembra a noi tutt'altro che esatto: anzichè a chiarire la posizione del p. m. nel processo civile, serve a far perder di vista i caratteri specifici per i quali la partecipazione del p. m. al processo civile dev'essere considerata su un piano nettamente distinto da quello della pubblica amministrazione quando sta in causa come parte.

Sappiamo già che la pubblica amministrazione può stare in giudizio come parte attrice o convenuta tutte le volte in cui dinanzi ai giudici civili si faccia questione di un diritto soggettivo « civile o politico », vantato dalla pubblica amministrazione o contro di essa (§ 42, *c*); e che dinanzi agli organi della giustizia amministrativa la pubblica amministrazione sta in giudizio come convenuta, per difendere la validità di un atto amministrativo che il cittadino interessato impugna. In tutti questi casi lo Stato, impersonato da un organo dell'amministrazione attiva, sta in causa (al pari di una qualsiasi parte privata che nel processo cerca soltanto la tutela dei propri interessi individuali) non semplicemente per mantenere l'esatta osservanza del diritto oggettivo, ma per ottenere il sodisfacimento dei propri diritti soggettivi o dei propri concreti interessi amministrativi, di fronte ai quali l'osservanza del diritto oggettivo non è scopo, ma limite (cfr. § 22). E' noto che la più caratteristica differenza che distingue la funzione giurisdizionale da quella amministrativa (la prima rientrante, insieme colla legislazione, nell'attività *giuridica,* la seconda nell'attività *sociale* dello Stato) concerne la diversa posizione in cui il giudice e l'amministratore si trovano *di fronte al diritto oggettivo*: mentre il fine del giudice è quello di farlo osservare *dagli altri,* e quindi l'osservanza del diritto è *scopo* dell'atto giurisdizionale, l'amministratore (il quale per raggiungere i più svariati scopi di civiltà e di benessere collettivo partecipa alla vita pratica del diritto e vi diviene soggetto

Differenza tra il p. m. e la p. a. parte nel processo.

(1) Allorio, scritto cit., n. 4, pag. 21 dell'estr.

di rapporti giuridici al medesimo livello di tutti coloro per i quali il diritto vale come regola del loro concreto operare) considera il diritto come un limite posto alla sua propria condotta, e l'osservanza del diritto è per lui soltanto *un mezzo* per conseguire i suoi scopi di carattere sociale.

Si comprende agevolmente, ricordando questi principî, come lo Stato, quando sta in causa *come pubblica amministrazione,* vi assuma quello stesso atteggiamento *parziale* che il privato assume in giudizio a tutela dei propri interessi individuali: in questi casi infatti oggetto del giudizio è un rapporto di diritto sostanziale nel quale la pubblica amministrazione è direttamente interessata, e dalla decisione del giudice dipende se l'interesse della pubblica amministrazione, che è in giuoco in quel rapporto, possa trovar sodisfazione ovvero debba rimanere sacrificato di fronte all'interesse prevalente della parte avversaria. In questi casi, insomma, la pubblica amministrazione mira sopra tutto, come ogni litigante, a vincere la causa; fa valere, come ogni litigante, gli argomenti che giovano alle sue tesi di parte, e non quelli che giovano alle tesi opposte dell'avversario; e si fa patrocinare da appositi difensori (avvocati dello Stato; § 120, *f*), i quali, al pari degli avvocati liberi professionisti, devono svolgere nel processo un'opera essenzialmente *partigiana,* cioè indirizzata a far conseguire la vittoria alla pubblica amministrazione da essi patrocinata.

Queste nozioni istituzionali bastano a far comprendere quanto profondamente differisca la posizione della pubblica amministrazione parte in causa da quella del p. m. agente o requirente nel processo civile: il quale, se per certi caratteri contingenti della sua costituzione organica è considerato, come sopra si è visto (§ 121) come un organo amministrativo, non può esser confuso con quegli organi appartenenti all'amministrazione attiva per mezzo dei quali lo Stato persegue, nei limiti del diritto, i suoi fini *sociali,* perchè esso, al pari degli organi giudicanti presso i quali è distaccato, svolge la sua attività, proprio come gli organi giudicanti, per uno scopo *puramente giuridico,* cioè per la esatta osservanza del diritto oggettivo, considerata come fine e non come mezzo (diverso è il caso, come si vedrà più oltre, § 124, quando il p. m. partecipa alla giurisdizione volontaria).

Per questo il p. m., pur essendo indubbiamente parte nel processo (perchè la sua funzione è quella di domandare e non di giudicare) è stato argutamente definito come parte « artificiale » (1) o anche come parte « imparziale »: perchè, mentre di solito la posizione di parte nel processo è naturalmente assunta da chi ha un interesse sostanziale da

---

(1) Cfr. CARNELUTTI, in « Riv. dir. proc. civ. », 1937, II, 239.

difendere nel rapporto controverso, il p. m. è istituito per difendere non gli interessi che stanno in conflitto dentro quel rapporto, ma per vigilare, ponendosi al di sopra della mischia di questi interessi partigiani, l'interesse superiore e generico alla osservanza della legge. La sua posizione è dunque intermedia tra quella del giudice e quella delle parti private (1): agisce come una parte, ma per un interesse superiore a quello delle parti, cioè nell'interesse imparziale della giustizia (2).

Il p. m. come organo di legalità.

Se la difesa del diritto oggettivo è l'interesse pubblico preminente per il quale il p. m. partecipa al processo civile, sembrano inaccettabili tutte quelle dottrine che, sotto diversi punti di vista, rappresentano il p. m. come organo di *tutela sociale,* anzichè come organo di legalità, cioè come organo legittimato a far valere nel processo civile non il generico interesse all'osservanza del diritto oggettivo, ma interessi sostanziali di natura più ristretta e specifica ai quali corrisponderebbero veri e propri diritti soggettivi dello Stato, considerato come parte « in senso sostanziale » (3): dottrine che si ispirano ad un procedimento costruttivo molto simile a quello per il quale la funzione accusatoria del p. m. nel processo penale è stata considerata come esercizio di un vero e proprio diritto soggettivo dello Stato, il cosiddetto diritto soggettivo di punire. Ora non v'ha dubbio che in certi casi, che tra poco si accenneranno (§ 124 lett. b), il p. m. può esser chiamato eccezionalmente a far valere nel processo civile veri e propri diritti soggettivi in veste di sostituto; ma è altresì vero che la funzione caratteristica e generale del p. m. è quella di stare in giudizio non per la difesa dei diritti soggettivi appartenenti alle parti in causa (anche se parte in causa è la pubblica amministrazione) ma per promuovere l'osservanza dei concreti precetti del diritto oggettivo, senza direttamente curarsi degli interessi sostanziali che in esso trovano tutela (4). La ragione per la quale una parte della dot-

---

(1) Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni,* n. 197.

(2) Cfr. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici,* cit., pag. 40: « Fra tutti gli uffici giudiziari, il più arduo mi sembra quello del pubblico accusatore: il quale, come sostenitore dell'accusa, dovrebb'essere parziale al pari di un avvocato: e, come custode della legge dovrebb'essere imparziale al pari di un giudice.

« Avvocato senza passione, giudice senza imparzialità: questo è l'assurdo psicologico nel quale il pubblico ministero, se non ha squisito senso di equilibrio, rischia ad ogni istante di perdere per amor di serenità la generosa combattività del difensore, o per amore di polemica la spassionata oggettività del magistrato ».

(3) E' la tesi ultimamente sostenuta da ALLORIO, nello scritto più volte citato.

(4) In questo senso CRISTOFOLINI, scritto cit., pag. 319.

trina (1) si è indotta a vedere nel p. m. l'organo di tutela di veri e propri « diritti sostanziali pertinenti al patrimonio dello Stato » (2), corrispondenti ad interessi pubblici diversi dall'interesse generico alla osservanza del diritto oggettivo, è questa: che mentre l'interesse alla osservanza del diritto oggettivo dovrebbe esser sentito ugualmente in tutte le cause, qualunque ne sia la materia, i poteri di iniziativa del p. m. hanno il loro campo di esercizio soltanto in alcune categorie di cause, vertenti su rapporti sostanziali particolarmente determinati dalla legge (per es. nelle cause su rapporti matrimoniali). Da ciò potrebbe desumersi che il p. m. anzichè organo dell'osservanza della legge in generale, sia da considerarsi come custode di quegli interessi sociali che lo Stato riconnette a certi particolari rapporti (cosiddetti « indisponibili » o « attinenti all'ordine pubblico »: § 12 e § 60): in funzione dei quali, e non come fine a sè stessa, l'osservanza del diritto oggettivo assumerebbe quella tal rilevanza pubblica che ha fatto sentire il bisogno di affidarne la custodia a un apposito organo agente.

Ma questa osservazione non sembra decisiva. Come già si spiegò (§ 12) ogni norma giuridica coinvolge ugualmente il pubblico interesse e di conseguenza sussiste sempre, in ogni processo, l'interesse pubblico al rispetto del diritto oggettivo; ma mentre lo Stato sa che quando si tratta di norme giuridiche regolanti rapporti *disponibili,* per garantirne l'osservanza è di regola sufficiente stimolo l'interesse individuale (perchè se questo stimolo non si fa vivo, si deve ritenere che il diritto soggettivo non si senta insodisfatto, e che quindi il diritto oggettivo non sia violato), lo Stato sa altresì che quando si tratta di rapporti *indisponibili* che non possono essere modificati dalla sola volontà degli interessati senza concorso del giudice (§ 17), la inerzia o la iniziativa delle parti può essere preordinata, anzichè a garantire l'osservanza del diritto, a frodare la legge: sicchè è necessaria in questi casi la partecipazione al processo di un organo pubblico che supplisca o controlli la inerzia o la attività collusiva delle parti. Ma non si può concludere da ciò che solo in questi casi l'osservanza del diritto oggettivo sia sentita dallo Stato come un interesse pubblico; si deve dire piuttosto che solo in questi casi lo Stato sente la necessità di istituire un organo apposito a tutela di questo interesse, perchè nelle cause su rapporti disponibili tale interesse è sufficientemente garantito dalla iniziativa delle parti private. La teoria, che ha qualche parte di

Interesse pubblico alla osservanza della legge nei processi su diritti indisponibili.

---

(1) Cfr. anche, in senso in parte diverso dalla conclusione a cui si arriva in queste *Istituzioni,* CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio,* in « Studi », II, pag. 321.

(2) L'espressione è di ALLORIO, scritto cit., pag. 25.

vero, secondo la quale il p. m. si dovrebbe definire come l'organo « preposto alla tutela degli interessi indisponibili » (1) va dunque, a mio avviso, rettificata in questo senso: che il p. m. è l'organo incaricato di vegliare all'osservanza del diritto oggettivo, in tutti quei casi in cui la iniziativa degli interessati non è sufficiente garanzia di tale osservanza: il che accade in generale in tutte le cause su rapporti indisponibili, ma può accadere anche, eccezionalmente, in cause su rapporti disponibili, come si rileva dall'ultimo comma dell'art. 70, secondo il quale il p. m. può intervenire, oltrechè nelle categorie di cause determinate dalla legge, « in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse » (cfr. § 125).

Parte in causa è dunque il p. m. e, attraverso di esso, lo Stato, ma in senso puramente processuale, non in senso sostanziale: organo di *legalità*, non organo di tutela sociale. L'unico interesse che muove lo Stato, impersonato nel p. m. a partecipare ai giudizi civili, è quello di controllare che sia osservata la legge in senso meramente oggettivo, non quello di far valere in causa, come materia del giudizio, diritti soggettivi o altri interessi d'ordine sociale, sui quali debba poi formarsi il giudicato (2). L'interesse pubblico a cui serve il p. m. è dunque, in ultima analisi, *lo stesso interesse a cui servono i giudici*: sicchè si può domandare se non sarebbe tecnicamente più coerente e politicamente più conveniente considerare il p. m. come un organo giudiziario vero e proprio, e dargli una posizione organica e disciplinare corrispondente a questa sua funzione di *controllo della legalità*, che potrà svolgersi in maniera pienamente efficace solo quando saranno attribuite anche ad esso quelle stesse prerogative che garantiscono la indipendenza della magistratura giudicante. Se, nel sistema della legalità, la legge deve essere osservata all'infuori di ogni considerazione di ordine politico, non si capisce perchè l'organo tipicamente incaricato di promuover l'osservanza della legge possa esser lasciato in una posizione di subordinazione gerarchica, che tende a far di esso uno strumento di ingerenza della politica nella giustizia.

Contraddizione tra la funzione del p. m. e la sua funzione organica.

Il p. m. è dunque parte nel processo civile, ma si distingue nettamente dalle « parti private » (tra le quali rientra anche la pubblica amministrazione attiva, quand'è parte in causa), perchè sta in causa per far valere non diritti soggettivi dello Stato o interessi amministrativi che siano materia della decisione, ma soltanto, come « parte pubblica », l'interesse generalissimo, e superiore agli interessi dedotti in lite, al

---

(1) JAEGER, *Controversie individuali del lavoro*, 3ª ediz., Padova, 1932, pag. 229 e segg.; e su di essa D'AMELIO, *Comm.*, cit., pagg. 339-340.

(2) CRISTOFOLINI, scritto cit.

mantenimento della legalità (1). E se si vuol dire che il p. m. nel processo civile rappresenta lo Stato, si deve però intendere ben chiaramente che lo Stato rappresentato dal p. m. non è solo lo Stato amministratore, cioè la pubblica amministrazione che, quando sta in giudizio perchè vi si tratta un rapporto giuridico in cui essa è interessata, è soggetta, come ogni altra parte in causa, all'autorità del giudicato e alle conseguenze processuali della soccombenza (onere delle spese, art. 90), ma è lo Stato legislatore (2), che partecipa al giudizio unicamente a tutela del diritto oggettivo, e che come tale, essendo estraneo al rapporto giuridico controverso, non è soggetto al giudicato che si forma *inter partes* (3) su quel rapporto e non può essere soggetto come parte soccombente alla responsabilità per le spese processuali; perchè il p. m., che sta in causa per dare impulso alla difesa della legalità, raggiunge in ogni caso il suo scopo col mettere in moto la funzione dell'organo giurisdizionale e non può mai, qualunque sia la sua decisione, rimaner soccombente, nel senso in cui rimangono soccombenti le parti private (4).

§ 124. — Il p. m. agente nel processo civile.

I poteri di iniziativa demandati al p. m. mirano, come già si è detto, a eliminare due inconvenienti che sono inerenti al processo civile basato sul principio dispositivo: il pericolo della *inerzia*, e il pericolo della *collusione* delle parti private. Contro la inerzia delle parti

ART. 75. ORD. GIUD.

---

(1) Nè mi pare che si possa argomentare come fa l'Allorio, scritto cit., pag. 20-21, da quelle disposizioni del t. u. sulla corte dei conti, 12 luglio 1934, n. 1214, secondo le quali (art. 45 e 63) nei giudizi in materia di responsabilità contabile e di pensioni, il p. m. fa valere interessi dello Stato di natura patrimoniale: non si può da queste disposizioni proprie di un procedimento speciale trarre un criterio generale per definire l'istituto del p.m. nel processo civile ordinario.

(2) Cristofolini, scritto cit., n. 8, pag. 24 dell'estratto.

(3) Cristofolini, scritto cit.

(4) E' dibattuto se il p. m., quando è legittimato ad impugnare una sentenza civile (cfr. oltre, nel testo, § 124 *d*), possa impugnarla nonostante che essa sia conforme alle sue conclusioni, o se invece sia necessaria anche per esso, come per le parti private, la condizione della soccombenza (cfr. Cristofolini, scritto cit., n. 9; Allorio, scritto cit., pag. 46-47). E' altresì controverso se il p. m. che partecipa al processo civile possa esser condannato nelle spese (cfr. in senso negativo, Cristofolini, scritto cit., n. 9, e, per il nuovo Codice, D'Amelio, op. cit., pag. 343, nota 6; in senso affermativo Chiovenda, *La condanna nelle spese*, 2ª ediz., pag. 207-210, e, per il nuovo Codice, Andrioli, *Comm.*, I, all'art. 69, IV; Allorio, scritto cit., pag. 45).

private è istituito il p. m. *agente*, di cui si parla nel presente § 124; contro la loro *collusione* è istituito il p. m. *interveniente*, di cui si parlerà nel seguente § 125. Queste due funzioni del p. m. sono distintamente menzionate dall'articolo 75 Ord. giud., secondo il quale « il « pubblico ministero esercita l'azione civile ed interviene nei processi « nei casi stabiliti dalla legge ».

Lo Stato lascia all'attività individuale il compito di stimolare la funzione giurisdizionale (azione civile privata, § 38), perchè sa che normalmente, quando all'inosservanza del diritto oggettivo si accompagna la lesione di un diritto soggettivo, dall'interesse individuale, che aspira al proprio sodisfacimento, viene la spinta che mette in moto gli organi giurisdizionali e che porta insieme, nello stesso momento in cui il diritto soggettivo è sodisfatto, a ristabilire la osservanza della legalità. Ma vi possono essere casi in cui, quantunque il diritto oggettivo sia stato violato e si sia creata una situazione di fatto contraria alla legalità, i privati che potrebbero agire per la reintegrazione del diritto violato preferiscano rimanere inerti e non far nulla per modificare questa situazione illegale: si pensi, per esempio, al caso di un matrimonio annullabile (perchè contratto con violazione degli art. 84, 86, 87, 88 C. c.; cfr. art. 117 stesso Codice), il quale, nonostante il vizio che lo inquina, potrebbe rimanere in piedi, perchè nè gli sposi, nè gli ascedenti nè altri legittimati hanno in concreto interesse ad impugnarlo. In tal caso la legittimazione ad agire riconosciuta al p. m. per impugnare il matrimonio viziato (art. 117) serve di supplemento e di correttivo alla inerzia dei privati. Di solito nel provvedimento giurisdizionale trovano tutela in un punto l'interesse individuale alla sodisfazione del diritto soggettivo e quella generale alla osservanza del diritto oggettivo: sicchè il primo viene utilizzato dallo Stato come strumento, e quasi si potrebbe dire come veicolo, del secondo. Ma se la forza motrice dell'interesse privato si arresta, lo Stato procede con mezzi propri e per conto suo a tutelare in giudizio la legalità, considerata come fine a sè stessa: e organo di questa iniziativa pubblica suppletiva, che prende il posto della mancante iniziativa privata, è appunto il p. m. agente.

ART. 69 C. P. C.

Del p. m. agente nel processo civile parla in termini generali (cfr. il già ricordato art. 75 Ord. giud.) l'art. 69 del C. p. c. secondo il quale « il pubblico ministero esercita l'azione civile nei casi stabiliti « dalla legge ». Questo potere suppletivo di azione dato al p. m. non è dunque riconosciuto in maniera generica e illimitata; ma è ristretto ai soli casi « stabiliti dalla legge », e non può essere esercitato all'infuori dei casi tassativamente previsti con speciali disposizioni, che in massima parte si trovano contenute nel Codice civile e in altre leggi non processuali.

a) - Prima di esaminare le più tipiche tra queste disposizioni (1), giova rilevare che i poteri di iniziativa riconosciuti al p. m. in materia civile sono preordinati in molti casi a provocare dagli organi giurisdizionali non provvedimenti giurisdizionali, ma provvedimenti di giurisdizione volontaria che, come sappiamo (§ 23), hanno natura sostanzialmente amministrativa (es. provvedimenti per la decadenza dei genitori dalla patria potestà, art. 330 C.c.; o contro la condotta del genitore pregiudizievole agli interessi del figlio, art. 333; provvedimenti circa la cura dell'adottato in caso di cessazione della patria potestà dell'adottante, art. 303; revoca dell'adozione per indegnità dell'adottante, art. 307). In tali casi il p. m. deve essere considerato non più come un organo di legalità, ma come un organo suppletivo di tutela sociale, cioè di tutela di quegli stessi interessi ai quali serve la giurisdizione volontaria: ed è proprio a questi casi che principalmente si riferisce l'art. 73 dell'Ord. giud. quando tra le attribuzioni del p. m. considera (accanto a quella di vegliare « alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia », che è funzione di mera legalità, preordinata all'esercizio della giurisdizione), quella di vegliare alla tutela « dei diritti ... delle persone giuridiche e delle persone incapaci », che è funzione sociale, colla quale lo Stato interviene nella amministrazione del diritto privato. Quanto si è detto precedentemente (§ 123) e si dirà in seguito a proposito della posizione del p. m. parte in causa, si deve intendere dunque riferito ai casi in cui egli partecipa a un vero e proprio processo civile (contenzioso), nel quale l'interesse pubblico che muove gli organi giurisdizionali è unicamente quello di garantire l'osservanza del diritto oggettivo; mentre la posizione del p. m. nei procedimenti di volontaria giurisdizione sta a sè e sarà studiata a suo tempo in relazione ad essi.

Il p. m. organo della giurisdizione volontaria.

Non è sempre facile stabilire se i provvedimenti, a provocare i quali è legittimato il p. m., siano classificabili tra i provvedimenti giurisdizionali (contenziosi) ovvero tra quelli di giurisdizione volontaria (casi che possono lasciar qualche dubbio sono quelli dell'art. 23 C. c., annullamento e sospensione delle deliberazioni delle assemblee delle associazioni contrarie alle leggi; degli art. 48, 50, 67 C. c., nomina di un curatore allo scomparso, immissione nel possesso temporaneo dei beni, dichiarazione di esistenza o accertamento della morte della persona di cui è stata dichiarata la morte presunta; dell'art. 735 C. p. c., sostituzione dell'amministratore del patrimonio familiare; dell'art. 165

Casi dubbi.

---

(1) Per una accurata enumerazione di esse, cfr. CRISTOFOLINI, scritto cit., n. 8; D'AMELIO, scritto cit., n. 8, pag. 341; ALLORIO, scritto cit., pag. 24 dell'estratto.

r. decr. 9 luglio 1939 n. 1238, rettificazione degli atti dello stato civile; dell'art. 848 C. c., annullamento degli atti di frazionamento della minima unità culturale; dell'art. 754 C. p. c., apposizione dei sigilli, ecc.) (1). Ma numerosi sono i casi (e sempre più numerosi diventano via via che si allarga nel diritto sostanziale il campo dei rapporti cosiddetti « indisponibili » o « attinenti all'ordine pubblico »: cfr. § 38 e § 60) in cui i poteri di impulso del p. m. son conferiti per essere esercitati nel processo contenzioso: ed è più propriamente in questi casi che si parla del p. m. « agente », di « azione » e di « legittimazione ad agire » del p. m. (cfr. in proposito rel. GRANDI, n. 14).

b) - In questo gruppo di casi in cui più propriamente si può dire che il p. m. « esercita l'azione civile » (art. 69) bisogna fare però una ulteriore distinzione.

Rientrano infatti in questo gruppo alcuni casi in cui l'azione del p. m., pur essendo destinata a supplire alla inerzia delle parti private, non mira, o non mira soltanto, a garantire il rispetto della legalità oggettiva, ma tende in prima linea a far valere il diritto soggettivo della parte inerte, nell'interesse individuale di questa. Tale è il caso previsto dall'art. 105 C. p. p., secondo il quale « l'azione civile nel procedimento penale può essere esercitata dal p. m. *nell'interesse del danneggiato,* quando questi è incapace per infermità di mente o per età minore di far valere i propri diritti e non vi è chi lo rappresenti »; tale è il caso regolato dall'art. 24 del r. decr. l. 7 novembre 1925 n. 1950 sul diritto d'autore, secondo il quale l'azione che ha l'autore, a norma dell'art. 16 della stessa legge, per difendere la paternità e la integrità della sua opera, può esser fatta valere dopo la sua morte dal coniuge o dai parenti, e quando queste persone manchino « *ovvero omettano di far valere il diritto,* l'azione può esser fatta valere dal pubblico ministero »; e nella stessa categoria si può far rientrare l'articolo 167 del r. decr. 9 luglio 1939 n. 1238 sullo stato civile, secondo il quale il p. m. può promuovere la rettificazione degli atti dello stato civile nell'interesse di persone povere. In questi varî esempi l'azione del p. m. serve sì, mediatamente, all'interesse pubblico della reintegrazione del diritto oggettivo; ma serve altresì all'interesse individuale delle persone cui spetta il diritto soggettivo che, se il p. m. non agisse in loro vece, rimarrebbe insodisfatto per la loro incapacità o la loro inerzia. La figura che subito viene in mente per qualificare la posizione del p. m. *in questi casi* è quella della sostituzione processuale:

Il p. m. agente come sostituto processuale.

---

(1) Sulla partecipazione del p. m. ai procedimenti di volontaria giurisdizione, cfr. D'AMELIO, *op. cit.*, n. 6 a pag. 353; ALLORIO, scritto cit., pag. 25; CARNELUTTI, *Istituzioni,* n. 198.

e infatti la dottrina, anche quella che ritiene tale qualificazione inapplicabile in generale al p. m. agente (1), è quasi unanime nell'accettarla per questo ristretto gruppo di casi (cfr. retro, § 37 *b*; § 38). Ci troviamo infatti qui difronte al fenomeno, che è tipico della sostituzione processuale, di un vero e proprio diritto soggettivo individuale che è fatto valere in giudizio non dalla persona che ne è titolare, ma da una persona diversa (qui da un organo pubblico) che agisce in nome proprio (qui in nome dello Stato) per far decidere sul diritto altrui: ma, mentre nei casi di sostituzione processuale privata che a suo tempo si sono studiati (§ 116) il sostituto è legittimato a far valere in giudizio il diritto altrui perchè attraverso il sodisfacimento di questo viene a sodisfare un interesse individuale suo proprio, in questa sostituzione processuale del p. m. l'interesse che legittima il p. m. a far valere il diritto altrui è un interesse pubblico, cioè l'interesse che lo Stato ha, sostituendosi al privato nell'esercizio del suo diritto, a ottenere, attraverso la sodisfazione del diritto soggettivo del sostituto, la restaurazione del diritto oggettivo.

In questi casi dunque, attraverso la sostituzione processuale del p. m., il diritto soggettivo perde il suo carattere di disponibilità, nel senso che l'esercizio di esso non è più rimesso alla libera discrezionalità del suo titolare: anche se il privato non vuole esercitarlo, lo Stato lo fa valere per lui. E' un fenomeno, questo, la cui portata si può cogliere nel suo pieno sviluppo in ordinamenti di altri Stati in cui è molto più diffusa che nel nostro la permeazione dell'interesse pubblico nel campo del diritto privato, anche patrimoniale: per es. nell'ordinamento sovietico russo (2), in cui il creditore non è libero di lasciare insodisfatto il suo diritto di credito, perchè, se il creditore rimane inerte, il p. m. agisce per lui contro il debitore, e se il creditore continua a rimanere assente, il provento della condanna è incamerato dallo Stato.

Il p. m. agente come organo di legalità.

c) - Non si può invece far rientrare nella figura della sostituzione processuale l'azione del p. m. quando è esercitata non per far valere un diritto soggettivo individuale supplendo alla inattività del titolare, ma unicamente per fare osservare il diritto oggettivo, indipendentemente da ogni tutela di interessi individuali e magari in contrasto con essi.

Gli esempi più caratteristici di questa legittimazione non sostitutiva ma *principale* del p. m. (§ 38), nella quale pienamente si manifesta la sua funzione di tutore della legalità, si trovano nel campo del diritto

---

(1) Cfr. ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 222; ALLORIO, scritto cit., pagina 28.

(2) CALAMANDREI, *Rassegna di legislazione*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1942, I.

matrimoniale; in cui il p. m., per impedire la violazione di norme attinenti all'ordine pubblico o per ristabilirne l'osservanza col fare annullare ciò che è stato fatto in violazione di esse, è legittimato a fare opposizione al matrimonio se sa che vi osta un impedimento o se gli consta l'infermità di mente di uno degli sposi (art. 102 C. c.), o ad impugnare il matrimonio già celebrato nei casi in cui sia stato contratto in violazione della legge (art. 117 C. c.). Qui la legittimazione del p. m. non è esclusiva, nel senso che la stessa azione per opposizione o per annullamento può essere esercitata da altri legittimati (legittimazione *per categoria,* § 37, *b*); ma tuttavia è autonoma e non sostitutiva, nel senso che il p. m. può esercitarla, non in vece degli altri legittimati, ma alla pari ed in concorso con essi. Più volte, nel nostro Corso, ci siamo trovati di fronte a queste figure di legittimazione *anomala,* riconosciuta, anzichè alle persone direttamente partecipi del rapporto controverso, a tutti indistintamente i terzi appartenenti a una certa categoria familiare o sociale; ciascuno dei quali può, nell'agire o nel contraddire, tenere il posto dell'altro (§ 37, *b;* § 38; § 111, I, 3; § 112, *b;* § 116) (1). La legittimazione del p. m., che negli esempi sopra ricordati è *concorrente* con quella degli altri legittimati per categoria, non si può considerare come un caso di sostituzione processuale perchè qui non vi è un diritto soggettivo appartenente a uno dei soggetti del rapporto sostanziale, che il p. m., sostituendosi al titolare, faccia valere contro l'altro soggetto dello stesso rapporto (cioè, qui, un diritto soggettivo di uno degli sposi da farsi valere contro l'altro), ma vi è semplicemente una situazione di illegalità oggettiva (§ 37, *a*) che il p. m. tende a far cessare nell'interesse pubblico, mettendosi eventualmente in contrasto coll'interesse individuale di tutt'e due i soggetti del rapporto matrimoniale controverso (2). Il p. m. è qui legittimato ad agire non per far valere un diritto soggettivo altrui, ma unicamente per far osservare il diritto oggettivo: e nell'esercizio di questa azione (che è *mera azione,* scompagnata da qualsiasi diritto soggettivo sostanziale) non si può neanche considerare il p. m. come sostituto degli altri legittimati per categoria (per es. dei congiunti degli sposi), perchè l'azione che egli esercita gli è attribuita direttamente dalla legge, *iure proprio* si potrebbe dire, e non come esercizio supplementare di un diritto che altri avrebbe potuto esercitare a titolo principale prima di lui. La legittimazione del p. m. ha sempre, come si è detto, carattere genericamente suppletivo, nel senso che la legge attribuisce a questo organo poteri di iniziativa giurisdizionale quando

Legittimazione principale del p. m.; esempi.

(1) Cfr. Andrioli, in « Foro it. », 1933, I, 1030-1039.

(2) Cfr. Cristofolini, scritto cit., n. 8, pag. 22 dell'estratto; Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, pag. 222.

vuol cautelarsi contro il pericolo che gli altri legittimati rimangano inattivi; ma questo non significa che il p. m. per poter agire debba attendere che sia accertato in concreto che gli altri non hanno voluto agire, e che possa muoversi soltanto in un secondo momento in sostituzione di coloro che in un primo momento sarebbero stati i titolari principali dell'azione. In realtà, si ripete, il p. m. può prendere la iniziativa senza curarsi degli altri legittimati, come può fare ciascuno di essi, che la legge, per fare osservare il diritto oggettivo considera tutti fungibili ed equivalenti.

Il p. m. agente in materia corporativa.

d) Una figura a sè può assumere l'azione del p. m. in materia corporativa (cfr. art. 73 ultimo comma Ord. giud.).

Secondo l'art. 68 del r. decr. 1° luglio 1926 n. 1130, di regola, « l'azione per le controversie relative ai rapporti collettivi del lavoro « è esercitata dalle associazioni legalmente riconosciute di primo grado « e di grado inferiore ». Ma « quando l'interesse pubblico lo esiga, l'azione può essere esercitata anche dal pubblico ministero ». Questa ultima disposizione non è passata testualmente nell'art. 411 del C. p. c., nel quale tra i legittimati ad agire nelle controversie collettive non si trova menzionato il p. m.; ma si tratta probabilmente di una svista perchè il successivo art. 414, n. 2 prevede come possibile la proposizione della domanda da parte del p. m. (1).

ART. 411 E 414 C. P. C.

In questo caso dunque il p. m., quando gli risulti che è sorto tra due associazioni sindacali un conflitto collettivo e che nessuna di esse prenda l'iniziativa di provocare il giudizio della magistratura del lavoro, è legittimato, per far risolvere la controversia, a chiamare in giudizio le due associazioni in conflitto, affinchè la magistratura del lavoro decida nel loro confronto come deve essere applicato il contratto collettivo o l'accordo economico collettivo controverso, ovvero formuli secondo equità le nuove condizioni di lavoro (art. 409).

L'interesse pubblico che qui muove il p. m. non si può dire che sia in ogni caso l'interesse all'osservanza della legge, perchè nei casi in cui il conflitto collettivo verte sulla formulazione di nuove condizioni del lavoro, non esiste ancora una norma giuridica da far osservare, ma esiste solo l'interesse pubblico a che sia formulata una norma giuridica nuova, per risolvere tra le due associazioni un conflitto che ha per ora natura meramente economica.

La posizione del p. m. dev'essere dunque messa in relazione con quello speciale potere normativo che ha la magistratura del lavoro quando stabilisce, in forma di sentenza, nuove condizioni di lavoro aventi la natura sostanziale di norme giuridiche generali ed astratte (§ 26). Il potere di iniziativa riconosciuto al p. m. non mira dunque

(1) Cfr. ANDRIOLI, *Comm.* all'art. 411, n. 1.

qui tanto al mantenimento della legalità già esistente, quanto alla creazione di una nuova legalità: è stimolo all'esercizio non della funzione giurisdizionale, ma di quella funzione normativa che la magistratura del lavoro esercita in forma giudiziaria.

Legittimazione successiva del p. m. agente.

e) La legittimazione ad agire del p. m. che nei casi visti finora è *iniziale*, nel senso che essa si esercita per dare inizio al processo, in altri casi è *successiva* (1), nel senso che essa serve a impedire che si estingua, o a continuare nelle fasi di impugnazione un processo iniziato da altri legittimati.

Il primo caso si verifica nel processo per controversie collettive in materia corporativa, nel quale (art. 429 C. p. c.) « il p. m. può sempre « impedire l'estinzione del processo per rinuncia o mancanza di com- « parizione delle parti, facendo istanza di prosecuzione di esso in con- « tumacia o in assenza delle parti stesse ».

ART. 429.

In quanto alla legittimazione del p. m. nei giudizi di impugnazione, questa gli spetta sempre in generale nei processi da lui stesso iniziati (art. 69), nei quali esso può sperimentare tutti i mezzi di impugnazione a cui son legittimate le altre parti; e gli spetta altresì, in maniera del pari generale, quando « interviene nelle cause che avrebbe potuto proporre » cioè nelle cause che egli avrebbe potuto iniziare come attore, ma nelle quali, essendo state iniziate da altro legittimato, il p. m. ha dovuto limitarsi ad intervenire (art. 72 primo comma: cfr. art. 718 e 720: retro, § 112, *b*). Invece negli altri casi di intervento previsti dall'art. 70, il p. m. « non può proporre impugnazioni contro le sentenze » (art. 72 secondo comma) se non quando la legge, con speciali disposizioni, glielo consenta (revocazione nel caso previsto dall'art. 397; ricorso per cassazione « nell'interesse della legge », articolo 363; ricorso in cassazione nelle controversie collettive in materia corporativa, art. 426) (2). Di queste varie disposizioni si parlerà a suo tempo, quando si studierà il sistema dei mezzi di impugnazione.

ART. 72.

ART. 363, 397, 426.

§ 125 — Il p. m. interveniente nel processo civile (3).

1 - Come il p. m. agente è istituito per supplire alla possibile inattività iniziale degli altri legittimati ad agire così il p. m. interveniente

---

(1) Questa terminologia è del Carnelutti, *Istituzioni*, n. 199.

(2) La disposizione dell'art. 426 che legittima il p. m. a ricorrere in cassazione nelle controversie collettive è in realtà superflua, perchè, dato che il p. m. è qui legittimato ad agire (art. 415 n. 2), la legittimazione a proporre impugnazione deriverebbe ugualmente, anche senza l'art. 426, dal primo comma dell'art. 72.

(3) Cfr. Zanzucchi, *Dir. proc. civ.*, I, n. 40, pag. 223 e segg.; Carnelutti, *Istituzioni*, n. 200; D'Amelio, *Comm.*, pag. 345 e segg.

ART. 70-72 C. P. C.

(art. 70-72 C. p. c.: cfr. art. 75 Ord. giud., art. 2-3 D. a.) è istituito per supplire, nel corso del processo già iniziato, alla deficiente o collusiva attività istruttoria delle altre parti. In un processo, concepibile in teoria, in cui fosse incondizionatamente riconosciuto al giudice il potere ufficiale di procedere e di inquisire senza domanda di parte, non vi sarebbe bisogno di un organo di impulso, qual è il p. m. agente o interveniente: solo in un processo com'è il nostro in cui il giudice non può inizialmente procedere d'ufficio (*nemo iudex sine actore*) nè può nel corso del processo indagare fuori dei limiti costituiti dalle domande delle parti (*ne eat iudex ultra petita partium*) (§ 59), c'è bisogno di un organo complementare del giudice, qual è il p. m. creato per correggere o attenuare, nei casi in cui l'interesse pubblico lo reclama, la istituzionale passività del giudice che, per conservare intatta la sua imparzialità, non può muoversi se non quando altri lo stimoli (§ 31). Come il p. m. agente è istituito per mettere l'interesse pubblico al riparo dagli inconvenienti che potrebbero derivare da una rigida applicazione del principio « *nemo iudex sine actore* », quando la legittimazione ad agire fosse riconosciuta soltanto ai privati, così il p. m. interveniente è istituito per salvaguardare l'interesse pubblico dai pericoli di una intransigente osservanza della regola « *ne eat iudex ultra petita partium* », « *iudex secundum allegata et probata decidere debet* », quando i poteri di iniziativa istruttoria fossero interamente demandati alle parti private.

Questo è il profilo sotto il quale va considerata la figura del p. m. interveniente nel processo civile; ad illustrare la quale crediamo di non poter far di meglio che riportare qui un passo molto significativo della relazione GRANDI (n. 14) nella quale si mette in evidenza la ragione fondamentale per la quale la nuova codificazione ha ampliato e precisato nel processo civile le funzioni del p. m. nelle due figure dell'agente e dell'interveniente. Dopo aver rilevato come nella nuova legislazione sostanziale si sia accresciuto il numero dei « rapporti giuridici non disponibili o, come tradizionalmente si dice, attinenti all'ordine pubblico » la relazione continua osservando che nelle cause attinenti a questi rapporti « bisogna veramente che il processo sia, in larga misura, svincolato dall'iniziativa delle parti, se non si vuol che l'autonomia individuale, limitata o soppressa dalle leggi sostanziali, risorga dalle proprie ceneri attraverso il processo ». Ma anche qui, nell'adottare il sistema inquisitorio, il nuovo Codice ha avuto cura di disciplinarlo in modo da non menomare con esso la virtù più preziosa del giudice, che deve essere in tutti i processi, anche in quelli su cause attinenti all'ordine pubblico, la imparzialità. In verità, la concezione tradizionale secondo la quale il giudice si rappresenta come istituzionalmente inerte e sprovvisto di ogni potere di iniziativa, può

Il p. m. interveniente come organo di iniziativa istruttoria.

aver la sua parte di saggezza, in quanto assai spesso il domandare è psicologicamente incompatibile col giudicare, e l'accrescere oltre misura i poteri di iniziativa del giudicante può indurlo a prender partito prima di aver giudicato e a trasformarsi da giudice sereno in appassionato difensore di una tesi già scelta in anticipo. Per queste considerazioni anche nel processo penale la funzione dell'accusare è affidata a un organo distinto dal giudice; e per considerazioni non diverse anche nei processi civili a tipo inquisitorio si è rispettato il principio « *ne procedat iudex ex officio* », nel senso che, quando l'interesse pubblico reclama che l'esercizio dell'azione sia svincolato dall'iniziativa privata, il potere di agire sia affidato non al giudice, ma ad un organo appositamente creato per agire, che è il pubblico ministero (art. 69).

« Questa opportunità psicologica di non intorbidare la serenità del giudice col fornirlo di poteri di iniziativa più confacenti alla funzione della parte o del difensore, si è rispettata anche nel campo delle prove; per la deduzione delle quali si è preferito, anche nel processo a tipo inquisitorio, aumentare i poteri del pubblico ministero anzichè quelli del giudice. A tale scopo si è notevolmente accresciuto nel nuovo Codice il novero delle cause nelle quali è reso obbligatorio l'intervento del p. m. (art. 70); ma più che tale aumento è significativo l'accrescimento dei poteri istruttorî conferiti in tali casi al p. m. interveniente, il quale non si limiterà più, come avveniva in passato, a presentare platoniche conclusioni, ma potrà, purchè nei limiti del *petitum* proposto dalle parti, appoggiarle con produzione di documenti e richieste di prove, in modo da contribuire praticamente all'accertamento della verità e alla lotta contro le frodi processuali... Così al p. m. è affidato, in modo sempre più pieno ed efficace, l'ufficio di integrare l'opera del giudice coll'esercizio di quei poteri attivi che non potrebbero essere conferiti direttamente al giudice senza snaturarne la funzione, basata sulla necessaria distinzione psicologica tra l'agire e il giudicare, tra la proposizione del tema da decidere e la sua decisione ».

Da questo passo della relazione ministeriale la posizione del p. m. interveniente nel processo civile resta definitivamente chiarita nella sua vera natura: esso è un organo di iniziativa istruttoria, istituito nell'interesse pubblico per svincolare il giudice dalla stretta osservanza del principio dispositivo, e per permettergli di allargare le sue indagini al di là dai confini segnati dagli « *allegata et probata partium* »; esso collabora così attivamente alla raccolta del materiale istruttorio per aiutare il giudice all'accertamento della verità. Sotto l'impero del Codice precedente, quando si riteneva, in mancanza di precise disposizioni di legge, che il p. m. interveniente per concludere nel processo civile dovesse limitarsi a esporre nelle sue conclusioni un semplice

Il p. m. concludente sotto il vecchio Codice.

parere, senza poterlo appoggiare con richieste di mezzi istruttorî (1), il p. m. concludente poteva apparire come un inutile duplicato del giudice (qualcuno disse argutamente che il p. m. era « per il giudice qualche cosa di molto simile allo specchio ») (2). Sembrava infatti che, se il p. m. non per altro stava nel processo che per manifestare, non nell'interesse di una o dell'altra parte ma nell'interesse pubblico, la sua opinione sul modo con cui la legge doveva essere interpretata ed applicata al caso, esso non facesse niente di diverso da quello che deve fare il magistrato giudicante, il quale appunto ha l'ufficio di decidere imparzialmente, applicando la legge nell'interesse della giustizia: nè si capiva bene quale contributo pratico alla esatta decisione della causa potesse derivare da questa specie di consulenza ufficiale sulla *quaestio iuris,* affidata a un magistrato giurista presso un collegio di magistrati giuristi che di diritto ne sapevano quanto lui e che per interpretar bene la legge non avevano alcun bisogno del suo parere!

Data questa apparente duplicazione di funzioni che si scorgeva tra il magistrato e il p. m. concludente quando si voleva limitare l'ufficio di questo alla semplice manifestazione di un parere sulla *quaestio iuris,* si può anche spiegare come qualcuno (3) abbia potuto sostenere, tanto per differenziare il p. m. dal giudice e per trovargli una ragion d'essere sua propria, la bizzarra tesi secondo la quale il p. m. concludente, organo del potere esecutivo distaccato presso l'autorità giudiziaria, dovrebbe considerarsi come un perito non tanto giuridico, quanto *politico,* posto accanto al giudice per suggerirgli la interpretazione della legge più conveniente alle mutate esigenze sociali, in ossequio a quei criteri evolutivi o addirittura innovativi che il p. m. meglio del giudice sarebbe in grado di conoscere attraverso il contatto col potere esecutivo da cui esso dipende: il che significa, in altre parole, che il p. m. sarebbe il portavoce della politica nella giustizia, una specie di Mefistofele politico incaricato di soffiare nell'orecchio del giudice, ingenuamente ossequiente alla legge, che la vera interpretazione da dare alla legge è quella che corrisponde volta per volta alle mutevoli esigenze del governo. Questa tesi non ha bisogno di confutazione, tanto essa è repugnante a quel sistema della legalità per il quale il giudice ha il dovere di applicare la legge qual essa è e di respingere ogni tentativo di inframmettenza politica nell'esercizio della giustizia: il p. m.

Opinione che lo considerava come « perito politico ».

---

(1) Cfr. Redenti, *Profili,* n. 164, pag. 294; ma già sotto il vecchio Codice il Chiovenda, *Istituzioni,* II, pag. 79, insegnava il contrario.

(2) Cristofolini, scritto cit., pag. 51.

(3) Biondi P., *Del pubblico ministero nel processo civile,* I, (Padova, 1931); cfr. anche i suoi scritti in « Temi Emiliana », 1929, 538; in « Riv. dir. proc. civ. », 1930, I, 297, e II, 149.

che ha come suo ufficio istituzionale quello di difendere la legalità cioè di « vegliare all'osservanza delle leggi » si troverebbe trasformato, com'è stato giustamente osservato (1), nientemeno che in un « araldo del diritto libero », cioè in un organo di quel sistema « della giustizia del caso singolo » che, come si dimostrò, rappresenta la negazione del sistema della legalità!

Ma, ripetiamo, la enunciazione di questa aberrante teoria, la quale dev'essere considerata anch'essa come un sintomo di quella pericolosa crisi della legalità che in Italia per fortuna ha trovato nella tradizione romana il più energico freno, è stata resa possibile dalla incertezza con cui nel passato Codice era delineata la figura del p. m. concludente (art. 346 e 347 C. p. c. 1865; l. 28 novembre 1875, n. 2781). Il nuovo Codice, abbandonando la terminologia del vecchio Codice, che parlava soltanto di « conclusioni » del p. m., e qualificando decisamente la partecipazione del p. m. al processo civile come un « intervento », gli ha riconosciuto anche in questa sua figura la qualità di parte, e con essa i poteri che alle parti competono nella fase istruttoria; così il p. m., da semplice consulente legittimato a esporre soltanto una platonica opinione sulla *quaestio iuris*, è stato decisamente riconosciuto come un attivo collaboratore del giudice nella raccolta del materiale probatorio, e quindi nella decisione della *questio facti*.

2. - I poteri del p. m. interveniente sono diversi secondo la materia (causa) trattata nei processi in cui interviene.

Intervento del p. m. necessario e facoltativo.

Bisogna distinguere prima di tutto l'intervento del p. m. in due tipi: *necessario* e *facoltativo*. Vi sono certe cause, molto più numerose che nel vecchio Codice, nella trattazione delle quali « il p. m. *deve* intervenire »: quali esse siano è tassativamente stabilito dalla legge (art. 70 primo comma C. p. c., art. 75 Ord. giud.). In tutte le altre cause, non comprese nelle categorie indicate dalla legge, l'intervento del p. m. è semplicemente facoltativo: « può infine intervenire in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse ».

a) *Intervento necessario.*

L'intervento necessario del p. m. si distingue in due sottotipi: quello previsto dal n. 1 dell'art. 70 (« nelle cause che egli stesso potrebbe proporre »), e quello previsto in tutti gli altri numeri dello stesso articolo o in disposizioni diverse.

Intervento necessario del p. m. nelle cause che egli stesso potrebbe proporre.

L'intervento necessario del primo sottotipo è prescritto per tutte quelle cause nelle quali il p. m. sarebbe stato inizialmente legittimato ad agire (art. 69: cfr. § 124). Quando in una di queste cause l'iniziativa

(1) Candian, in « Temi emiliana », 1929, 571; Cristofolini, scritto cit., pag. 53; Allorio, scritto cit., pag. 37.

del processo è stata presa da un altro legittimato, il p. m. deve partecipare in veste di interveniente a quello stesso processo che, se egli non fosse stato prevenuto, avrebbe potuto iniziare come attore.

L'intervento necessario del secondo sottotipo riguarda, come si è detto, tutta una serie di cause che la legge specifica: in relazione alle quali il p. m., pur non essendo legittimato ad agire, deve tuttavia, quando il processo è stato iniziato da altri, partecipare come interveniente. I gruppi di cause nelle quali l'intervento del p. m. è necessario sono i seguenti (1):

Intervento necessario in altre cause.

ART. 70.

1) - « cause matrimoniali, comprese quelle di separazione personale dei coniugi » (art. 70 n. 2: cfr. art. 706 e segg. C. p. c.; art. 102 e segg., 117 e segg.; 126, art. 150 e segg. C. c.; ecc.);

2) - « cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone » (art. 70 n. 3: cfr. art. 48 e segg. C. c.; art. 244 e segg. C. c.; 269 e segg. C. c.; art. 288 e segg. C. c.; art. 305 e segg. C. c.; art. 336 C. c.; art. 414 e segg. C. c.; art. 712 e segg. C. p. c.; ecc.);

3) - cause collettive del lavoro (art. 70 n. 4: cfr. art. 409 e segg. C. p. c.) e cause individuali del lavoro in grado di appello (art. 429 e segg. C. p. c.);

4) - cause davanti alla corte di cassazione, in qualunque materia (art. 70, secondo comma: cfr. art. 375, 379 C. p. c.);

5) - « altri casi previsti dalla legge » (art. 70 n. 5), tra i quali si possono ricordare i processi sulla querela di falso (art. 221 C. p. c. ultimo comma); i processi per dare efficacia alle sentenze straniere (art. 796, art. 802 C. p. c. ultimo comma). Numerosi sono i casi di intervento necessario previsti da leggi speciali, che non possiamo qui particolarmente enumerare.

Differenza tra i due sottotipi di intervento necessario.

La differenza che passa tra i due sottotipi di intervento necessario non riguarda il grado della necessità, che è ugualmente assoluta per tutti e due, tanto che il mancato intervento del p. m. dà sempre luogo a nullità, rilevabile di ufficio, dell'intero processo (art. 70 cit.; cfr. art. 75 Ord. giud.; art. 132, 158, 161, 397 C. p. c.); ma riguarda la diversa misura dei poteri che nel processo può esercitare il p. m. interveniente. Infatti, se si tratta di intervento necessario del primo sotto-

---

(1) Si noti che in alcune di queste cause specificamente elencate dai nn. 2 e seguenti dell'art. 70, l'intervento sarebbe già obbligatorio in forza del n. 1 già ricordato, perchè si tratta di cause che il p. m. potrebbe egli stesso proporre (per es. tra le « cause matrimoniali », ricordate dal n. 1, rientra l'impugnazione del matrimonio, che può esser proposta dal p. m. agente, art. 117 C. civ.; e tra le cause riguardanti « la capacità delle persone » rientra l'interdizione, per la quale spetta anche al p. m. la legittimazione ad agire, art. 417 C. c.).

tipo (intervento nelle cause « che egli stesso potrebbe proporre »), il p. m. « ha gli stessi poteri che competono alle parti e li esercita nelle forme che la legge stabilisce per queste ultime » (art. 72 primo comma); se invece si tratta di intervento necessario del secondo sottotipo, in tutti gli altri casi ora passati in rassegna, « il p. m. può produrre « documenti, dedurre prove e prendere conclusioni nei limiti delle « domande proposte dalle parti, ma non può proporre impugnazioni « contro le sentenze, salvo che nel caso previsto nell'art. 397 » (art. 72 secondo comma; più limitati sono i poteri del p. m. concludente in cassazione, in armonia colla speciale natura di questo giudizio, che si vedrà a suo tempo). ART. 72.

La differenza attiene dunque non soltanto alle impugnazioni, alla cui proposizione il p. m. è legittimato soltanto quando interviene nelle cause « che egli stesso potrebbe proporre », mentre non vi è legittimato negli altri casi (salva però la speciale revocazione secondo l'articolo 397), ma altresì ai limiti entro i quali dev'essere contenuta la iniziativa istruttoria del p. m. Infatti, mentre nel primo caso il p. m. interveniente può allargare la materia del giudizio, introducendovi una nuova azione nella stessa misura in cui può farlo un interveniente principale (art. 104 primo comma: cfr. retro, § 111, I, 1), nel secondo caso il p. m. deve mantenersi « nei limiti delle domande proposte dalle parti », nel senso che può concludere per l'accoglimento o per il rigetto dell'una o dell'altra (o di tutt'e due, quando le parti sono concordi) e può a tale scopo dedurre mezzi di prova, ma non può allargare la materia del giudizio coll'introdurvi una azione diversa da quella già pendente tra le parti principali. Un esempio chiarirà la differenza: se il matrimonio è impugnato dall'ascendente di uno degli sposi (art. 117 C. civ.) per il motivo che uno di essi non ha compiuto l'età minima stabilita dall'art. 84 C. civ., il p. m., interveniente in questo giudizio che egli stesso avrebbe potuto proporre (art. 70, n. 1 C. p. c.), potrà nello stesso giudizio far valere una causa di impugnazione diversa da quella fatta valere dall'attore, sostenendo per es. che il matrimonio è nullo non solo perchè uno degli sposi non aveva raggiunto l'età prescritta, ma anche perchè l'altro è vincolato da precedente matrimonio (art. 86 C. civ.): così l'intervento del p. m. verrà ad ampliare la materia del contendere, in quanto servirà a far valere un'azione di impugnazione basata su un vizio (mancanza di libertà di stato) diverso da quello (mancanza di età) fatto valere dall'attore principale. Ma se il p. m. interviene in un processo che esso non avrebbe potuto inizialmente promuovere, per es. in un processo di separazione personale promosso dal marito contro la moglie per causa di adulterio, il p. m. interveniente in questo processo potrà concludere per l'accoglimento o per il rigetto di questa domanda e proporre a tale scopo *Esempi.*

tutte le prove che crederà opportune, ma non potrà introdurre nel processo, mancando di legittimazione ad agire autonoma, una nuova causa di separazione, come avverrebbe ad esempio, se chiedesse che la separazione sia pronunciata per causa di ingiurie gravi o di volontario abbandono (art. 152 C. c.). Anche in questo secondo caso però l'attività istruttoria del p. m. interveniente, pur non potendo spingersi ad allargare il dibattito a un'azione diversa da quella vertente *inter partes*, non trova limiti nè nei *probata* nè negli *allegata partium*: non soltanto infatti il p. m. può proporre per conto suo prove sugli stessi fatti che sono stati allegati dalle parti principali (e se le chiede in ritardo non ha bisogno della autorizzazione del giudice istruttore prescritta per le parti private dall'art. 184 C. p. c.: cfr. art. 2 secondo comma D. a.), ma può allegare fatti diversi purchè nei limiti della causa (se si tratta, ad es., di provar l'adulterio della moglie, il p. m. potrà allegare circostanze ignote e non dedotte dal marito, di cui il p. m. sia venuto a conoscenza attraverso informazioni della polizia).

b) - *Intervento facoltativo* (1).

In qualsiasi altro processo civile, vertente su materie diverse da quelle indicate nei cinque numeri dell'art. 70, il p. m. *può* intervenire (non *deve*), qualora vi ravvisi un pubblico interesse. Già sotto la legislazione precedente era riconosciuta al p. m. la facoltà di « parlare e concludere in tutti gli altri affari civili che si trattano nelle pubbliche udienze, ogni qualvolta lo ravvisi conveniente nell'interesse della giustizia » (art. 85 Ord. giud. 30 dic. 1923 n. 2786: cfr. art. 346 C. p. c. e art. 1 l. 28 novembre 1875 n. 2781); ma la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 70 del nuovo Codice ha una portata pratica assai più vasta, perchè, mentre secondo la legge precedente questa facoltà del p. m. si esauriva in un semplice parere dato nelle conclusioni all'udienza, il nuovo Codice estende anche a questo intervento facoltativo quel potere di allegare fatti, produrre documenti e dedurre prove, che, come già si è visto, dà al p. m. interveniente l'ufficio di attivo collaboratore del giudice nella raccolta del materiale istruttorio.

Intervento facoltativo.

ART. 70 ULTIMO COMMA.

Ora è molto facile accorgersi che questa facoltà data al p. m. di intervenire per allegare fatti e dedurre prove in qualsiasi processo civile, anche in quelli in cui l'oggetto del giudizio sia costituito da rapporti disponibili, è in aperto contrasto col principio dispositivo il quale, come si sa (rel. GRANDI, n. 13), non è altro che la proiezione del diritto soggettivo nel processo: se in un processo è in discussione tra le parti un rapporto di mero diritto privato, come sarebbe ad esempio, un credito in danaro di cui l'attore reclama il pagamento, è difficile

(1) Cfr. D'AMELIO, op. cit., n. 7 a pag. 354.

concepire come possa il p. m., senza ferire il principio dell'autonomia privata, intervenirvi per allegare fatti non rilevati dalle parti e per dedurre prove non proposte da esse, come accadrebbe ad esempio se il p. m., nel silenzio del debitore convenuto, allegasse e chiedesse di provare che il credito di cui l'attore reclama il pagamento è già stato pagato. In questo modo, come è facile intendere, il diritto privato rimarrebbe snaturato: attraverso questo intervento facoltativo del p. m. si verrebbe a dare a tutti i rapporti di diritto privato un carattere di potenziale indisponibilità che la legge sostanziale non riconosce (1).

Per eliminare questo contrasto, la soluzione più semplice sarebbe quella, accennata da uno studioso di valore (2), di ritener che le facoltà istruttorie, che il secondo comma dell'art. 72 attribuisce al p. m. interveniente, debbano intendersi limitate ai soli casi di intervento necessario; ma questa soluzione razionalmente sodisfacente mi par difficilmente sostenibile di fronte alla lettera dell'art. 72 (il primo comma si riferisce al caso previsto dal n. 1, il secondo comma agli « altri casi di intervento previsti dall'art. 70 »: bisognerebbe sostenere che colla espressione « casi previsti » si sia voluto alludere soltanto alle categorie di cause espressamente menzionate nella enumerazione, e che non si possa considerare come un « caso previsto » la facoltà generica e indeterminata di intervento, concessa dall'ultimo comma dello stesso art. 70). In ogni modo, quand'anche si accetti la interpretazione letterale dell'art. 72, mi pare che l'intervento facoltativo del p. m. sia sempre soggetto al controllo del giudice, il quale prima di ammetterlo, dovrà verificare se vi sia quel pubblico interesse dalla cui sussistenza in concreto dipende qui la legittimazione a intervenire (3); e che le facoltà istruttorie del p. m. si debbano qui contenere nei ristretti limiti imposti dal rispetto del principio dispositivo, nel senso che il p. m. non possa mai rimettere in discussione fatti che non sono controversi tra le parti, o proporre prove contro le risultanze già acquisite attraverso l'esperimento di mezzi probatorî basati sul potere di disposizione delle parti (confessione, art. 2730 C. c.; giuramento decisorio, art. 2736 stesso C.).

Facoltà del p. m. in questo caso.

3. - Sotto l'impero della passata legislazione era discusso se la posizione del p. m. concludente si potesse assimilare a quella di un interveniente in causa, e in quale dei diversi tipi di intervento volontario distinti dalla dottrina potesse farsi rientrare. La maggior preci-

---

(1) Cfr. ALLORIO, scritto cit., pag. 49-50.

(2) SARACENO, scritto cit., pag. 8.

(3) Contro, nel senso che la valutazione dell'interesse pubblico ad intervenire sia rimessa discrezionalmente al p. m., ALLORIO, scritto cit., pag. 50: CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 200; D'AMELIO, op. cit., pag. 354.

sione di formule adoprata dal nuovo Codice, mentre elimina la prima questione (è la stessa legge che qualifica come « intervento » la partecipazione del p. m. al processo civile), facilita anche la soluzione della seconda: alla quale però non si può dare *a priori* una risposta che valga per tutti i casi.

A prima vista parrebbe esatto distinguere tra l'intervento del p. m. « nelle cause che egli stesso potrebbe proporre » (art. 70, n. 1) e l'intervento del p. m. in tutti gli altri casi previsti dall'art. 70; e assimilare, in corrispondenza coi diversi poteri riconosciuti per le due ipotesi dell'art. 72, il primo caso all'intervento *principale* (§ 111, I, 1) e il secondo all'intervento *adesivo* (§ 111, I, 2) (1). Tale assimilazione potrebbe esser giustificata dal considerare che mentre nel primo caso, regolato dal primo comma dell'art. 72, il p. m. può col suo intervento introdurre nel processo una nuova domanda che viene ad allargare la materia del contendere (che è carattere proprio dell'intervento principale regolato dal primo comma dell'art. 105), nel secondo caso, regolato dal secondo comma dello stesso art. 72, il p. m. deve limitarsi a interloquire « nei limiti delle domande delle parti » (proprio come avviene nell'intervento *ad adiuvandum*, previsto dal capoverso dell'articolo 105).

Caratteri peculiari dell'intervento del p. m. di fronte a quello dei privati.

Ma questo parallelismo di posizioni è più apparente che reale. In realtà, il p. m. interveniente non partecipa mai al giudizio per far valere un diritto soggettivo proprio o per sostenere il diritto soggettivo di una parte contro l'altra, ma unicamente per ristabilire l'osservanza del diritto oggettivo, indipendentemente dagli interessi delle parti: sì che la sua posizione non si presta mai ad essere inquadrata negli schemi dell'intervento in causa dei privati, perchè si atteggia variamente, caso per caso, secondo che l'interesse pubblico all'osservanza del diritto oggettivo coincida o non coincida coll'interesse individuale di una delle parti, o di tutt'e due o di nessuna di esse.

Così, nel caso previsto dal primo comma dell'articolo 72, può darsi che il p. m. interveniente concluda in contrasto colle domande di tutt'e due le parti (quando ad es., in una causa per annullamento di matrimonio promossa da uno dei coniugi contro l'altro che aderisce, il p. m. si oppone all'annullamento ritenendo che non sussista l'addotto motivo di nullità), e in questo caso si avrà una figura processuale che ricorda l'intervento principale *ad excludendum iura utriusque competitoris;* ma potrà anche darsi che il p. m. aderisca alla domanda di annullamento concordata tra le parti, ovvero che, essendo le parti contrastanti tra loro, aderisca alla domanda dell'una contro l'altra. In tal

(1) In questo senso CARNELUTTI, *Istituzioni,* n. 200.

caso, quantunque si tratti di intervento del p. m. in una di quelle cause « che egli stesso potrebbe proporre », la figura processuale somiglia, anzichè a quella di un intervento principale, piuttosto a quella di un intervento litisconsorziale. E quando poi il p. m. aderisce alla domanda di tutt'e due le parti concordi, questa figura non ha riscontro nell'intervento dell'art. 105. D'altro lato neppure si può dire che il caso previsto dal secondo comma dell'art. 72 si possa far rientrare nello schema dell'intervento adesivo (1), potendo accadere anche qui che il p. m. intervenga non per sostenere le ragioni di una parte contro l'altra, ma per opporsi alla domanda di tutt'e due (per es. in una causa di separazione personale, nella quale ciascuno dei coniugi chiede che la separazione sia pronunciata per colpa dell'altro, il p. m. interveniente può concludere per il rigetto delle domande di ambedue le parti): ciò accade perchè, mentre l'interveniente adesivo dell'art. 105 trova la sua legittimazione nell'interesse ch'egli ha a che sia accolta la domanda della parte cui aderisce, l'interesse del p. m. interveniente è un interesse pubblico la cui sodisfazione non dipende necessariamente dalla vittoria dell'una o dell'altra parte.

In conclusione si può dire che ogni tentativo di inquadrare la posizione del p. m. interveniente nelle figure dell'intervento volontario, regolato dall'art. 105, è destinato a rimanere senza grande utilità costruttiva; perchè l'intervento del p. m. costituisce un tipo a sè, la cui struttura è in funzione dell'interesse pubblico che lo muove.

§ 126. — Carattere vincolato o discrezionale della funzione del p. m. nel processo civile.

Per finir di chiarire la posizione del p. m. nel processo civile ci rimane da accennare un ultimo punto: se l'esercizio del potere di agire o di intervenire, che nei varî casi sopra studiati la legge riconosce al p. m., sia vincolato o discrezionale: se cioè il p. m., quando riscontra in concreto la sussistenza di quei fatti ai quali la legge riconnette in astratto il suo potere di azione o di intervento, sia libero di astenersi, per motivi di convenienza, ovvero abbia il dovere di esercitare tali poteri.

Carattere vincolato dell'attività del p. m. nel processo civile.

Si insegna che il potere di agire del p. m. è discrezionale, in quanto « la valutazione della convenienza del processo per la tutela del pubblico interesse, in base alla quale il p. m. delibera di agire, non è vincolata » (2): e questa discrezionalità sembra una conseguen-

(1) Cfr. Allorio, scritto cit., pag. 32 e segg.

(2) Carnelutti, *Istituzioni*, n. 98.

za naturale della qualità di parte riconosciuta al p. m., dato che, quando si tratta di parti private, rientra nella loro insindacabile valutazione stabilire se e quando è conveniente muoversi per la tutela del proprio interesse. Ma il p. m., pur essendo processualmente parte, difende un interesse pubblico la cui natura è tale da non consentire di rimanere insodisfatto per motivi di opportunità: se il p. m. si accorge che la legge è violata, non può essergli consentito per ragioni di convenienza di astenersi dall'agire o dall'intervenire per farla ristabilire. Ritengo perciò che l'esercizio dei poteri di azione e di intervento del p. m. si debba ritenere vincolato, non discrezionale; nel senso che il suo potere di agire e di intervenire sia anche un dovere, al quale, quando si verificano in concreto i fatti previsti dalla legge, egli non può sottrarsi per motivi di opportunità. Che si tratti di un dovere, risulta in più luoghi dalla stessa lettera della legge: « il p. m. *deve* sempre fare opposizione al matrimonio, se sa che vi osta un impedimento », dice l'art. 102; e l'art. 70 C. p. c., per quanto attiene all'intervento necessario, si esprime con altrettanta energia: « il pubblico ministero *deve* intervenire... ». Ma anche negli altri casi (escluso, si capisce, l'intervento facoltativo) l'attività del p. m. non è mai discrezionale: se per motivi contingenti il p. m. si astenesse dall'impugnare un matrimonio pur sapendo che sussiste il vizio che dovrebbe portare al suo annullamento (art. 117 C. c.), egli, non facendo nulla per eliminare questa situazione di illegalità, trasgredirebbe il suo dovere di ufficio, che è quello di muoversi per la restaurazione della legge violata. Per dar modo al p. m. di essere informato dei casi che possono richiedere la sua attività, l'art. 1 delle D. a. gli dà la facoltà di richiedere al giudice « in ogni stato e grado del processo... la comunicazione degli atti per l'esercizio dei poteri a lui attribuiti dalla legge »:

ART. 1 D. A. E ART. 71 C. P. C.

e l'art. 71 C. p. c. reciprocamente stabilisce che, quando si inizia il processo su una di quelle cause in cui l'intervento del p. m. è necessario, il giudice, dinanzi al quale il processo è promosso, « ordina la « comunicazione degli atti al p. m. affinchè possa intervenire ». Una volta informato della pendenza di uno di questi processi, il p. m. non ha il potere discrezionale di non intervenirvi: nè il giudice, senza il suo intervento, potrebbe validamente procedere.

Contraddizione tra il principio di legalità e la posizione organica del p. m.

Ma affiora in questo punto la intima contraddizione fra il principio di legalità al quale deve ispirarsi, anche in materia civile, l'attività del p. m., e il principio di subordinazione gerarchica al quale esso, come organo sostanzialmente amministrativo, è tenuto a prestare ossequio: che cosa dovrebbe fare un funzionario del p. m., che, trovandosi di fronte a uno di quei casi in cui esso ha il dovere di agire o di intervenire, ricevesse dal suo superiore l'ordine, basato su considerazioni di opportunità politica, di non procedere, oppure di procedere

in senso diverso da quello che la legge imporrebbe? E' lo stesso problema che si può presentare, in termini molto più gravi e preoccupanti, nel processo penale (ove l'art. 74 del C. p. p. dà al p. m. la pericolosa facoltà di « archiviazione » delle denunce manifestamente infondate): ed è un problema che non si potrà risolvere in maniera sodisfacente fino a che non si riconoscerà alla magistratura requirente la indipendenza, garantita da inamovibilità, che è assicurata alla magistratura giudicante.

Astensione e responsabilità civile del p. m.

Il carattere ibrido del sistema attuale appare anche dagli art. 73 e 74 del C. p. c. che regolano il dovere di astensione dei funzionari del p. m. e la loro responsabilità civile. Anche ad essi si applicano le norme che regolano la astensione (art. 51: cfr. § 69, *c*) e la responsabilità dei giudici (art. 55-56 C. p. c.: cfr. § 69, *d*); ma con notevoli restrizioni, che derivano appunto dal concepire l'attività del p. m. come discrezionale. Tali restrizioni consistono in ciò: che mentre secondo il C. p. c. del 1865, art. 118, i motivi di ricusazione dei giudici potevano essere applicati al p. m., purchè non fosse « parte principale » (cioè al p. m. concludente, non a quello agente), secondo il nuovo Codice le disposizioni relative alla ricusazione dei giudici non sono mai applicabili ai magistrati del p. m. (art. 73), forse perchè si è pensato che, se il p. m. è parte ed esercita come tale un'attività discrezionale, sfuggono ad ogni sindacato i motivi che la determinano. Alle stesse considerazioni si ispira l'art. 74, il quale, pur dichiarando applicabili ai magistrati del p. m. « le norme sulla responsabilità del giudice e sull'esercizio dell'azione relativa », ne restringe l'applicazione al solo p. m. interveniente, e per la sola ipotesi del « dolo, frode o concussione », senza far menzione dell'altra ipotesi, prevista dall'art. 56 per i giudici, della omissione o ritardo di attività d'ufficio (1). E' lecito supporre che il pensiero che ha ispirato il legislatore nel dettare queste disposizioni degli art. 73 e 74 sia basato su un equivoco: in quanto non si è considerato che, se al p. m. è stata riconosciuta la posizione processuale di parte, questo non dovrebbe significare che l'attività del p. m. possa svolgersi in quel regime di insindacabile autonomia che è proprio dell'attività delle parti private, perchè il p. m. è una parte pubblica istituita a tutela della legalità, la cui funzione, per logica coerenza, dovrebb'essere in ogni caso, nell'agire e nell'intervenire, strettamente vincolata all'osservanza della legge (2).

ART. 73 E 74.

---

(1) Cfr. sugli art. 73 e 74, CARNELUTTI, *Istituzioni*, nn. 201-202; D'AMELIO, op. cit., pag. 360 e segg.

(2) In questo senso cfr. TARTUFARI, *Del p. m. in reggimento libero e civile* (Torino, 1868), pag. 124 e segg.

APPENDICE

DELLE BUONE RELAZIONI FRA I GIUDICI E GLI AVVOCATI NEL NUOVO PROCESSO CIVILE (*)

(*) [Pubblicato in volume per i tipi di Le Monnier, Firenze, 1941. Tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO (Buenos Aires, Editorial Depalma, 1943)].[*Bibliografia*, n. 247].

PRESENTAZIONE DEI PERSONAGGI

L'INGENUO.
IL TEORICO.
I PRATICI:

primo giudice;
secondo giudice;
primo avvocato;
secondo avvocato.

IL FILOSOFO.

Alcuni amici, all'incirca coetanei, che più di trent'anni addietro furono compagni di studi nella stessa Università, hanno occasione dopo tanto tempo di ritrovarsi per qualche giorno insieme (figuriamo che questo avvenga in una stazione d'acque termali, dove a chi ha passato la cinquantina è facile imbattersi in vecchi amici perduti di vista): ed esauriti nei primi giorni gli argomenti di conversazione più brillanti e più nostalgici, vengono a parlare di tribunali e di litiganti e della riforma del processo civile.

Cinque di essi, laureati in legge, sono rimasti anche nella vita fedeli alla vocazione (due sono diventati avvocati, due magistrati; l'altro è professore in una facoltà giuridica); il sesto, che aveva iniziato senza molta voglia gli studi universitari di ingegneria, li piantò in asso prima di prender la laurea, e oggi si trova ad essere un uomo di affari, a capo di una grande azienda di costruzioni meccaniche.

La conversazione si svolge animata, in due riprese, fra questi sei interlocutori; per distinguere i quali nel dialogo ho adottato, invece dei loro nomi di battesimo, denominazioni che alludono alla loro competenza in materia di questioni processuali. L'uomo d'affari, una volta tanto, l'ho chiamato « l'ingenuo »: non con intenzione ironica, ma per far intendere che in quanto alla procedura civile (il resto non mi riguarda) egli vive in quello stato di innocenza candida e stupefatta

con cui i profani ammirano e paventano i misteri ai quali non sono iniziati. Il professore l'ho chiamato « il teorico »: anche qui non per offenderlo, ma per avvertire i lettori che, quantunque egli dica assai spesso cose molto sagge, bisogna qualche volta fargli un po' di tara, perchè il suo abito professionale lo porta spesso a parlar per oracoli.

Gli altri quattro sarebbero i « pratici » della procedura: primo e secondo giudice, primo e secondo avvocato; ed è delle loro opinioni che sopra tutto credo si debba tener conto. Li ho distinti per semplicità con un numero d'ordine: avrei potuto anche distinguerli, per certo contrasto che vi è nei loro caratteri quando si tratta di cogliere il lato bello o il lato brutto delle cose, in due coppie contrapposte, che si potevano denominare il giudice ottimista e il giudice pessimista, e altrettanto per gli avvocati. Ma poi ho pensato che queste loro diverse tendenze appariranno, se vorranno esser sinceri, nel dialogo: e che la sincerità non debba far difetto, lo spero forte, quando considero (anche il cortese lettore non lo dimentichi) che si tratta di compagni di scuola.

Vi è poi un settimo personaggio, che si denomina « il filosofo ». Egli è probabilmente il più simpatico di tutti, perchè sta ad ascoltare gli altri, e non parla mai: è proprio un bel caso che alla fine del secondo dialogo si lasci sfuggire una battuta.

DIALOGO PRIMO

dove si ragiona dell'opinione che gli uomini d'affari hanno dei processi civili e delle male abitudini che una cattiva legge di procedura può ingenerare nei giudici e negli avvocati

L'INGENUO — Cinque giuristi di prima qualità riuniti in piacevole conversazione e, quel che più conta, cinque vecchi amici ai quali posso parlare senza peli sulla lingua... Non si presenta tutti i giorni una così bella occasione: tanta confidenza per interrogarli, tanta scienza ed esperienza per rispondermi! Permettetemi dunque, amici carissimi, che vi chieda col cuore in mano di levarmi una curiosità...

IL TEORICO — Siamo tutti ai tuoi comandi.

L'INGENUO — Si tratta della giustizia, cioè di una merce di cui tutti vi intendete perchè ne fate professione, come io faccio commercio di macchine. In quanto a me, per una sola esperienza che ho avuta, mi son fatto dei processi civili un'idea che non saprei immaginare più repugnante: a dirvi che li considero come perditempi di sfaccendati o come trappole per i gonzi, direi poco...

PRIMO AVVOCATO — Ti ringraziamo dell'eufemismo...

L'INGENUO — Orbene: ho letto in questi giorni sui giornali che presto entrerà in vigore il nuovo Codice di procedura civile, in grazia del quale la giustizia diventerà un meccanismo di precisione, che si moverà da sè, senza rumore e senza arresti. Amici carissimi, ditemelo voi in un orecchio: è proprio vero che il nuovo Codice riuscirà ad operare questo miracolo?

IL TEORICO — I miracoli li fanno i santi, non i codici. Solamente a un tecnico quale sei tu può venire in mente che i procedimenti attraverso i quali si amministra la giustizia si possano paragonare alle

macchine: di cui, quando sia giusto il giuoco delle leve o il rapporto degli ingranaggi, si riesce con matematica esattezza a calcolare in anticipo il rendimento. Nel processo, mio caro fabbricante di motori in serie, bisogna ricominciare ogni volta a fare i conti cogli umori dei personaggi che prendon parte al dramma: i giudici, gli avvocati, i litiganti, i testimoni... Ognuno di essi è un animale vivo, un *unicum* che reagisce a suo modo agli stimoli esterni: sicchè, anche se le leggi di procedura sono fatte colla massima saggezza, c'è sempre nel loro funzionamento pratico qualche imprevedibile scarto, che rende aleatorî ed approssimativi i calcoli della loro riuscita, e le fa apparire buone o cattive leggi secondochè le accompagni o le abbandoni la buona volontà degli uomini...

L'INGENUO — Hai parlato di « animali vivi »: ora capisco perchè, dall'unica esperienza personale che ho avuto di una lite civile, m'è rimasta l'impressione che tutta la procedura si riduca a un sistema di sbarramenti e cancelli fatti per impedire agli interessati di vedersi e di intendersi: proprio come si pratica nei serragli degli animali feroci, reclusi ognuno nel suo gabbione...

PRIMO GIUDICE — Veramente la gabbia io l'ho veduta soltanto nei processi penali...

L'INGENUO — Parlo, ve l'ho già detto, per mia personale esperienza: io ho sempre cercato, da tanti anni che sono a capo della mia azienda, di evitare le cause, perchè ho sempre pensato che il tempo impiegato a litigare sia quello peggio speso della vita.

IL TEORICO — Fa piacere sentire questo pensiero espresso da un capitano d'industria qual tu sei. Ecco la confortante riprova del costante declino in cui si trova, tra gli uomini d'affari, quello spirito di gretto litigio che è stato sempre indizio di bassa civiltà: questo diffondersi nei ceti sociali della repugnanza per i litigi è indubbio segno di una crescente fiducia nella conciliazione...

L'INGENUO — Diciamo che sia così, se ti fa piacere: ma ho il vago sospetto che si tratti piuttosto di crescente sfiducia nella giustizia. Per parte mia posso assicurarvi che, da quando ho esperimentato una volta sulla mia pelle le delizie di un processo civile, proprio questo sentimento di sfiducia nella giustizia si è talmente impadronito di me, che ormai io preferirei subir senza proteste qualsiasi torto pur di non aver a che fare coi tribunali.

Ma a questo punto di chiaroveggenza non ero ancora giunto due anni fa, quando, di fronte alla furfanteria di un fornitore disonesto che a tutti i costi voleva appiccicarmi una partita di merce avariata, mi lasciai indurre dalla mia inesperienza a fargli causa. E così avvenne anche a me, quella volta, di cascar nelle mani degli avvocati...

SECONDO AVVOCATO — ... e dei giudici...

L'INGENUO — Avvocati e giudici, con licenza della conversazione, tutti di una razza: tutti d'accordo nel ridurre la giustizia a un giuoco complicato e difficile, una specie di mosca cieca per adulti, in cui par che la bravura consista nel rimpiattarsi dietro i codici per far perdere le tracce della verità.

PRIMO GIUDICE — Ma, insomma, lasciando da parte i paragoni irriverenti, che cosa ti abbiamo fatto di male noi poveri giudici ed avvocati coi quali te la pigli tanto? Di che, in sostanza, ci accusi?

L'INGENUO — Ve lo spiego in quattro parole. Prima dell'esperienza che mi ha aperto gli occhi, avevo sempre creduto che anche nei processi il modo migliore per far valere le proprie ragioni fosse quello che seguiamo noi negli affari, quando ci pare che le trattative condotte per corrispondenza vadano troppo a rilento: in questi casi noi gente pratica sappiamo che per superare tutti gli intoppi e tutti gli indugi non c'è di meglio che levar di mezzo gli intermediari e la carta scritta, e pigliare il primo treno, magari il primo aeroplano, per andare a trattare da sè: chi vuole vada... Con un quarto d'ora di colloquio si compiccia più che con un mese di trattative epistolari: anche se proprio non si arriva subito a intendersi, si riesce sempre a trovare il nòcciolo del dissidio, che vuol dire aver fatto più che mezzo cammino verso l'accordo. Orbene, io credevo ingenuamente che anche nei giudizi si usasse così: andare personalmente dal giudice, trovarsi a tu per tu colla parte contraria, esporre le proprie ragioni, rispondere alle obiezioni, mettere i puntini sugl'i... e stare a sentir la sentenza. Come si fa dal medico: che quando ti ha ben bene interrogato e ascoltato e picchiettato da tutte le parti, ti dice seduta stante di che morte devi morire.

PRIMO GIUDICE — Ma anche i giudici, se tu ci pensi bene, procedono all'incirca così.

L'INGENUO — « All'incirca »? tutto al rovescio, vuoi dire! Quando cominciai il mio processo, ero sicuro che con un colloquio di mezz'ora sarei riuscito a dimostrare al tribunale le mie buone ragioni: e sollecitavo il mio avvocato per fissare al più presto il giorno in cui i giudici avrebbero potuto ricevermi e darmi ascolto. Ma l'avvocato ridacchiava con aria di compatimento e mi diceva che i giudici hanno altro da fare che perdere il tempo colle querimonie dei litiganti. Ma allora, dico io, se i giudici non son fatti per questo, che ci stanno a fare?

IL TEORICO — Questi sono, se mi permetti, discorsi da analfabeta. Se la giustizia non deve ridursi a arbitrio ed a favoritismo, bisogna che nel processo sia rispettato per prima cosa il principio del contraddittorio: in forza del quale, prima che il tribunale possa decidere, ciascuna parte dev'essere messa nella possibilità di conoscere e di ribattere con tutto il suo agio le ragioni, buone o cattive, portate dalla parte avversaria: *audiatur et altera pars.* Ora, affinchè questo possa avvenire, bisogna che le ragioni dei due contraddittori arrivino al giudice secondo un ordine prestabilito, in forme rigorosamente fissate. Questa giustizia senza procedura, che tutti gli ignoranti come te invocano, avrebbe voluto dire nel caso tuo semplicemente questo: che se il tuo avversario fosse stato più lesto di te a correre a casa del giudice, avrebbe potuto raccontargli contro di te le più grosse panzane, e vincer la causa senza che tu fossi in grado di dire una parola a tua difesa.

L'INGENUO — Riconosco volentieri di essere in materia giuridica un perfetto ignorante: e mi cavo tanto di cappello dinanzi a questo principio del « contraddittorio », di cui tu mi parli con tanto rispetto. Ti faccio notare però che io non pretendevo di esser ricevuto dal tribunale alla chetichella, senza che il mio avversario lo sapesse: anzi speravo di potermi incontrare a faccia a faccia con lui proprio in presenza dei giudici, per dirgli il fatto mio e per svergognarlo dinanzi a loro. Ma il mio avvocato mi spiegò che nelle cause civili i litiganti non hanno quella che egli chiamava la *aperitio oris*: mentre il cliente deve stare a bocca chiusa con divieto assoluto di parlare della sua causa, spetta all'avvocato (che della faccenda ne sa certamente meno di lui) mettere in iscritto le sue ragioni, e riempire pagine e pagine di lunghissime lettere indirizzate al tribunale: come se i giudici abitassero in America e per entrare in relazione con loro non ci fosse mezzo più spiccio dell'epistolario...

Primo avvocato — Macchè lettere ed epistolario d'Egitto! Si tratta semplicemente di memorie defensionali, che nel linguaggio giudiziario si chiamano « comparse », nelle quali noi avvocati, dopo aver ascoltato con gran pazienza il vaniloquio dei nostri clienti, traduciamo in termini giuridici, con ordine e con chiarezza, le circostanze essenziali che bastano per vincere la causa. Anche voi fabbricanti di macchine avete un vostro linguaggio tecnico, che a noi profani di algebra e di meccanica fa l'effetto di un gergo incomprensibile: e vi basta una formula per esprimer tra voi quello che nel nostro linguaggio ordinario non basterebbero pagine e pagine a spiegare. Lo stesso facciamo noi avvocati per intenderci coi giudici, che sono giuristi come noi: e se poi queste nostre considerazioni giuridiche preferiamo presentarle in forma scritta anzichè a viva voce, questo si fa per dar modo ai giudici di meditarvi su, leggendole e rileggendole fino a che non le abbiano intese: si tratta spesso di argomenti sottili che, a sentirli dire a voce, non è sempre possibile capirli e ricordarli alla prima.

L'ingenuo — Sarà benissimo come tu dici. Ma, anche ammesso che il trattar le cause per iscritto abbia tutti i vantaggi che tu affermi, ciò che in quel mio processo mi parve sopra ogni altra cosa sorprendente fu il modo col quale il mio avvocato, dopo aver preparato con tanta scienza queste voluminose scritture, le faceva pervenire a destinazione... La causa pendeva già da diversi mesi, e ancora non m'era riuscito di vedere in faccia i miei giudici: ma un giorno l'avvocato, per calmare in qualche modo la mia impazienza, si lasciò sfuggir questa frase: — Domani è fissata l'udienza per lo scambio delle comparse. — Bastò questo, perchè il giorno dopo andassi anch'io, pieno di fede, in tribunale (nonostante che l'avvocato insistesse a ripetermi che non ce n'era bisogno): a sentir ricordare l'« udienza », mi ero illuso che finalmente fosse venuto per me il momento di parlare e per i giudici quello di starmi a sentire... Invece, quando fui entrato in quell'aula, in cui mi ero immaginato di vedere avvocati in toga che parlassero uno per volta e magistrati in toga che li ascoltassero con attenzione, mi trovai in mezzo ad un pigia pigia di persone vestite in borghese, urlanti e gesticolanti che pareva d'essere al mercato: e vidi che il mio avvocato, invece di cercare i giudici, si curò soltanto di rintracciare in mezzo a quella folla un tale che poi seppi essere l'avvocato dell'avversario, per consegnargli una copia della sua comparsa, e averne in cambio una uguale. Ciascuno prese il suo foglio senza neanche guardarlo, e lo ripose nella propria borsa: e poi si salutarono con aria da amiconi, dopo essersi dati appunta-

mento di lì a un mese, nello stesso locale... E così per me l'udienza fu finita.

Primo giudice — E i giudici non li vedesti?

L'ingenuo — A dir la verità, vidi che in fondo all'aula, dietro un altissimo banco, c'era un signore vestito di nero che ogni tanto agitava un campanellino; ma in quel brusio non mi riuscì di capire bene che cosa facesse. Ebbi però l'impressione che quegli scambi di carta scritta che gli avvocati facevano tra loro non lo interessassero affatto: egli si limitava a ripetere, dinanzi a quella folla in subbuglio, una sua oscura formula che mi pareva fosse per tutti la stessa: « rinviata a un mese ». Supposi per un istante che proprio quel signore col campanellino fosse il giudice della mia causa; ma l'avvocato mi tolse anche questa illusione, dicendomi: — Chi può prevedere ora, a distanza di un mese e più dall'udienza di discussione, come sarà composto il collegio che dovrà giudicare la causa? — Arguii da ciò con molta meraviglia che gli avvocati scrivono le loro comparse molti mesi prima di sapere chi sarà il giudice che le dovrà leggere.

Il teorico — Tutto questo non è poi così strano come a te pare. L'udienza alla quale tu assistesti non era l'udienza vera, quella finale, che si tiene dinanzi al collegio per la discussione delle cause; era la prima parte dell'udienza, quella che si tiene dinanzi al solo presidente e che serve soltanto ai rinvii. Naturalmente, prima che la causa possa essere affidata alla decisione dell'organo collegiale, bisogna che i difensori delle due parti abbiano vuotato, l'uno e l'altro, il sacco delle loro ragioni; ma, per far questo, bisogna che essi abbiano avuto tempo di scambiarsi le loro scritture, di leggerle, di preparar le risposte, e magari, dopo lo scambio delle risposte, le repliche e le controrepliche. A questo scopo servono i rinvii, e per dare i rinvii basta il solo presidente: vorresti forse che tutto il collegio si scomodasse a venire in udienza al solo scopo di veder gli avvocati che si scambiano le loro scritture e di conceder loro il rinvio che ad essi è indispensabile per ribatter gli argomenti dell'avversario?

L'ingenuo — Sta tutto bene. Ma se questa prima parte dell'udienza non ha altro scopo che quello che tu mi hai spiegato, perchè gli avvocati per scambiarsi le loro scritture non si servono della posta o magari dei loro commessi di studio, e non risparmiano queste

loro passeggiate in tribunale, in cui, se ho ben capito, essi si riducono a farsi servizio scambievole di fattorini? E se, come mi hai detto, fino a che lo scambio delle comparse non è terminato non si può sapere quale sarà il giudice che le dovrà leggere, non sarebbe meglio che intanto il presidente non si scomodasse a venir in udienza per il bel gusto di veder questi portalettere scambiar tra loro una corrispondenza che non è indirizzata a lui?

Il teorico — La tua ignoranza delle cose giudiziarie ti impedisce di capire il significato vero delle regole del procedimento, e te ne lascia vedere soltanto gli aspetti esterni, che troppo leggermente tu volgi in grottesco. Eppure non si può negare che molte volte il candore degli ignoranti riesce a cogliere anche nei meccanismi della procedura certe manchevolezze, delle quali gli specialisti, ormai accecati dall'abitudine, non si accorgono più. Nel mettere in evidenza i lati ridicoli di queste udienze presidenziali fatte solo per i rinvii, tu hai toccato senza accorgertene proprio il *punctum dolens* del procedimento cosiddetto « sommario », seguito finora nei nostri tribunali: sicchè mi sarà facile, partendo da queste tue osservazioni ingenue, dimostrarti come il nuovo Codice si disponga a far piazza pulita di tutti questi perditempi, dei quali il tuo semplice buon senso ti ha rivelato l'assurdità.

(Pausa nel dialogo: tutti gli interlocutori si apprestano ad ascoltare con curiosità la spiegazione del professore, che finalmente parlerà del nuovo Codice; ma mentre egli sta per riprendere il discorso, il giudice pessimista lo previene).

Secondo giudice — Un momento, amici. Prima che il professore si metta a spiegarci le meraviglie del nuovo Codice, sarà bene, se vogliamo esser sinceri, toglierci dalla testa l'illusione che i difetti della procedura si possano rimediare da oggi a domani solo col cambiare la legge. Io mi inchino alla scienza dei professori; ma vi assicuro per pratica che anche il vecchio Codice del 1865, con tutti i suoi formalismi e tutte le sue lungaggini, sarebbe stato uno strumento di giustizia non peggiore di tanti altri, se i suoi difetti non fossero stati sfruttati e ingranditi da coloro che hanno interesse a mandare in lungo i processi, e quindi a speculare su quelle norme che si prestano alle dilazioni ed ai tranelli. Qui, miei cari amici, possiamo parlar chiaro: noi giudici per quanto ci riguarda, avremmo interesse a che tutti i processi si sbrigassero a gran velocità; coll'allungarli e complicarli cresce la nostra fatica, ma il nostro guadagno non cresce... Lo stesso, ahimè, non si può

dire degli avvocati; che quanto più va in lungo il processo, e tanto più guadagnano: *dum pendet, rendet...*

Secondo avvocato — Mi meravigliavo che ancora non fosse venuto fuori questo ritornello, così peregrino e nuovo...

Secondo giudice — Non sarà nuovo, perchè la verità è sempre vecchia... Ma insomma è inutile negarlo, miei cari: i primi responsabili di questa poco divertente commedia che è diventato presso di noi il procedimento civile, siete proprio voi, signori avvocati. Siete voi che quando avete da discutere una questioncina da nulla, che si potrebbe risolvere in quattro righe col trascrivere un articolo, ci fabbricate sopra una valanga di comparse, aggiunte, memorie, postille, note e fogli di lume, che poi noi poveri giudici dobbiamo digerirci senza poter protestare; siete voi che in una causa che con un po' di buona volontà si potrebbe trattare alla prima o alla seconda udienza, sentite il bisogno di chiedere tre, quattro, dieci rinvii, inventando i più strani pretesti per allontanare il giorno della decisione, come se l'allungare le cause vi allungasse la vita; siete voi che non contenti di aver scritto volumi per nascondere sotto l'abbondanza delle parole il vuoto degli argomenti, pretendereste anche di tenerci inchiodati in udienza giornate intere, per il solo gusto di ascoltare prediche, in cui non fate altro che recitare a memoria quello che poi dovremo rileggere scritto sulle vostre comparse; siete voi che quando i fatti sono chiari come l'acqua e noi giudici abbiamo capito a volo da che parte sta la ragione, vi affannate a sollevar incidenti, a produrre documenti, a interporre appelli, a escogitar nullità...

Questi sono i costumi degli avvocati: fino a che questi costumi non cambieranno, come si può sperare sul serio che a cambiare il Codice le cose vadano meglio? Basterà che nel nuovo ci sia un difettuccio da nulla, appena un graffietto, una scalfittura... e subito gli avvocati vi cacceranno dentro le unghie, e la allargheranno e la inveleniranno fino a farne una cancrena... Ho sentito certi professori insegnare che gli avvocati sono i più preziosi collaboratori del giudice... Andiamo, non mi fate ridere! Gli avvocati (sempre esclusi i presenti, si intende) sono per il giudice nient'altro che i più pericolosi mistificatori...

Primo avvocato — Protesto fieramente...

Secondo avvocato — Calma, collega. L'amico giudice non ha tutti i torti: e poichè qui, per amor dell'amicizia, siamo a parlarci con

sincerità, io devo dichiarare che sono con lui nel riconoscere che il riformar le leggi di procedura non servirà a niente se prima non si riformerà la testa degli uomini ai quali è affidata la macchina della giustizia.

Fin qui, come vedete, ci troviamo perfettamente d'accordo: una certa divergenza, però, comincia da questo punto, perchè, mentre lui pensa che tutto dipenda dal malcostume degli avvocati, io invece ho il sospetto che i responsabili di tutti i guai siano proprio i magistrati...

PRIMO GIUDICE — Questa poi mi giunge nuova...

SECONDO AVVOCATO — Eppure, se ci pensate un poco, vedrete che ho ragione io. Pensate alla pazienza colla quale noi avvocati ascoltiamo i nostri clienti, e riusciamo a tirar fuori dalle loro confuse divagazioni le circostanze essenziali che il giudice trova già chiarite e messe in ordine nelle nostre comparse; pensate alle nottate che noi avvocati passiamo nel silenzio della nostra biblioteca, a compulsare manuali e repertorî, per offrire al giudice, su tutti i punti dubbi della causa, una preziosa antologia di precedenti dottrinali e giurisprudenziali, che egli può travasare gratuitamente nella sua decisione, tirandone fuori senza fatica una di quelle sentenze infiorate di aforismi latini che poi gli servono come titolo per la promozione... Eppure si trovano giudici che non vogliono fare neanche il piccolo sforzo occorrente per leggere queste comparse, che con tanta fatica abbiamo preparate per loro: la pappa è bell'e scodellata, ma non vogliono scomodarsi a mangiarla... Così, per colpa di questa loro pigrizia, vengono fuori quelle sentenze cosiddette « della terza opinione », che costringono noi avvocati ad appellare, per ricominciare da capo dinanzi al secondo giudice, la stessa predica. Non parliamo poi di quello che avviene quando noi avvocati, colla buona intenzione di agevolare al tribunale lo studio delle difese scritte, ci arrischiamo a chiedere di discuter la causa oralmente: basta vedere la faccia arcigna che i giudici fanno quando nel calor dell'arringa ci avviene di alzar la voce, per accorgerci ch'essi considerano la nostra voce soltanto come un molesto rumore che interrompe il filo dei loro raccolti pensieri.

SECONDO GIUDICE — Questo succede perchè gli avvocati parlano troppo...

SECONDO AVVOCATO — Parliamo troppo?... e come fate a saperlo voi giudici, se non state a sentire quel che diciamo? Questa è una di quelle

accuse che i giudici fanno circolare contro gli avvocati per metter le mani avanti... Un'altra accusa dello stesso stampo è quella che riguarda le lungaggini delle procedure, che, secondo i giudici, deriverebbero sempre dalla premeditata lentezza degli avvocati. Anche qui, cari amici giudici, io vi prego di mettervi una mano sulla coscienza: è proprio colpa degli avvocati se le vostre sentenze, dal giorno dell'udienza finale (cioè dal giorno in cui la causa è affidata a voi, senza più intralcio di difensori) si fanno attendere per tre o quattro mesi? è proprio colpa degli avvocati se, ogni anno, a partire dagli ultimi di maggio, i tribunali e le corti si rifiutano di « ritenere » le cause che gli avvocati vorrebbero trattare, e le rinviano d'ufficio a dopo le ferie? Io vorrei che un profano di cose giudiziarie, uno di quelli ai quali le voci messe in giro dai magistrati hanno fatto credere che i rinvii delle cause dipendano sempre dalla cattiva volontà degli avvocati, andasse ad assistere ad un'udienza civile verso i primi di giugno: egli vedrebbe, sì, che l'udienza consiste in una vera lotta greco-romana tra chi vuol trattar le cause e chi vuol rinviarle; ma con somma sua meraviglia si accorgerebbe altresì che chi si batte per trattarle sùbito son gli avvocati, e chi a dispetto degli avvocati le rinvia inesorabilmente a ottobre, è il presidente...

L'INGENUO — Tutto quello che voi dite mi sembra altamente istruttivo: son lieto di sentir confortate da voci autorevoli le opinioni di un ignorante, che timidamente vi esponevo all'inizio di questa conversazione.

IL TEORICO — Ma no, amico, non devi dare troppa importanza a queste polemiche a colpi di spillo con cui gli avvocati e i giudici usano maltrattarsi a tempo perso: si tratta delle solite spunzecchiature a fior di pelle che la convivenza provoca tra persone costrette a stare insieme per tutta la vita. Ma poi questi brontoloni si vogliono bene, e si perdonano a vicenda le loro umane debolezze, e si cercano quando sono lontani: *nec tecum vivere possum nec sine te*... In realtà sono assai migliori, gli uni e gli altri, di quanto le loro parole potrebbero lasciar credere: e le vere responsabili di tutti questi lagni sono le leggi, di cui essi sono le inconsapevoli vittime.

SECONDO GIUDICE — Tu dunque insisti, nonostante tutto quello che s'è detto, nel credere che il cambiar le leggi basti a far cambiare i costumi degli uomini?

Il teorico — Non arrivo a tanto; ma neanche arrivo all'eccesso opposto di credere che la riforma delle leggi rimanga in ogni caso priva di ogni conseguenza sulla pratica. Probabilmente hanno ragione i filosofi quando parlano della « irrealtà delle leggi », nel senso che le leggi astratte non contano nulla se manca in coloro a cui si indirizzano la volontà di tradurle in atti individuali concreti; ma insomma anche le leggi, se rimangono vuote formule fino a che non le riempie e le ravviva il costume, possono avere una grande efficacia pratica come preparatrici di esso, una efficacia che si potrebbe dire didattica o pedagogica. Ciò è vero specialmente per le leggi formali, come sono quelle di procedura: mentre per le leggi sostanziali succede quasi sempre che il costume precede la legge, per quelle formali è la legge che precede il costume e gli serve da falsariga.

Secondo avvocato — Le solite frasi sibilline dei professori...

Il teorico — Guardiamo se riesco a spiegarmi in termini che non vi sembrino troppo professorali. Ecco qui.

Non c'è dubbio che cambiando il Codice di procedura non si cambierà da oggi a domani il cuore degli uomini che amministrano la giustizia o di quelli che la chiedono: vi saranno anche domani giudici pigri e avvocati verbosi e litiganti rissosi; e la parola giustizia continuerà anche nel processo dell'avvenire ad essere adoprata da ciascuna parte nel senso che coincide col suo proprio tornaconto. Ma tuttavia una buona legge di procedura potrà esercitare sulle qualità naturali, buone e cattive, di cui continueranno ad esser forniti gli uomini che prenderanno parte al processo, una specie di selezione e di raddrizzamento: quasi come potrebbe fare, per rimettere in forma un corpo, un apparecchio ortopedico. Guardate come si regolano i frutticoltori per ottener che i loro arbusti crescano diritti e simmetrici: fasciano il fusto nei tratti che devono rimanere spogli e lo lasciano scoperto nei tratti dove vogliono che spunti una nuova impalcatura di rami; basta questo, perchè la linfa, che segue la via di minor resistenza, si sfoghi in gemme proprio nei punti dove la scorza non soffre compressione. Così bisogna fare cogli uomini (parlo, si intende, del processo): è perfettamente inutile prescrivere in articoli imperativi la puntualità e la buona fede, se poi la procedura è costruita in modo da sbarrare la strada a queste qualità e da lasciarla aperta alle qualità contrarie...

L'INGENUO — Tu fai questo bel discorso come se le leggi di procedura fossero state inventate ora per la prima volta... Ma le leggi di procedura ci sono sempre state: eppure di questa loro funzione educativa non si scorgono, a quello che intendo, effetti molto brillanti.

IL TEORICO — Questo accade perchè il vecchio Codice, che quando fu costruito era anch'esso, per i suoi tempi, un efficace apparecchio di ortopedia giudiziaria, si era talmente arrugginito e allentato nelle giunture in settant'anni d'uso da esser diventato a poco a poco, a forza di toppe e di rabberciature, un apparecchio di ortopedia alla rovescia. Senza accorgersene, esso si era ridotto ad essere un artefice di diseducazione processuale, un istigatore di cattivi costumi giudiziari...

PRIMO AVVOCATO — Qui, caro professore, mi pare proprio che tu passi il segno. Tu parli come se sotto il vecchio Codice la giustizia civile andasse a rotoli: mentre tutti sappiamo per esperienza personale che i difetti della procedura, per gravi che fossero, non hanno mai impedito agli avvocati di vincer la cause giuste nè ai giudici di pronunciare le giuste sentenze.

IL TEORICO — Ragione di più per ammirare i giudici e gli avvocati, i quali in gran maggioranza sono riusciti a mantenere intatte le loro migliori qualità personali, nonostante che il procedimento sembrasse fatto apposta per aprire il varco a quelle peggiori. Ecco, io voglio porre la mia tesi sul terreno pratico: io sostengo, e sono pronto a darne la dimostrazione, che tutti i rimproveri che i giudici muovono agli avvocati (e viceversa) hanno la loro prima origine in un grosso guasto che da decennî ha scompaginato i congegni del vecchio procedimento; riparato quel guasto, sï vedrà che quei rimproveri non avranno più alcun fondamento. Per far la riprova di questa mia tesi, io invito i magistrati e gli avvocati qui presenti a esporre in termini categorici, come se si trattasse di formulare una requisitoria, le loro reciproche lagnanze: e mi sarà facile dimostrare, spero, che tutte le accuse che essi credono di muovere ai costumi degli uomini, si risolvono in sostanza in critiche ai difetti delle leggi.

L'INGENUO — Prima di fare questo esperimento, vorrei che tu ci dicessi in anticipo, se non ti dispiace, in che consiste questo grosso guasto delle leggi, dal quale, secondo te, derivano tutte le cattive abitudini dei giudici e degli avvocati. Solamente con

questa premessa mi pare che la tua riprova potrà riuscir persuasiva.

Il teorico — E' giusto, e ti contento subito. Secondo me il difetto fondamentale del procedimento cosiddetto « sommario », introdotto in Italia colla legge del 31 marzo 1901, si può riassumere in questa formula: *che il processo nasce prima del giudice,* o anche, se preferite, in quest'altra: che *il giudice entra quando gli avvocati escono...* Come si svolgeva secondo il procedimento sommario un giudizio civile, ce l'hai già descritto tu con colori molto accesi: tu stesso nella tua ingenuità hai rilevato la stranezza di quelle udienze dinanzi ad una larva di magistrato, tenute soltanto per dar modo agli avvocati di scambiarsi le loro comparse, prima che nell'udienza finale l'organo giudicante si trovasse finalmente individuato e fissato in magistrati di carne e d'ossa. In questo modo c'era sì nel processo, fino dalla prima udienza, un giudice: ma era un giudice senza nome e senza volto, un giudice « fungibile », per così dire, il quale veniva in udienza solamente per rinviar le cause, rimanendo assolutamente ignaro del merito di esse e del contenuto delle comparse che frattanto gli avvocati si scambiavano in sua presenza. In questa fase iniziale del processo, che di rinvio in rinvio poteva portar via qualche mese o, addirittura, qualche semestre, il *vero* giudice, il giudice *vivo* che avrebbe dovuto legger le scritture e studiar la causa e pronunciar la sentenza, *non era ancora nominato*: non c'era ancora in questo periodo, un giudice o un collegio individuato che avesse assunto in concreto la responsabilità e la direzione di quel processo. In questo senso vi dicevo poco fa che nella vecchia procedura (quella che sta per scomparire) *il processo nasceva prima del giudice...* Da questa mancanza di un giudice al quale personalmente fosse affidata fin da principio la cura della causa, derivava che la redazione delle scritture defensionali era interamente abbandonata agli avvocati, i quali potevano cacciarvi dentro tutto quello che saltava loro in mente, senza timore che il giudice al quale esse comparse erano indirizzate (e che fino al giorno dell'udienza finale rimaneva dietro le quinte come una pura ipotesi) potesse muovere un dito per richiamarli all'argomento o per chiedere schiarimenti sui punti oscuri. E quando finalmente, all'udienza finale, il giudice da ipotesi si trasformava in concreta realtà, allora, nello stesso momento, gli avvocati gli consegnavano tutto il fascicolo delle comparse preparate per lui prima della sua nascita, e con un bell'inchino uscivan di scena...

L'INGENUO — Facevano dunque, gli avvocati, come uno che si mettesse a scriver lettere d'amore prima di sapere se è nata la bella a cui le indirizza...

IL TEORICO — Proprio così: e che alla fine, quando finalmente il suo sogno si è incarnato in una creatura viva, gliele offrisse tutte insieme, ordinate e rilegate in epistolario, e subito si allontanasse per non darle tempo di rispondere. Questa era infatti la incongruenza anche più grave del processo sommario: che quando finalmente era stato individuato, nell'udienza finale, il collegio incaricato di giudicar la causa ed il giudice relatore incaricato di studiarla, ogni curiosità che questo avesse di chiedere agli avvocati lumi e postille sui punti oscuri o lacunosi delle scritture, era destinata a rimanere insodisfatta, perchè, quando lo studio del giudice relatore incominciava, nello stesso momento era finita l'opera degli avvocati. Così il processo di cognizione, che logicamente si concepisce come una specie di dialogo tra gli avvocati e il giudice (tra gli avvocati che informano il giudice, e il giudice che li interroga per essere informato), si riduceva ad essere la successione di tanti monologhi staccati, tenuti da solisti che, appena avevano finito di declamare il proprio pezzo, si affrettavano a uscire di scena per non sentire l'interlocutore che attaccava la sua parte. Finchè c'erano gli avvocati che si rivolgevano al giudice, il giudice non c'era; appena veniva il giudice, gli avvocati erano dileguati... Parlare di « collaborazione » tra giudici e avvocati era, in un procedimento così congegnato, un'utopia. Collaborare vuol dire lavorare insieme: ma come potevano lavorare insieme nel vecchio processo sommario gli avvocati e i giudici, se il loro lavoro doveva svolgersi in periodi cronologicamente distinti, in modo da vietare tra loro ogni incontro ed ogni intesa?

L'INGENUO — Se non m'inganno, questo mancamento della procedura è molto somigliante a quello che nel funzionamento dei motori noi chiamiamo « sfasamento »: quando nel motore a scoppio le valvole non si aprono a tempo, e anticipano o ritardano rispetto alle varie fasi in cui viene a trovarsi lo stantuffo...

SECONDO GIUDICE — Proprio così: sfasamento degli avvocati, queste rumorose valvole del processo, la cui funzione si riduce a qualche scoppio fuor di tempo, e a qualche getto prepotente di vapore...

SECONDO AVVOCATO — Proprio così: sfasamento dei giudici, questi cigolanti stantuffi che servono soltanto a rallentare il processo...

Il teorico — Calma, amici; non ricominciate il diverbio. Sfasati non sono, in sè stessi, nè gli avvocati nè i giudici; lo sfasamento è nel motore, cioè nella procedura, che finora ha impedito a questi due congegni ugualmente necessari della giustizia, che sono gli avvocati e i giudici, di funzionare a tempo e di corrispondersi. Questo sfasamento della procedura è la vera causa di tutte le cattive abitudini che i giudici e gli avvocati a vicenda si rimproverano: come potrò dimostrarvi se, ritornando all'esperimento che poco fa vi proponevo, avrete la bontà di formulare con calma le vostre reciproche lagnanze. Do la parola ai giudici.

(*Momento di pausa: giudici e avvocati si consigliano fra loro, per prepararsi a formulare le accuse. Il teorico fa da presidente; l'ingenuo continua a divertirsi; il filosofo continua ad ascoltare e tacere*).

Primo giudice — Comincerò dalle scritture degli avvocati: le quali sono, assai spesso (bisogna riconoscerlo), abilmente architettate e ornate di molta dottrina; ma assai di rado danno al lettore quel senso di confidenza e di riposo che sopra tutto vorremmo trovarvi noi giudici, assetati della verità e non del bello stile. Certe volte abbiamo l'impressione, noi giudici, che tutta l'abilità degli avvocati sia impegnata, anzichè a trattare i punti decisivi della causa, a scivolarvi d'intorno; e che le loro comparse meritino di esser considerate, più che per quel che dicono, per quello che non vogliono dire... Se nella scrittura di un avvocato leggiamo che una certa questione non ha importanza, sùbito ci viene il sospetto che proprio quella sia la questione essenziale della causa e che, se l'avvocato non ama toccare quel tasto, vuol dire che si è accorto ch'esso suona male per lui. Insomma, se dobbiamo esprimer il nostro sentimento sulla dialettica degli avvocati, ci sembra che essa sia sopra tutto ammirevole nella preterizione e nella digressione...

Secondo giudice — Troppo blando, troppo blando, caro collega: altro che dialettica ammirevole! Diciamo pane al pane: le scritture degli avvocati sono fatte apposta, nella massima parte dei casi, per trarre in inganno i giudici; tutto quello stile fiorito, tutti quei paragoni ed aforismi e sfilzate di autori non mirano ad altro che a cambiare le carte in tavola. Se stesse a me, io proibirei le scritture degli avvocati come si proibiscono le armi insidiose.

Il teorico — Che cosa rispondono, di fronte a questa prima accusa, gli imputati?

Primo avvocato — Faccio notare ai signori giudici che ufficio del difensore non è quello di ricercare imparzialmente la verità; ma quello di mettere in evidenza le ragioni del proprio cliente, ossia solamente quella porzione della verità che può giovare a far trionfare la sua difesa (a mettere in evidenza quell'altra porzione ci deve pensare l'avvocato avversario). Ora non si deve dimenticare che le nostre memorie defensionali nascono in solitudine, nel segreto del nostro studio, senza che ci sia di fronte a noi, mentre le scriviamo, nè il contraddittore per confutarci nè il giudice per richiamarci all'argomento. E' proprio questa solitudine che assai spesso ci porta, senza che ce ne accorgiamo, alle più arrischiate acrobazie logiche: se dinanzi a noi, mentre scriviamo, ci fosse il giudice presente ad osservarci, credo che pur cercando, com'è nostro dovere, di dire tutte e soltanto le ragioni favorevoli al nostro cliente, non avremmo il coraggio di imbarcarci a sostenere per lui certe tesi audaci, che talvolta, nel silenzio della nostra biblioteca, ci seducono come belle occasioni per mettere a prova il nostro virtuosismo dialettico. I libri, voi lo sapete, sono pericolosi, perchè qualsiasi fandonia, a leggerla stampata su un libro, diventa un autorevole precedente: e specialmente sono pericolosi i repertorî di giurisprudenza, che non rifiutano mai, a chi sa cercare, qualche bella massima fatta apposta...

Secondo avvocato — ... (dai giudici)...

Primo avvocato — ... per giustificare le tesi più sballate. E allora, quando ci siamo riscaldati così la testa sui libri, si comincia a scrivere: e la carta paziente non si ribella mai al flusso dei nostri periodi. *Carta non erubescit...*

Il teorico — Su questo punto mi pare che non occorra aggiunger altro. Gli avvocati, in sostanza, riconoscono che l'accusa dei giudici è fondata; ma giustamente osservano che tutto questo non avverrebbe se, mentre essi espongono i loro argomenti defensionali, il giudice fosse presente. Ecco dunque dimostrato, intanto, che questa prima accusa formulata dai giudici contro gli avvocati ha la sua vera origine nella mancanza di diretto contatto tra avvocati e giudici, cioè, in sostanza, nello « sfasamento » della procedura. Passiamo al secondo capo d'accusa.

Secondo giudice — Ora voglio parlare io, perchè il mio collega è, per sua indole, troppo mite. Lasciamo andare le difese scritte: ammettiamo per un momento che la sovrabbondanza delle scritture sia proprio una conseguenza di quel tale « sfasamento », al quale il professore dà tutte le colpe. Ma come spiegate allora che tutti i difetti dello stile scritto si ritrovino, non solo identici ma aggravati, nell'oratoria degli avvocati, i quali, quando recitano in udienza quelle prediche filate ch'essi chiamano arringhe, si diffondono quasi sempre in divagazioni inutili e si guardano bene dal toccare i punti essenziali della causa, quelli sui quali noi giudici ameremmo unicamente essere illuminati? Qui non mi verrete a dire che la colpa è dello « sfasamento »: qui, in udienza, i giudici sono ben presenti...

Secondo avvocato — (... anche se non sempre ben desti...)...

Secondo giudice — ... e tuttavia gli avvocati continuano a parlare per conto loro, come se i giudici non ci fossero.

Primo avvocato — Anche questi rimproveri che si muovono all'oratoria degli avvocati dovrebbero esser rivolti piuttosto, a volere esser giusti, alla struttura del processo. Non dimenticate che noi avvocati civilisti, quando raramente ci è concesso di discutere oralmente una causa, andiamo all'udienza di discussione in queste precise condizioni: che quella è la prima volta in cui ci è dato di vedere in faccia i nostri giudici, e che quella è la prima volta in cui quei giudici senton parlare della nostra causa... In tali condizioni, come si fa a tener desto l'interesse dei giudici col parlare di una materia che per loro riesce in quel momento assolutamente nuova? come si fa a indovinare in anticipo quali saranno i punti della causa su cui il giudice relatore, quando di lì a qualche settimana studierà i fascicoli, fermerà la sua attenzione? Nella più assoluta ignoranza di quello che i giudici potranno pensare della causa quando l'avranno studiata a fondo, senza alcuna possibilità di prevedere le obiezioni che i giudici potranno fare, in camera di consiglio, alle nostre tesi, le nostre arringhe si riducono per forza ad esser quasi sempre una ripetizione di quello che già abbiamo scritto nelle comparse. E poi, nel procedimento che finora si seguiva, c'era questa regola formale: che delle deduzioni svolte oralmente in udienza il giudice non poteva tener conto se non le ritrovava ripetute tali e quali sulle scritture. Ecco perchè la nostra eloquenza, che in una procedura ben congegnata dovrebb'essere una specie di serrata scher-

ma fatta per persuadere, si è ridotta ad essere, nel vecchio processo scritto, un vaniloquio inutile fatto per conciliare il sonno.

Il teorico — Mi pare, così, che anche il secondo capo d'accusa proposto dai giudici contro gli avvocati trovi la sua discriminante nello « sfasamento ». Se gli avvocati civilisti quando parlano avessero per interlocutori magistrati già informati della causa, e se i magistrati, invece di stare in silenzio come vittime designate a sentir l'avvocato che recita un monologo preparato in anticipo, potessero interromperlo quando divaga e stimolarlo con obiezioni e avvertimenti, l'eloquenza forense sarebbe assai più apprezzata anche dai giudici. Anche qui, dunque, la prima colpa è della procedura.

E sentiamo ora quali sono le accuse che gli avvocati muovono a carico dei giudici.

Primo avvocato — Ecco, noi lamentiamo prima di tutto che i giudici abbiano contro di noi, cioè contro il nostro ordine in generale, una certa diffidenza...

Secondo avvocato — ...se non si vuol dire addirittura un vero e proprio disprezzo...

Primo avvocato — Ci lamentiamo della scarsa attenzione colla quale leggono le nostre scritture...

Secondo avvocato — ... quando addirittura non si rifiutano di cominciare a leggerle. Io stesso potei verificarlo una volta con questi occhi: avevo messo per prova una gocciolina di gomma tra due pagine di una mia comparsa in modo che per leggerle bisognava staccarle; voi non ci crederete, ma quando andai a ritirare il fascicolo dopo la sentenza, le ritrovai ancora appiccicate!

Primo avvocato — Ci lamentiamo della scarsa attenzione colla quale ascoltano le nostre discussioni...

Secondo avvocato — ... anzi dei manifesti segni di angoscia e di dispetto che essi danno al principio delle nostre arringhe, e poi del rasserenato sopore in cui questi segni di lì a poco si raddolciscono...

Primo giudice — Questi sono i soliti luoghi comuni, coi quali gli avvocati, traendo appiglio da qualche episodio isolato (*quandoque bonus dormitat iudex*), cercano di mettere in cattiva luce tutta la magistratura... E tuttavia, anche se tutte queste accuse fossero

fondate, con che cuore potreste muoverci tali rimproveri, quando anche voi avvocati avete riconosciuto la scarsa attendibilità delle vostre scritture e la inevitabile inutilità della vostra oratoria?

Il teorico — Anche qui il vero responsabile è il procedimento...

Primo avvocato — Ma ciò che sopra tutto addolora ed umilia noi avvocati è questo senso non diciamo di ostilità, ma certo di freddezza, di incomprensione e di estraneità che grava sulle relazioni tra noi e i giudici: come se fra noi e loro fosse stata tirata su una muraglia, attraverso la quale, per quanto si gridi, non si riesce ad intenderci. Forse anche questo è un effetto della procedura, secondo la quale i soli contatti leciti tra i difensori e i giudici sono quelli che avvengono in udienza, quando tra noi e loro c'è la distanza e la solennità dell'aula.

In questa atmosfera di lontananza spirituale che si è creata fra noi, la virtù tipica del magistrato, quella che sembra inseparabile dallo stile e dalla correttezza della sua funzione, è la riservatezza, la inaccessibilità, starei per dire la impenetrabilità. Ora nessuno nega che questa riservatezza sia una bellissima e necessaria virtù fuori del processo (e per questo noi ammiriamo ed amiamo quei magistrati che per sfuggire a tutte le inframmettenze e a tutte le tentazioni rinunciano alle amicizie e alle compagnie, e vivono ritirati e solitari come asceti); ma dentro il processo essa diventa un impaccio e un controsenso. Questo è proprio l'ostacolo più grave alla nostra reciproca comprensione: noi avvocati, sia pure, ci muoviamo troppo; ma voi giudici, vivaddio, state troppo fermi! Mentre l'avvocato abbonda in scrittura e in loquela e in gesti, il giudice rimane fino al giorno della sentenza rannicchiato in una inviolabile torre d'avorio: è la sfinge muta, il budda impassibile che dall'alto del banco ti osserva col suo sguardo di porcellana.

Se il giudice, nello studiar la causa, si imbatte in qualche scoglio da cui uno schiarimento del difensore potrebbe subito trarlo, si guarda bene dal rivolgersi a lui, e preferisce, pur di non abbandonare quel suo sussiego, fare una sentenza basata sull'equivoco, della quale si consola pensando che sarà raddrizzata in appello...

Primo giudice — E come potrebbe far diversamente, se quando il giudice studia la causa, il periodo dell'istruzione è già chiuso, e gli avvocati non possono più parlare?

Primo avvocato — Se il giudice si accorge che una delle parti, o per aver dimenticato di registrare un documento o per aver trascurato un termine, sta per esser presa in una trappola, non muove un dito per metterla sull'avviso mentre sarebbe ancora in tempo: vede che uno sta per cadere nel fosso, e invece di tirarlo per un braccio, ce lo lascia cadere e poi fa una solenne sentenza per dichiarare che c'è caduto...

Primo giudice — E come potrebbe far diversamente senza tradire in questo modo la sua imparzialità?

Secondo avvocato — Si tratta di imparzialità, o non piuttosto di indifferenza e di pigrizia? La massima cura dei giudici, fino a che non hanno fatto la sentenza, è quella di non compromettersi, di non sbottonarsi: bisogna assolutamente che l'avvocato ignori fino all'ultimo momento ciò che passa nelle loro teste. Io ho notato, nella mia lunga esperienza professionale, che alcuni magistrati hanno preso l'abitudine, mentre ascoltano gli avvocati che parlano in udienza, di far colla testa ritmici cenni di assentimento. L'avvocato novellino, a veder la testa del giudice che dice di sì, si illude di aver la vittoria in pugno; ma non sa, lo sciagurato, che la testa del giudice dirà di sì anche al suo avversario...

Sul volto dei giudici l'abitudine ha fissato una specie di maschera professionale, fatta apposta per lasciar disorientato l'interlocutore: così a noi avvocati accade di attender la pubblicazione della sentenza collo stesso animo sospeso con cui si aspetta l'estrazione della lotteria...

Nessuna arte è difficile come quella dei pronostici giudiziari. A tutti noi avvocati è capitata almeno una volta, nella nostra vita professionale, questa esperienza: di aver discusso più cause negli stessi giorni, e di aspettare quindi negli stessi giorni la pubblicazione di più sentenze. Sull'esito di alcune non ci attentiamo ad arrischiar previsioni; ma non manca mai tra esse quella che siamo rassegnati a perdere, perchè sappiamo che è una causa sballata; e quella, viceversa, sulla quale la vittoria ci par sicura, perchè siamo convinti di aver ragione... Tutti gli avvocati sanno benissimo come va immancabilmente a finire questa storia: quella che si doveva vincere si perde, e quella che si doveva perdere... è un trionfo!

Il teorico — Basta così: la nostra discussione ha già durato abbastanza, e per oggi mi par che già sia tempo di separarci. Anche se si continuasse un'altra ora su questo argomento, apparirebbe sem-

pre più evidente che anche le lamentele degli avvocati contro i giudici hanno la loro prima radice nella struttura del processo: è proprio questo che ha creato tra i giudici e gli avvocati la distanza spirituale ch'essi giustamente deplorano...

L'INGENUO — E così, a quel che pare, questa nostra prima conversazione si chiude con questo bilancio: gli avvocati e i giudici son tutti d'accordo nel riconoscere che i processi civili (almeno come sono congegnati finora) si riducono per una ragione o per l'altra a un giuoco di tranelli, di incomprensioni, di ripicchi e di indovinelli... E allora, dico io, non vi pare che la vera saggezza consista nel tenersi lontani, come faccio io, dagli avvocati e dai giudici?

IL TEORICO — A questa tua domanda cercheremo di rispondere, se gli amici qui presenti saranno disposti a continuare il discorso, un'altra volta. Questa nostra conversazione è stata originata dalla tua curiosità di conoscere i pregi del nuovo Codice: ma poi l'intreccio del dialogo ci ha portato a parlare soltanto dei difetti di quello vecchio. Ma anche questo non è stato tempo perduto: quando ci ritroveremo, potremo più facilmente, partendo da quello che oggi si è detto sugli inconvenienti della vecchia procedura, renderci conto del modo con cui quella nuova confida di porvi rimedio.

DIALOGO SECONDO

nel quale si discorre dei modi coi quali il nuovo processo civile si propone di favorire le buone relazioni tra giudici e difensori
« de plano et sine strepitu »

PRIMO AVVOCATO — Eccoci nuovamente, amici, a discorrere del processo civile e della sua riforma. Speriamo che questa volta non ci accada di smarrire la strada nelle digressioni, come ci capitò nel nostro primo convegno: oggi proprio vorrei non andar via di qui senza aver saputo dal professore qualcosa di preciso sulla sorte che a noi avvocati riserva il nuovo Codice...

PRIMO GIUDICE — Anche noi giudici abbiamo la stessa curiosità, per quello che ci riguarda. Favella dunque, amico professore; noi pendiamo dalle tue dotte labbra...

IL TEORICO — Mi fate troppo onore a credere che io possa insegnarvi qualcosa: in fondo, il sistema migliore per apprendere il nuovo Codice sarebbe quello (scusate) di leggerlo attentamente da cima a fondo, per due o tre volte, facendo a meno delle chiose dei professori.

PRIMO AVVOCATO — Ben sai che divisa sacrosanta di noi avvocati è questa: non far mai oggi quello che potresti rimandare a domani. Io, per mio conto, leggerò il nuovo Codice la prima volta che lo dovrò mettere in pratica in un processo...

IL TEORICO — E allora, se volete che intanto io vi risparmi un po' di fatica richiamando fin d'ora la vostra attenzione sulle disposizioni che contano di più, eccomi sùbito ai vostri ordini. Riprendiamo dunque il discorso al punto dove lo avevamo lasciato...

L'INGENUO — Cioè, se ben ricordo, al punto dello « sfasamento »; questa è infatti, di tutto quanto fu detto nella precedente con-

versazione, l'unica idea chiara che m'è rimasta in testa: gli avvocati valvole che non vanno a tempo coi giudici stantuffi...

Il teorico — E ripigliamo pure da questo punto, se ti ha tanto colpito la fantasia. Diciamo allora, per rimaner nell'immagine, che lo scopo fondamentale del nuovo Codice di procedura civile è proprio questo: rimettere « in fase » il meccanismo della giustizia, facendo riprendere agli avvocati ed ai giudici quella simultaneità di ritmo che sola può permettere il massimo rendimento dei congegni processuali...

Secondo giudice — Ahimè, ahimè, che allegria, per noi giudici, questa riduzione della nostra giustizia a una faccenda di stantuffi e di ingranaggi!

Primo giudice — Non te la pigliare, collega: l'amico professore parla in termini di meccanica per farsi intendere dal meccanico che lo ascolta, ed anche, un po', per mettersi in linea collo stile dinamico del nostro tempo. Ma in fondo anche lui è persuaso che c'è una certa differenza tra gli uomini e le rotelline, tra i motori a scoppio e l'umanità...

Il teorico — Tanto ne son persuaso che, per parlarvi del nuovo Codice, sento il bisogno di presentarvi prima di tutto un uomo vivo, dalla sensibilità e dall'intuito del quale dipenderà in gran parte la riuscita della riforma...

Primo avvocato — Chi sarebbe?

Il teorico — Il giudice istruttore.

Secondo avvocato — Hai detto il « giudice istruttore »? Ci sarà dunque nel nuovo processo civile un giudice chiamato così?

Il teorico — Precisamente.

Secondo avvocato — Ahi, mi par che si cominci male: questo nome, per noi avvocati, non preannuncia nulla di buono... ha un che di arcigno e di agro, che mette in soggezione. Nel processo penale, voi lo sapete al par di me, le indagini del giudice istruttore si svolgono nel segreto del suo ufficio, e i poveri avvocati devono rimanere fuor dell'uscio a fare anticamera fino a che l'istruzione non è chiusa. Si vuol dunque trasferire anche nel processo civile,

colla istituzione del giudice istruttore, questa fondamentale diffidenza contro gli avvocati che ispira il processo penale?

Il teorico — Non allarmatevi, amici. Il giudice istruttore del nuovo processo civile si chiama così perchè non è stato possibile trovar nel vocabolario una parola più adatta a indicar le sue funzioni; ma, in realtà, tra il giudice istruttore del processo penale e quello del processo civile non c'è di comune che il nome. In penale il giudice istruttore è un organo permanente, lo stesso per tutte le cause; e queste, prima di prender la loro strada alla luce del sole, devono passare dinanzi a lui per una trafila di segrete indagini preliminari, dalle quali gli avvocati sono rigorosamente esclusi; in civile, invece, il giudice istruttore è nominato volta per volta per ogni processo che si inizia, e fin da principio il suo uffico più importante è quello di tenersi in stretto contatto cogli avvocati delle parti. Si può dire dunque che nel processo civile il giudice istruttore rappresenta, di fronte agli avvocati, l'esponente di una tendenza perfettamente opposta a quella che si incarna nell'istruttore penale: se nella fase istruttoria del processo penale può parere che il difensore sia stato considerato come un pericoloso disturbatore della giustizia, il nuovo processo civile ha istituito il giudice istruttore proprio allo scopo opposto, che è quello di assicurare alla giustizia, fin dal primo inizio del processo, la preziosa collaborazione degli avvocati.

Primo avvocato — Spiegaci dunque come questo miracolo possa avvenire.

Il teorico — Naturalmente io non posso mettermi qui, in una conversazione che vorrebbe essere piacevole, a farvi il commento di tutti gli articoli del nuovo Codice che riguardano il giudice istruttore, e debbo limitarmi a poche idee fondamentali, per non correre il rischio di vedere addormentata tutta la compagnia...

Secondo giudice — (Che vendetta, per noi giudici, vedere anche gli avvocati cascar dal sonno...).

Il teorico — Si è già detto nella nostra prima riunione che nel procedimento sommario finora in vigore l'udienza serviva soltanto da sala di convegno per gli avvocati: solo quand'essi di rinvio in rinvio avevano ben bene impinguato di scritture i loro fascicoli, veniva fuori dai cortinaggi verdi il collegio per prenderli solennemente in consegna. Così il lavoro preparatorio, consistente nel-

l'esaminare le richieste di prove contenute nelle scritture dei difensori e nel disporre le indagini per arrivare a conoscere la verità, doveva farlo tutto quanto il collegio in camera di consiglio, pronunciando, per ogni mezzo istruttorio che ammettesse, altrettante sentenze interlocutorie. Orbene, nel nuovo processo tutto questo lavoro preparatorio, consistente nel disporre le prove necessarie per accertare i fatti e nel raccoglierle, sarà fatto senza spreco di inutili solennità dal giudice istruttore: e il collegio apparirà soltanto alla fine, quando il materiale probatorio sarà stato già raccolto e messo in ordine sulla tavola, e al collegio non rimarrà altro che tirare le somme... Così ogni causa, appena nata, troverà ad attenderla, bell'e pronto, il suo giudice istruttore...

Secondo giudice — Un giudice istruttore appositamente nominato per ogni causa?

Il teorico — Proprio così. Anche il nuovo processo civile comincerà con una citazione, all'incirca simile a quella in uso finora; con questa sola importante differenza: che le parti, invece di darsi fin da principio appuntamento a una udienza già fissata nell'atto di citazione, dovranno per prima cosa depositare in cancelleria, entro i termini fissati dalla legge, i loro fascicoli contenenti le scritture preparatorie cogli annessi documenti, in modo che già sia possibile, dalla lettura di questi, avere una idea esatta della fisionomia della causa. A questo punto il presidente (vi parlo del procedimento come si svolgerà dinanzi agli organi collegiali) prenderà visione dei fascicoli e designerà come giudice istruttore per quella causa uno qualunque, a sua scelta, dei giudici del tribunale, fissando anche la prima udienza nella quale i difensori dovranno comparire dinanzi a lui. Così il primo contatto tra il giudice e gli avvocati non avverrà nell'aula destinata alle solenni udienze collegiali, ma nell'ufficio del giudice istruttore, in una atmosfera di confidenza e di intesa.

Secondo avvocato — Ma allora, se ho ben capito, tutta la novità si riduce a un cambiamento di stanza: prima, col vecchio processo, si doveva fin dalla prima udienza salire al piano nobile, per trovarci dinanzi al presidente che rinviava le cause nell'aula grande; ora, col nuovo processo, cominceremo coll'andare in una stanzetta del pian terreno, dove i rinvii ce li darà il giudice istruttore...

Il teorico — Mi pare che tu non abbia capito nulla (colpa mia, che non ho saputo spiegarmi...). La differenza sarà in realtà molto più

profonda di quanto tu credi. Nel vecchio processo l'udienza presidenziale serviva soltanto al rinvio delle cause: e il presidente, dinanzi al quale sfilavano nel giro di un'ora tutte le cause chiamate con voce stentorea dall'usciere (in certi tribunali potevano essere anche due o trecento per udienza), non poteva fare altro che lasciarle passare, senza procurarsi il piacere di farne la conoscenza... Nel nuovo processo invece, il giudice istruttore sarà nominato coll'incarico *personale* di seguire da vicino l'andamento di quella singola causa che sarà stata affidata a lui: non vi saranno più, dinanzi a lui, udienze « in massa », ma ogni udienza istruttoria avrà il carattere di un appuntamento particolare, fissato apposta per quella causa e non per altre. Il giudice istruttore, insomma, non sarà più una persona « fungibile », che possa nel corso dello stesso processo cambiare dieci volte di volto e di nome: sarà un magistrato vivo e riconoscibile, chiamato Giuseppe o Gaetano, dinanzi al quale le parti in qualunque momento del processo potranno tornare colla sicurezza di rivedere una faccia di conoscenza... Insomma ogni causa, appena nata, troverà nel giudice istruttore...

Secondo avvocato — ... la sua levatrice e la sua nutrice...

Il teorico — Lasciamo andare i paragoni irriverenti: caso mai si potrebbe parlare di un precettore, che piglia la causa ai primi passi e non la lascia più fino a che non gli sembra di averla educata e istruita...

Primo avvocato — Questo paragone mi richiama in mente un discorso che mi fece una volta un cliente. Era un contadino toscano, di quelli che sotto il candore della parlata nascondono spesso una vena di bonaria canzonatura: nell'affidarmi la difesa in cassazione di una causa che si trascinava da più di cinque anni, mi disse umilmente: — Sor avvocato, questa causa la metto nelle su' mani: me la tratti bene... Ormai l'è grandina, l'ha quasi sei anni: tra poco la si può mandare a scuola... —

Il teorico — Il discorso può calzare anche per il giudice istruttore: il quale dovrà proprio affezionarsi ad ogni causa che gli viene affidata, e considerarla (senz'attendere il compimento dei sei anni) come una creatura da mandare a scuola...

L'ingenuo — Insomma qui, con tutti questi paragoni, non sono ancora riuscito a capire che cosa praticamente farà il giudice istruttore...

PRIMO GIUDICE — Ecco, su questo punto credo di essere anch'io in grado di chiarirti le idee, perchè queste disposizioni del nuovo Codice che parlano dei poteri dei giudici me le sono già imparate a mente. Istruire la causa significa, in sostanza, far tutto quello che è necessario per poterla presentare al collegio bell'e pronta per esser decisa: a tale scopo il giudice istruttore, dopo essersi orientato attraverso lo studio dei fascicoli depositati dalle parti, dovrà per prima cosa curarsi di mettere in chiaro quali sono i punti essenziali della causa, le questioni-chiave sulle quali dovrà essere concentrata l'indagine probatoria. In questo suo compito lo aiuterà sopra tutto la continua presenza dei difensori, dai quali nelle udienze che avranno luogo dinanzi a lui (una o più, secondo i bisogni di ogni causa) egli potrà ottenere oralmente tutti gli schiarimenti che gli sembreranno opportuni per rendersi conto delle loro tesi e per stimolare le loro repliche. Egli potrà, nell'atmosfera amichevole di queste riunioni non solenni, invitarli a precisare o a integrare quelle loro difese che gli sembrino oscure o manchevoli; potrà, qualora si accorga di qualche irregolarità degli atti, rilevare il difetto prima che sia diventato irrimediabile; potrà in ogni momento invitare le parti a comparire in persona dinanzi a lui, accompagnate dai difensori; e se non sempre riuscirà a conciliarle, potrà sempre riuscire a avvicinare le loro pretese e a semplificare le loro discussioni. E poi, quando i punti di indagine saranno chiaramente fissati, sarà lui, il giudice istruttore, che ordinerà le prove occorrenti e le raccoglierà dinanzi a sè, fissando una o più udienze istruttorie, allargando o restringendo i termini, ammettendo o vietando le produzioni tardive secondo l'esigenza della causa: da lui solo dipenderà accelerare o rallentare il tempo di questa fase, e decidere quando sia giunto il momento di chiuderla, per rimettere la decisione al collegio...

SECONDO AVVOCATO — Ti saluto, avvocatura! Questo era finora il compito tradizionale dei difensori: scontrarsi voleva dire avvicinarsi, studiarsi, scoprire reciprocamente le debolezze e le resistenze, fino a trovar finalmente, attraverso il libero giuoco delle difese, i veri punti di attrito, su cui il tribunale era chiamato a pronunciarsi. Ora il giudice istruttore viene a rubarci il mestiere.

IL TEORICO — Ecco l'inguaribile pessimista! Non hai dunque ancora capito che tutti i poteri conferiti al giudice istruttore saranno necessariamente esercitati alla continua presenza di tutt'e due i difensori? Bisogna che d'ora in avanti voi avvocati cessiate di figurarvi il giudice come un personaggio distante e inaccessibile, che

fa capolino dalla balaustrata della sua torre; tra il giudice istruttore e gli avvocati non vi saranno più nè cancelli nè scalini: « *de plano et sine strepitu iudicii* », come diceva la bella frase della nostra tradizione italiana; « tutti seduti allo stesso tavolino », si direbbe oggi. I poteri del giudice istruttore, per estesi che siano, non saranno dunque adoprati *inter absentes*, senza il controllo e senza la cooperazione moderatrice degli avvocati: saranno messi in opera *inter praesentes*, previo chiarimento reciproco, a faccia a faccia, del pro e del contro.

Secondo avvocato — E tu credi sul serio che in questo modo le relazioni tra i giudici e gli avvocati diventeranno migliori?

Il teorico — Ne sono sicuro: perchè credo che questo nuovo procedimento sia congegnato in modo da invogliare gli uni e gli altri a abbandonare le vecchie abitudini che li tenevano in diffidenza, e a mettere in esercizio le loro qualità migliori, che il vecchio procedimento lasciava inoperose.

Primo giudice — Credo anch'io che l'entrata in vigore del nuovo Codice produrrà nei giudici e negli avvocati un cambiamento di psicologia. Per essere buoni giudici istruttori bisognerà che i magistrati abbandonino quell'atteggiamento puramente ricettivo che finora sembrava inseparabile dalla loro mentalità professionale: bisognerà smetterla colla tradizionale contrapposizione, che si ripete con valore di simbolo psicologico, tra gli avvocati che stanno in piedi e i giudici che stanno seduti. Anche i magistrati dovranno abituarsi ad alzarsi dai loro scanni, a muoversi, ad agire, a gestire: da ricettivi dovranno diventare attivi, da statici dinamici...

Secondo giudice — Ecco che anche il mio buon collega, nel suo giovanile entusiasmo, comincia a sognare che le aule giudiziarie si trasformino nell'avvenire in palestre ginnastiche... Muoversi, agire, gesticolare, attivismo, dinamismo: bellissime virtù per un atleta... Ma qui, per noi giudici, non si tratta di far della ginnastica da camera: si tratta di *giudicare*, cioè di pensare e di sentenziare secondo giustizia... Altro che gesti, altro che dinamismo! Da che mondo è mondo, la virtù essenziale dei buoni giudici è stata considerata la imparzialità: ma per essere imparziali, per mantenere dinanzi alle cause da decidere quell'atteggiamento di indifferenza iniziale senza il quale anche la bilancia diventa bugiarda, bisogna necessariamente aspettare che i problemi da risolvere ci siano presentati dalle parti, e che provvedano i difensori a cercare, ognuno

per il proprio cliente, gli argomenti adatti a convincerci. Voi volete che d'ora in avanti i giudici gareggino cogli avvocati nel prendere audaci iniziative; ma come potremmo in tal caso rimanere imparziali, se ogni iniziativa implica una scelta e quindi una parzialità?

SECONDO AVVOCATO — Parole d'oro...

PRIMO GIUDICE — Un momento, un momento. Il mio collega parla come se il nuovo processo civile volesse trasformare i giudici in parti. Ma non bisogna fraintendere: anche nel nuovo processo il giudice non si muoverà se non su richiesta di parte: e i fatti su cui il giudice dovrà decidere saranno quelli, e soltanto quelli, che le parti avranno allegati. Nessuno ha in mente di cancellare dai giudizi civili i venerandi aforismi « *nemo iudex sine actore* », « *ne procedat iudex ex officio* », « *iudex secundum allegata decidere debet* », e così via. Ma, pur rimanendo riservato ai difensori l'ufficio tradizionale di formulare i temi su cui il giudice dovrà decidere, il giudice non sarà più legato alla iniziativa dei difensori quando si tratterà di procurarsi gli strumenti ottici per veder chiaro sui temi a lui sottoposti. Insomma, nel processo gli occhi ai quali si chiede di discernere la verità sono o non sono quelli del giudice? E allora, se è lui che deve vedere, lasciategli almeno la facoltà di scegliersi da sè gli occhiali adatti alla misura della sua vista...

SECONDO GIUDICE — ... mentre, se il giudice si affidasse soltanto agli avvocati, rischierebbe di ritrovarsi sul naso un paio di occhiali affumicati...

PRIMO GIUDICE — Il giudice, nel nuovo processo, dovrà abituarsi a mettere in opera da sè, senza aspettare che gli avvocati glieli suggeriscano, i mezzi che gli sembrino più adatti a scoprire la verità: interrogare direttamente le parti, farsi portare in udienza gli oggetti su cui verte la disputa, farsi aiutare nelle sue indagini da consulenti tecnici, muoversi per andare a ispezionare cose e persone. Non deve temere di sembrare curioso: anzi, deve considerar la curiosità come il primo dovere del suo ufficio. Deve abituarsi a domandare, a stimolare, a confutare, senza aver paura di lasciar trapelare in questo modo ciò che egli pensa della causa. Se l'affermazione di un litigante gli sembra non veritiera, perchè dovrebbe astenersi dall'invitare il bugiardo a dir la verità? se l'argomento di un difensore gli sembra sballato, perchè dovrebbe

riguardarsi dal dirgli sinceramente ch'egli è di diversa opinione? Finora il giudice se ne stava appartato e sospettoso, come il giocatore che teme di lasciarsi veder le carte: d'ora innanzi, se il giudice e gli avvocati vorranno evitare i malintesi, bisognerà che tutti, compreso il giudice, mettano le loro carte in tavola...

SECONDO AVVOCATO — Ho bene capito: sarà il giudice che d'ora in avanti insegnerà a noi avvocati come si fa a difender le cause... Invece del giudice istruttore avremo d'ora in avanti, per tenerci disciplinati, il giudice precettore... Così, anche da vecchi, torneremo a scuola.

SECONDO GIUDICE — La solita boria professionale degli avvocati: il solito pretendere che gli avvocati, questi superuomini del processo, non abbiano nulla da imparare da noi poveri giudici...

PRIMO AVVOCATO — Non è questo: è che avvocati e giudici non sono quantità omogenee che si possano pesar sulla stessa bilancia. Le più belle virtù degli avvocati diventerebbero, se si trasferissero nei giudici, gravissimi mancamenti, e viceversa. La loro collaborazione non può esser fondata che sul rispetto reciproco della loro diversità. Ognuno deve sentire i propri limiti: *ne sutor ultra crepidam...*

(*Pausa di malumore: il professore, per evitare che il diverbio si invelenisca, ripiglia la sua spiegazione*).

IL TEORICO — Da questo vostro vivace scambio d'idee mi accorgo che gli avvocati sono sopra tutto impensieriti di questa invadenza del giudice istruttore, che, secondo loro, minaccerebbe di annullare la loro funzione...

SECONDO AVVOCATO — Proprio così...

IL TEORICO — Ebbene, io vi dico che a ragionare così dimostrate di non saper vedere una spanna al di là del vostro naso... Eppure vi basterebbe riflettere un istante per capir questa semplicissima verità: che *nel nuovo processo ai maggiori poteri del giudice istruttore corrisponderà un proporzionale aumento dei poteri degli avvocati.*

PRIMO AVVOCATO — Questa proprio non riesco a capirla: se il giudice istruttore potrà andare per la sua strada facendo a meno degli

avvocati, come si può dire che questo segnerà per gli avvocati un aumento di importanza?

Il teorico — La cosa è molto semplice. Voi sapete che il giudice per arrivare a decider la causa deve percorrere un lungo itinerario logico, durante il quale gli si presentano, come altrettante tappe, numerose questioni da risolvere, di diritto e di fatto: e la sua sentenza è la conclusione ultima di queste premesse concatenate.

Secondo avvocato — Sì, sì, questo è il famoso sillogismo giudiziale, che abbiamo imparato a scuola...

Il teorico — Precisamente. Ora voi avvocati non dovete dimenticare che nel procedimento finora in vigore questo sillogismo giudiziale si creava per intero in camera di consiglio, con una gestazione interamente sottratta ad ogni ingerenza dei difensori: il relatore, infatti, si metteva a studiar la causa quando ormai gli avvocati avevano detto la loro ultima parola, ed era lui che in segreto indicava al collegio il cammino logico da seguire, senza che agli avvocati fosse concesso di conoscere la strada che egli aveva scelta e di accompagnarlo almeno per il primo tratto di essa... Nel nuovo processo, invece, voi avvocati sarete ammessi ad accompagnare il giudice per tutte le tappe dei suoi sillogismi, proprio fino alla soglia della sentenza definitiva: dal modo con cui l'istruttore formulerà le sue osservazioni, dalle prove che ammetterà, dai criteri che seguirà nel mettere in ordine le questioni (e magari anche dalla franca comunicazione dei suoi dubbi su certe vostre tesi defensionali) voi avvocati potrete rendervi conto dell'orientamento del suo pensiero e seguire da vicino le tappe del suo ragionamento: se non sarete ciechi, gli leggerete negli occhi la sua opinione. E se vi accorgerete ch'egli è sul punto di infilare una strada sbagliata, potrete fare quanto è in voi, prima che sia troppo tardi, per rimetterlo sulla buona via. E' vero che anche nel nuovo processo la decisione sarà riservata al collegio: ma insomma il giudice istruttore, che poi nella deliberazione collegiale avrà sempre l'ufficio di relatore, sarà durante l'istruzione l'occhio del collegio. Basterà che voi sappiate guardare in quell'occhio, per leggervi con grande approssimazione gli umori dell'organo deliberante: e così, poi, la vostra difesa dinanzi al collegio non sarà più fatta alla cieca...

Secondo avvocato — Ma in questo modo il giudice istruttore sarà onnipotente: quando avrà preso un dirizzone, chi lo fermerà?

Il teorico — Lo fermerà il collegio; che, anche se il giudice istruttore è l'occhio, sarà sempre, alla fine, il cervello pensante...

Secondo avvocato — Che collegio, che collegio! L'unico dei tre che avrà visto in faccia i litiganti e i testimoni, sarà il giudice istruttore; la impostazione delle questioni, nella quale sta in germe la soluzione della causa, sarà opera sua... Che potrà fare il collegio se non metter le firme alla sentenza bell'e preparata da lui?

Il teorico — Anche se nel nuovo processo le cose andassero come tu dici, non si potrebbe certo considerare ciò come un peggioramento: anche sotto il vecchio Codice, si era sempre sentito dire che la collegialità era un'illusione, perchè il vero *dominus* della sentenza rimaneva sempre, anche nelle deliberazioni collegiali, il giudice unico, cioè il giudice relatore. Ma in realtà nel nuovo Codice una differenza ci sarà, e sarà a favore degli avvocati: mentre nel processo finora vigente questa prevalenza del giudice relatore operava in segreto, senza che il difensore potesse in alcun modo reagire contro di essa, nel nuovo processo gli avvocati, presentandosi di fronte al collegio, non si troveranno interamente all'oscuro (come finora avveniva) sulle inclinazioni e sulle propensioni del giudice relatore: e della difesa dinanzi al collegio potranno efficacemente servirsi proprio per richiamare l'attenzione degli altri giudici sulle storture dell'istruttore e per stimolare sui punti giusti l'efficace controllo della collegialità.

Primo giudice — Bisogna riconoscere, sì, che sotto questo punto di vista la difesa degli avvocati dinanzi al collegio aumenterà di importanza nel nuovo processo...

Il teorico — Mi pare che gli avvocati possano esser contenti di questo primo riconoscimento, così sereno, dell'amico giudice... Ma ora c'è da dire un'altra cosa: che, cioè, coll'entrata in vigore del nuovo processo, avvocati e giudici bisognerà che si rassegnino a modificare non soltanto la loro mentalità, ma anche i loro metodi e i loro orari di lavoro...

(*Segni di costernazione generale*).

Secondo avvocato - Secondo giudice (*insieme*) — Che c'entrano gli orari di lavoro?

Il teorico — Ve lo spiego subito. Mi pare anzi che il mutamento di abitudini debba cominciare non soltanto fin dall'inizio del processo, ma anche prima che il processo si inizi: cioè dallo studio preliminare della causa. A questo proposito io chiedo agli amici avvocati di rispondere con assoluta sincerità a questa domanda: qual è il momento del processo in cui finora i difensori studiavano le cause?

Primo avvocato — A dir la verità, l'uso di noi avvocati è stato sempre questo: le cause prima si propongono e poi si studiano. La citazione è appena un abbozzo, un accenno, una direttiva; ma lo studio delle questioni si approfondisce e si perfeziona per la strada. Via via che l'avversario ci oppone un argomento, si studia quel punto per preparar la replica: le questioni, che da principio erano sovrapposte e confuse, si inquadrano e si mettono in fuoco ad una ad una. La vera fisionomia della causa vien fuori pezzo per pezzo, a forza di attrito, come nelle decalcomanie dei bambini.

Il teorico — Ebbene, d'ora in avanti bisognerà che cambiate sistema: prima di iniziare una causa, dovrete avvezzarvi a studiarla a fondo. E questo per due ragioni.

Prima di tutto perchè il nuovo Codice, per indurre i litiganti a vuotare fin da principio il sacco delle loro ragioni, renderà normalmente impraticabile il graduale adattamento delle difese in corso di causa. Le prove dovranno esser proposte fino dalla citazione; nuove deduzioni saranno di regola vietate dopo la prima udienza istruttoria; e il divieto di nuove prove e nuove eccezioni in appello limiterà grandemente la possibilità di riparare in seconda istanza i guasti prodotti da una difesa sbagliata in primo grado. L'avvocato dovrà dunque aver occhio fin da principio a tutta la causa, e affrettarsi a presentare in tempo tutte le difese; perchè potrà bastare una sua negligenza o una sua svista a rovinar senza rimedio le ragioni del cliente.

Ma questo studio preventivo della causa sarà necessario anche per un altro verso: pensate che fin dalla prima udienza il difensore si troverà di fronte a un giudice istruttore perfettamente informato della causa, dal quale dovrà aspettarsi, nella trattazione orale che potrà cominciare sùbito, richieste di chiarimenti su tutti i punti. Se non vorrà far brutta figura e tradire gli interessi del cliente, l'avvocato dovrà dunque prepararsi in anticipo a rispondere su due piedi a tutte le prevedibili curiosità del giudice...

Secondo giudice — Cari amici avvocati, bisognerà d'ora in avanti rigare diritti... Oggi, quando in udienza vi mettete a parlare dinanzi a un collegio che ignora l'abbiccì della causa, potete barcamenarvi a piacer vostro senza che i giudici si accorgano delle lacune della vostra preparazione. Ma domani, quando il giudice istruttore seduto dinanzi a voi vi chiederà amabilmente di illuminarlo su una questione giuridica non sufficientemente chiarita nelle vostre scritture, non potrete pregarlo di pazientare un poco, tanto da darvi tempo di correre al vostro studio a consultare la voce del « Nuovo Digesto Italiano »...

Secondo avvocato — Ma sarà poi sicuro che il giudice istruttore possa venire in udienza così perfettamente informato della causa come voi immaginate?

Il teorico — Questa è una delle condizioni indispensabili per la buona riuscita del nuovo procedimento: e proprio a questo scopo è preordinato il deposito preventivo dei fascicoli di parte e la formazione del fascicolo d'ufficio, lo studio dei quali permetterà al giudice istruttore di assumer fin dalla prima udienza la direzione effettiva del dibattito...

Secondo avvocato — E che cosa poi succederà se, nonostante il deposito delle scritture preparatorie, il giudice istruttore verrà in udienza senza neanche averle guardate? se il sistema, che tu rimproveri agli avvocati, di studiar le cause per la strada, si rivelerà preferito per l'appunto dai giudici? Io ho una gran paura che l'udienza istruttoria, che tu, nel tuo candore di teorico, immagini così ricca di movimento e di sorprese, sarà nella realtà una cosa assai monotona e burocratica: il giudice istruttore vi comparirà, annoiato e distratto, tanto per fare atto di presenza; gli avvocati detteranno al cancelliere (o magari gliele consegneranno già preparate in iscritto) le deduzioni da mettere a verbale; e il seguito alla prossima volta...

Il teorico — Questo sarebbe, parliamoci franchi, il fallimento della riforma. Se l'udienza istruttoria dovesse essere considerata dai giudici come un perditempo, se tutta la funzione del giudice istruttore si dovesse ridurre a porre sbadigliando qualche firma sul verbale redatto dal cancelliere... meglio varrebbe, in verità, rimanere all'antico. Per questo, come già vi ho detto, è indispensabile che anche i giudici (e non soltanto gli avvocati) si creino una nuova mentalità, abituandosi a considerare l'udienza istruttoria

come la fase più importante di tutto il processo, e la buona riuscita di essa come un loro impegno d'onore.

L'INGENUO — Scusate se interrompo per un momento, con una domanda di carattere pratico, queste vostre belle argomentazioni. Da quello che m'è sembrato di intendere, ogni causa dovrebbe avere fin da principio il suo giudice istruttore: il che vorrebbe dire, se ho ben capito, che ad ogni giudice istruttore debba essere affidata una sola causa e non più... Ma come questo sarà possibile, se finora per ogni udienza (io stesso l'ho visto con questi occhi) si trovavano radunate dinanzi a un solo magistrato diecine e diecine, e forse centinaia di cause? Esisteranno dunque d'ora in avanti in ogni tribunale centinaia di giudici istruttori e centinaia di cancellieri per permettere ad ogni causa di aver la sua propria istruzione? E dove saranno le stanze per permettere a questo popolo di giudici istruttori di lavorare in pace, ciascuno nel proprio ufficio, come altrettante api nella propria celletta?

PRIMO GIUDICE — Hai toccato senz'accorgertene il *punctum pruriens* della riforma. Le dissertazioni dell'amico professore sullo spirito d'iniziativa che dovrà animare il giudice istruttore e sullo zelo che egli dovrà porre nello studiare a fondo la causa fin da principio, sono belle e commoventi; ma in pratica come farà il giudice istruttore ad affezionarsi alle cause (« come una nutrice », ha detto qualcuno), se ne dovrà contemporaneamente portare sulle braccia qualche diecina?

SECONDO GIUDICE — E come dovrà fare, il giudice istruttore, ad esplorare con attenzione e senza fretta tutti gli aspetti del processo a lui affidato, se gli sarà impossibile trovare nei locali della giustizia non dico una stanza tutta per sè, ma almeno un tavolino e qualche seggiola e un cancelliere a sua disposizione?

IL TEORICO — Tutto questo, miei cari, non riguarda il Codice di procedura: se devo spiegarvi come funzionerà il nuovo processo civile, bisogna che io dia per risolti i problemi attinenti all'« organico » e all'edilizia. Considerate intanto che nelle udienze presidenziali del vecchio procedimento le cause figuravano assai più numerose di quello che fossero in realtà, perchè ogni causa, di rinvio in rinvio, riappariva in udienza fino a cinque volte e più, e perchè, attraverso le sentenze interlocutorie, quella che era cominciata come una causa sola prolificava in numerose ramificazioni; c'è da sperare, dunque, che quando entrerà in vigore il

nuovo procedimento, la sproporzione tra il numero delle cause e il numero dei magistrati occorrenti per istruirle non sarà così grande come a prima vista si potrebbe temere.

Considerate poi che ogni giudice potrà contemporaneamente avere in istruttoria più di una causa (purchè, si capisce, non ne abbia troppe, in modo da doverle poi trascurare tutte quante...).

Ma, in ogni caso, io debbo lealmente dichiararvi che tutto quello che vi ho detto finora e vi dirò sul nuovo processo, parte dal presupposto che i giudici in funzione siano in numero corrispondente alle esigenze della nuova procedura, e che i locali giudiziari siano, come si suol dire, all'altezza della situazione... In mancanza di che, questi nostri ragionamenti rimarrebbero pura accademia...

L'INGENUO — Già, ma anche per le accademie c'è la ricetta antica: « le accademie si fanno... » con quel che segue.

IL TEORICO — Piuttosto, invece di divagare, io vi invito a considerare che i nuovi metodi di lavoro che si imporranno ai difensori e ai giudici porteranno necessariamente a un cambiamento di stile nell'oratoria forense. La forma scritta non sarà più il tramite unico e indispensabile delle difese: le scritture avranno una funzione introduttiva e preparatoria, ma l'istruzione avrà carattere essenzialmente orale. Dunque...

PRIMO GIUDICE - SECONDO GIUDICE (*insieme*) — Dunque i signori avvocati scriveranno di meno...

PRIMO AVVOCATO - SECONDO AVVOCATO (*insieme*) — ... ma parleranno di più.

IL TEORICO — Parleranno di più, sia pure, ma parleranno in un altro modo: non dico che parleranno « meglio » nel senso artistico, ma parleranno « più utilmente » allo scopo pratico di informare e persuadere il giudice. La parlata degli avvocati dovrà diventare, come certa architettura moderna, sempre più « funzionale »; il dialogo sostituirà il monologo, le frasi spezzate della conversazione sostituiranno i periodi rotondi della *recitatio solemnis*. Nella fase istruttoria non ci sarà più posto per gli squarci di eloquenza, perchè il tavolino intorno al quale si sta seduti non è un trampolino adatto per gli slanci oratorî; ma ci sarà quella immediata comprensione tra interlocutori vicini, che permette di dir tutto quello che occorre, e non una parola di più.

Secondo giudice — E se uscirete dai binari, il giudice istruttore vi interromperà...

Secondo avvocato — E noi ben volentieri accetteremo le interruzioni, perchè quando il giudice interrompe vuol dire che, una volta tanto, ha capito.

Primo avvocato — E poi è proprio di fronte al fuoco di fila delle interruzioni che si misura la resistenza delle tesi defensionali: io stesso ne ho avute ripetute esperienze in cassazione.

Primo giudice — Sentiamo.

Primo avvocato — La Corte di cassazione, come voi sapete, è l'unico organo giudiziario dinanzi al quale si rispettino ancora le tradizioni dell'eloquenza forense: per tutti i ricorsi, di regola, si fa la discussione orale. Ma naturalmente, siccome ad ogni udienza possono essere assegnati otto o dieci ricorsi, su ciascuno dei quali deve prima riferire il consigliere relatore, poi discutere almeno un difensore per parte e alla fine concludere il procuratore generale, bisogna che i discorsi di tutti gli interlocutori siano regolati sul cronometro, se si vuol che l'udienza termini prima che faccia buio... Potete calcolare da voi che, anche a non concedere ad ogni arringa più di un quarto d'ora, certe udienze più cariche non possono esaurirsi in meno di sette o otto ore. Bisogna dunque che l'avvocato cassazionista, per non superare nella discussione orale i limiti imposti dalla discrezione, adotti un tipo di eloquenza disadorna e concentrata, nella quale siano toccati soltanto i punti essenzialissimi del ricorso. Per far questo bisogna naturalmente che l'avvocato abbia preparato in anticipo uno schema di quello che dirà: per riuscire prolissi si può anche improvvisare, ma per riuscire concisi bisogna aver scelto in anticipo e messo in ordine gli argomenti. Far questo non è difficile, con un po' di pratica, se il collegio sta in silenzio ad ascoltare: ma le cose cominciano a complicarsi quando ci si imbatte in qualche presidente meno tollerante, il quale, invece di lasciar l'avvocato svolgere il filo del discorsetto così come se l'era preparato, lo interrompe sul più bello, e gli dice: — Avvocato, su questo punto la Corte è già informata. La invito a svolgere piuttosto quest'altro punto... — Che cosa succede in questi frangenti? Bisogna distinguere. Se l'avvocato conosce a fondo la causa ed è convinto di sostenere una tesi giusta, quelle interruzioni non lo smontano ed anzi gli

servono da pungolo: anche se lì per lì perde il filo del discorso, ritrova subito, colla padronanza che egli ha della causa, il filo delle idee, e si sente subito in grado di sodisfare il desiderio del presidente. Ma se tutta la informazione che l'avvocato ha della causa si riduce a quei quattro argomentini che egli s'era appiccicato in mente mezz'ora prima (come accade quando un avvocato viene in udienza a discutere un ricorso preparato da altri) si può esser certi che la prima interruzione sarà bastante, come un colpo di spillo, a sgonfiar quella vescica: e l'oratore ridotto al silenzio uscirà dall'aula con aria imbronciata, borbottando che in questo modo si conculca la libertà della difesa.

PRIMO GIUDICE — In verità, mi pare che qui la libertà della difesa c'entri poco: essa infatti non ha mai significato libertà di far perdere tempo ai giudici, costringendoli ad ascoltare inutili ciarle...

SECONDO AVVOCATO — A proposito delle ciarle inutili, i vostri discorsi mi fanno tornare in mente un ricordo del mio noviziato professionale, quando frequentavo per impratichirmi anche le udienze penali delle preture. Una volta l'udienza era tenuta da un vicepretore onorario, un giovane avvocato della mia età; e un altro avvocato nostro amico fungeva da pubblico ministero. Io difendevo un povero diavolo imputato non ricordo più di quale contravvenzione, che poteva comportare una pena di qualche mese di arresti. Era già passato mezzogiorno: ma siccome non era rimasta da trattare altro che la mia causa, il pretore volle sbrigare anche quella, prima di chiudere l'udienza. Ci chiamò vicini al suo banco, me e il pubblico ministero, e ci disse: — Ragazzi, ho fame: vincerà la causa chi farà il discorso più breve. — Tornammo ai nostri posti, pronti alla gara. Si alzò il pubblico ministero, e tendendo verso il pretore la destra con tre dita alzate come se giocasse alla morra, disse semplicemente: — Tre! — e altro non aggiunse per far intendere che chiedeva tre mesi d'arresti. Mi sentii perduto: come riuscire ad esser più breve di così? M'alzai a mia volta, e senza pronunciar verbo, feci col braccio e colla testa un muto ma energico gesto di diniego; e mi rimisi a sedere. L'imputato fu assolto...

PRIMO GIUDICE — Che c'entra questa storia col nuovo processo civile?

SECONDO AVVOCATO — C'entra più di quanto vi sembri. Essa infatti può dimostrarvi a che cosa si ridurrà, nel nuovo processo civile, l'oratoria degli avvocati. L'eloquenza forense, questa nobile voce del

coraggio civile, questa arte classica fatta per tradurre il rigore del diritto in parole di commossa umanità, si ridurrà a una conversazione sciatta e disordinata, a un balbettamento di frasi lasciate a mezzo; quando addirittura, per paura di cader nell'oratoria, non ci intenderemo a forza di ammicchi e di strizzatine d'occhio...

Il teorico — Tu dimentichi, amico, che questa necessaria trasformazione dell'oratoria in dialogo conversato varrà per la fase istruttoria, ma non per la fase collegiale. Dinanzi al collegio, infatti, la discussione orale avrà un carattere panoramico e riepilogativo di tutte le questioni della causa: e proprio perchè questa discussione sarà stata preceduta dalle conversazioni del periodo istruttorio, essa potrà riacquistare quella efficacia dimostrativa e polemica e quel decoro formale che nel processo finora in vigore non aveva più da un pezzo.

Si è già detto a sazietà che nel vecchio processo la discussione orale aveva perduto ogni reputazione, perchè, dovendosi svolgere dinanzi a un collegio di magistrati ignari della causa, essa si riduceva quasi sempre a una battaglia contro i mulini a vento. Ma nel nuovo processo l'udienza collegiale si dovrà svolgere, per merito della istruzione precedentemente compiuta, in un'atmosfera di reciproca attenzione: i giudici del collegio conosceranno già, dalla relazione del giudice istruttore, le questioni salienti della causa; i difensori conosceranno già, prima di mettersi a discutere, i punti cruciali su cui il collegio avrà più bisogno di schiarimenti.

Alla discussione orale dinanzi al collegio sarà perciò restituita la funzione altissima di illuminare e di persuadere i giudici: e quando essi stessi si saranno accorti della sua utilità, basterà questo a far sì che anche nei processi civili l'eloquenza forense, ridiventata utile, torni ad essere ammirata.

Primo avvocato — Tutto questo non esclude che, col nuovo Codice, il centro di gravità del processo si trovi spostato dall'udienza collegiale all'udienza istruttoria: e che l'abilità dell'avvocato debba rivelarsi d'ora innanzi, prima che nella eloquenza togata dinanzi al collegio, nel tatto e nell'urbanità dinanzi al tavolino del giudice istruttore.

Il teorico — Mi par probabile: e proprio per questo penso che gli avvocati dovranno per forza rassegnarsi ad abbandonare certe loro inveterate abitudini di lavoro. Come sapete, gli avvocati anziani si vedono oggi assai di rado nelle udienze civili...

Primo avvocato — Si capisce! per chiedere un rinvio o per scambiare una comparsa all'udienza presidenziale bastava finora un praticante: per legger le conclusioni all'udienza collegiale era anche troppo il procuratore...

Il teorico — Senza dubbio: ma nel nuovo processo le sorti di una causa potranno dipendere dalla prima impressione che il giudice istruttore trarrà dalla formulazione orale delle questioni e dalle repliche immediate alle obiezioni dell'avversario. Bisognerà dunque che il difensore, anche se è un avvocato principe, vada da sè in udienza, quando la causa gli preme; per rispondere agli schiarimenti che il giudice istruttore potrà chiedere su qualunque punto della causa, e magari su certi aspetti imprevisti che per la prima volta affioreranno all'udienza, non basterà un sostituto inesperto o un commesso di studio...

Secondo avvocato — Ma come faremo noi avvocati, se ogni causa si svolgerà dinanzi ad un suo proprio istruttore, a seguire personalmente tutte le nostre cause? Se i varî giudici istruttori terranno udienza contemporaneamente, come faremo ad esser presenti alla stessa ora dinanzi a ciascuno di loro?

Primo giudice — Queste sono piccole difficoltà pratiche che si accomoderanno per via: con un po' di buona volontà si arriverà facilmente in ogni tribunale a stabilire il calendario delle udienze istruttorie in modo da conciliare le esigenze dei giudici con quelle dei professionisti. Non solo potrà accadere che un solo avvocato abbia più cause da difendere; ma potrà avvenire altresì che nello stesso periodo di tempo un giudice abbia più cause da istruire: e si provvederà caso per caso a eliminare gli incontri e le coincidenze. Non dimenticate il carattere elastico e antiformalista del nuovo procedimento, e i poteri larghissimi di cui il giudice istruttore potrà servirsi per regolare il corso dell'istruzione in modo da sodisfare le esigenze concrete di ogni singola causa. Se nella stessa mattina un avvocato dovrà assistere a due diverse udienze istruttorie, bisognerà bene che l'una o l'altra sia rinviata.

Secondo giudice — Ma allora anche nel nuovo processo ci saranno i rinvii? O non avevate detto che i rinvii, lo scandalo della vecchia procedura, sarebbero stati assolutamente banditi dal nuovo processo?

Il teorico — Non esageriamo. Saranno banditi in ogni fase del processo i rinvii concordati tra le parti, e nella fase collegiale anche quelli di ufficio saranno rigorosamente limitati ai soli casi di forza maggiore. Ma nella fase istruttoria qualche differimento bisogna pur che ci sia, ogni volta che il giudice istruttore si accorgerà di non poter esaurire il suo compito in una sola udienza. Se ordinerà a una parte di presentare un documento, dovrà necessariamente rimandar ad altro giorno la continuazione del processo per dar tempo alla parte di eseguir la produzione; se ammetterà una prova testimoniale, dovrà fissare una nuova udienza per la presentazione dei testimoni. In tutti questi casi, e in altri infiniti, il rinvio sarà indispensabile: ma non si tratterà di un di quei rinvii a vuoto, com'eran di stile nel vecchio processo, concordati tra gli avvocati per loro comodità e senza controllo del giudice.

Nel nuovo processo i rinvii della fase istruttoria non serviranno, come avveniva finora, a perder tempo e a rimandare sempre più in là il momento in cui il giudice può iniziare il suo lavoro, ma segneranno le necessarie tappe di un lavoro già iniziato che progredisce verso la meta secondo il ritmo fissato dal giudice. Nel vecchio processo, insomma, quando l'udienza era rinviata, voleva dire che in quell'udienza il giudice non aveva compicciato nulla; nel nuovo processo, invece, ogni rinvio significherà che il giudice ha fatto un passo di più verso l'esaurimento del suo compito.

Primo avvocato — Tutto questo, si può facilmente prevedere, renderà necessaria la presenza dell'avvocato ad ogni udienza, perchè in ogni udienza potrà presentarsi per l'avvocato l'occasione di far sentire il peso intellettuale e morale del suo patrocinio: e forse la distinzione tra avvocati e procuratori andrà sempre più attenuandosi, perchè, se il procuratore andrà in udienza senza l'avvocato, bisognerà bene che sia pronto a risponder lui, invece dell'avvocato, alle domande dell'istruttore, e dovrà quindi, se non vorrà rimanere a bocca aperta, aver studiato la causa al pari del difensore. Non sarà più possibile ai professionisti legali trattar le cause civili per corrispondenza, inviando le comparse già preparate al domiciliatario e servendosi di lui come di un semplice passacarte: anche l'avvocato dovrà ogni giorno, al par dei procuratori, salire le scale del palazzo di giustizia...

Il teorico — Questa probabilmente è la ragione per la quale nella terminologia del nuovo Codice non c'è distinzione tra avvocati e

procuratori, compresi, gli uni e gli altri, sotto la stessa denominazione di « difensori ».

Secondo avvocato — La conclusione di questi ragionamenti mi pare ovvia: vedremo anche gli avvocati più anziani e più reputati, rimettersi, a cinquanta o a sessant'anni, a fare i galoppini per i corridoi dei tribunali... Si può aver qualche dubbio sugli altri effetti della riforma, ma uno almeno è sicuro: che essa servirà magnificamente a metter lo scompiglio nella vita di noi avvocati.

Secondo giudice — Si potrebbe obiettarti, remissivamente, che la procedura è fatta per servire la giustizia, e non per assicurare la felicità domestica degli avvocati...

Primo avvocato — Per parte mia credo che non si debba dar troppo peso a questi cambiamenti puramente estrinseci di orario e di metodi di lavoro, che il nuovo Codice imporrà certamente a noi avvocati: il noviziato che la riforma imporrà a noi professionisti avrà, specialmente per i più anziani, qualche inconveniente; ma tutto questo si sopporterebbe volentieri, se nel nuovo processo la posizione degli avvocati si trovasse veramente, come si promette, moralmente inalzata.

Il teorico — Non mi par dubitabile che tra gli effetti più evidenti della nuova procedura vi sarà quello di inalzare l'avvocato nella considerazione dei giudici. E proprio su questo punto io vorrei richiamare l'attenzione degli amici avvocati, i quali, gelosi come sono della loro dignità professionale, si adombrano davanti alle riforme e son facilmente portati a sospettare che siano fatte in odio a loro.

Secondo avvocato — Sfido io! In lode degli avvocati si leggono nelle relazioni e nei discorsi bellissime frasi di simpatia; ma se poi si va a guardar da vicino gli articoli dei codici, si vede che in realtà l'opera dell'avvocato è considerata con sempre maggior diffidenza e sottoposta a disciplina sempre più rigorosa.

Il teorico — E' proprio qui che mi sembri in errore. So anch'io che le frasi di simpatia, prese da sè sole, contano poco: quello che conta è che, per virtù della struttura del processo, la presenza degli avvocati si riveli, agli occhi stessi dei magistrati, non solo desiderabile ma indispensabile.

Ora proprio a questo mira la riforma: d'ora in avanti tutte le

attività che nel processo potranno compiere gli avvocati e i giudici, troveranno la prima giustificazione nella loro utilità pratica: tutte le parate a vuoto, tutte le formalità senza scopo saranno abolite.

Il vecchio processo pareva fatto apposta per mettere i magistrati alla berlina in presenza degli avvocati, e viceversa: vedere un presidente di tribunale perder la mattinata a sgolarsi per rinviar cento cause una dopo l'altra, era uno spettacolo che faceva pena, ma che certamente non serviva ad inalzar la figura del magistrato nella considerazione degli avvocati che stavano ad assistere; e viceversa i magistrati seduti al loro banco non potevano prender molto sul serio gli avvocati quando li vedevano mettersi i loro paludamenti per celebrare quella ridicola cerimonia, una specie di sgorbio o di aborto della discussione orale, che si chiamava « lettura delle conclusioni »...

Questa specie di schifo per le formalità inutili, che inconsapevolmente si trasformava in disprezzo per le persone costrette ad osservarle, scomparirà dal nuovo processo civile: che restituirà agli avvocati ed ai magistrati, in ogni momento delle loro relazioni, quella dignità e quella fede nella utilità umana dell'opera propria, senza la quale un uomo non può aspirare alla stima dei suoi simili.

PRIMO AVVOCATO — E poi, a ben considerare, la stima e la fiducia reciproca sarà favorita e accresciuta tra i magistrati e gli avvocati da questa loro continuata vicinanza nella fase istruttoria; io credo che, di regola, gli uomini ci guadagnino ad esser conosciuti da vicino: anche gli avvocati e i magistrati, quando si conosceranno meglio, si stimeranno di più.

PRIMO GIUDICE — In realtà il nuovo Codice fa grande affidamento su questa atmosfera di fiducia e di collaborazione, nella quale, specialmente in virtù della fase istruttoria, dovranno svolgersi d'ora in avanti le relazioni tra i giudici e i difensori. Vi è, sì, nel nuovo procedimento, un articolo che afferma il dovere delle parti e dei difensori di comportarsi in giudizio con lealtà e probità; ma il Codice ha saputo guardarsi dal ricadere nell'errore di psicologia in cui era incorso uno dei progetti, il quale aveva creduto opportuno rafforzare la proclamazione di questo dovere colla minaccia di gravissime multe a carico delle parti e dei difensori poco veritieri...

Secondo avvocato — Diecimila lire per una bugia: prezzi di vera occasione...

Primo giudice — Il nuovo Codice, invece, ha pensato giustamente che a far rispettare questa esigenza di lealtà potrà giovare, più di ogni minaccia e di ogni intimidazione (che probabilmente agirebbe sugli avvocati in senso perfettamente contrario a quello sperato...), l'efficacia moralizzatrice dei diretti contatti personali tra l'avvocato e il giudice. Quando il difensore si troverà seduto dinanzi al giudice istruttore che gli parlerà da pari a pari come a un amico, sentirà come un impegno di onore non tradire con un comportamento sleale chi ripone in lui piena fiducia: il rispetto del giudice gli sarà suggerito, più che da quell'ammonimento scritto nel Codice, dal rispetto di sè stesso e dal suo stesso amor proprio.

Primo avvocato — Mi fa pacere sentir l'amico giudice parlare con tanta comprensione e simpatia degli avvocati. Se tutti i giudici la penseranno come te, dovremo ringraziare il nuovo Codice di aver ristabilito tra gli avvocati e i magistrati non solo la collaborazione, ma l'amicizia...

Secondo giudice — Gli avvocati dovranno in ogni caso ricordarsi che a tradire il loro dovere di lealtà non faranno un buon affare. C'è nel nuovo Codice una certa disposizione che permette al giudice di trarre indizi per la decisione della causa dal modo con cui le parti si comportano nel processo. Condotta delle parti vuol dire condotta dei difensori: i quali quindi faranno bene a non dimenticare che tenendo in giudizio un comportamento troppo... (come dire?) avvocatesco, rischieranno di indisporre il giudice e di rendere un cattivo servizio al loro cliente.

Secondo avvocato — Esiste davvero nel nuovo Codice una disposizione di questa fatta?

Il teorico — Certamente: c'è un articolo che testualmente dà al giudice il potere di desumere argomenti di prova dal contegno delle parti nel processo.

Secondo avvocato — Ma questo è un potere micidialissimo! Se una arma siffatta sarà data in mano a un malato di fegato, la sorte delle cause si troverà abbandonata in balìa delle fluttuazioni biliari del giudicante... La condotta delle parti e dei difensori

diventerà, nella valutazione del giudice, un giuoco di simpatie o di repugnanze personali: perchè non si prescrive addirittura che in ogni processo il giudice istruttore sia tenuto a dare agli avvocati un voto in condotta, come si fa a scuola?

Il teorico — Ecco che al solito tu guardi le innovazioni sotto una luce di pessimismo, che te le fa apparire più pericolose di quello che sono in realtà. Non c'è dubbio che il potere dato ai giudici di trarre elementi di convinzione dal contegno delle parti abbia i suoi pericoli; e i giudici dovranno abituarsi a servirsi di questo potere con molta cautela (voi sapete, del resto, che i giudici sono piuttosto inclinati a non usare dei poteri che hanno, anzichè ad arrogarsi quelli che non hanno...). Ma insomma questa disposizione è fatta non per la grande maggioranza degli avvocati, bensì per quei pochissimi i quali hanno creduto finora che l'arte somma del difensore consista nelle insidie e nelle finte. Per toglier credito a questi tattici della furberia, a questi specialisti delle schermaglie subdole, il nuovo Codice ha fatto di meglio che fulminare a vuoto divieti e multe: si è limitato ad avvertire i difensori che nel nuovo processo i cavilli non sono vietati, ma che adoprandoli si contribuisce a dar causa vinta all'avversario... E' facile prevedere che il clima del nuovo processo non favorirà lo sviluppo di quella mala pianta dei giudizî che si chiama machiavellismo processuale: e che gli avvocati più cavillosi cesseranno di essere i più ricercati dai clienti. D'ora in avanti l'arte del difensore si dimostrerà sopra tutto nel sapersi acquistare la fiducia del giudice; le sue qualità più pregiate saranno d'ora in avanti quelle virtù morali, che si riassumono in una parola: il carattere.

(*Pausa: tutti gli interlocutori sembrano sodisfatti di questa conclusione, e pieni di buone speranze. Ma mentre stanno per separarsi in spirito di concordia, un'ultima curiosità del solito avvocato pessimista fa riaccendere la discussione*).

Secondo avvocato — Prima di lasciarci, vorrei esporvi ancora un ultimo dubbio che mi tormenta. Siamo ormai tutti d'accordo, mi pare, nel riconoscere che il nuovo processo civile porterà nelle relazioni tra magistrati e avvocati un cambiamento molto profondo, sopra tutto nel senso che i contatti tra loro si faranno molto più stretti e più frequenti. Ma siete proprio sicuri che tutto questo servirà a rafforzare il carattere dei professionisti, cioè quel sentimento di dignità e di coraggiosa indipendenza morale che finora era il vanto dei migliori di noi? Se, come voi dite,

la prima abilità del difensore diventerà quella di conquistarsi la stima del giudice, non c'è da temere che a poco a poco l'arte degli avvocati si riduca ad essere una sistematica *captatio benevolentiae,* un raffinato galateo di ipocrisie fatto per blandire i magistrati e per acquistarne a qualunque costo i favori?

PRIMO AVVOCATO — La domanda mi pare abbastanza sensata...

SECONDO AVVOCATO — L'amico professore ci ha spiegato che nel nuovo processo il giudice istruttore starà seduto coi difensori allo stesso tavolino, e tratterà con essi *de plano,* senza salire in cattedra; e in questo loro avvicinarsi sullo stesso piano materiale ha voluto vedere il simbolo del loro livellamento morale. Ma poi lo stesso amico professore ci ha spiegato che nel nuovo processo il giudice avrà poteri molto più vasti ed energici di quelli che aveva finora: e allora, se l'autorità del giudice si accrescerà, questo porterà con sè naturalmente un accrescimento di dislivello psicologico di fronte agli avvocati. Il giudice si investirà sempre più dei suoi poteri e assumerà senza accorgersene una psicologia autoritaria: si darà delle arie da desposta...

SECONDO GIUDICE — Povero desposta, con questa toga frusta...

SECONDO AVVOCATO — ... e a noi avvocati per trattar coi giudici non rimarrà altra arte che quella che si adopra da che mondo è mondo per andar d'accordo coi despoti: l'inchinevole servilismo dei cortigiani. Ve lo immaginate, amici, l'avvocato strisciante, l'avvocato servizievole, che scodinzolerà per riuscire simpatico e ben accetto al suo giudice? Io lo vedo di già: l'avvocato primo della classe, che aspetta il magistrato alla cantonata per aver il gusto di fargli un inchino ed un sorriso, che prende il suo stesso tram per sederglisi accanto e aiutarlo a scendere alla fermata... Un tempo, quando in alcuni fori d'Italia era tollerato che gli avvocati dopo la discussione pubblica si recassero a casa del relatore a conferire privatamente con lui, si era formata una categoria di avvocati specializzati nel dar queste « informazioni », i quali per la loro abilità nel soffiare in un orecchio al giudice le parolette insinuanti, si chiamavano avvocati « auricolari ». Assisteremo dunque alla resurrezione dell'avvocato « auricolare », con tutto il suo bagaglio di scaltre adulazioni e di melliflui pettegolezzi? E il resultato ultimo dell'oralità consisterà dunque nel trasformare l'avvocato d'udienza in avvocato di corridoio?

PRIMO GIUDICE — Se questi discorsi non si facessero tra amici, direi che essi sono offensivi sopra tutto per noi magistrati... Per dimostrarti la infondatezza di questi tuoi timori ti si può intanto osservare che questo più stretto avvicinamento personale tra avvocati e magistrati, che si produrrà nella fase istruttoria, sarà in ogni caso controllato dal contraddittorio, nel quale non vi sarà posto per questi intrugli di bassa cucina che ti dànno tanto pensiero: anzi, proprio perchè saranno così facilitati in istruttoria i contatti diretti ed aperti tra i difensori e i giudici, diventerà più rigorosa quella norma di elementare correttezza forense per la quale i giudici devono astenersi dal ricevere informazioni private, cioè stragiuziali, sulle cause che hanno in decisione. Mi sembra in secondo luogo che tu sia fuori di strada quando temi che l'accrescimento dei poteri conferiti dalla nuova legge a noi giudici possa darci alla testa: tu confondi, mio caro, tra il giudice come organo giudiziario e il giudice come uomo. Anche se i poteri dell'organo giudiziario saranno accresciuti, non per questo cesseremo, noi giudici fatti di carne, di sentirci povere creature fragili, soggette a sbagliare al pari di voi avvocati.

SECONDO AVVOCATO — Dimostri, ragionando così, di non comprendere quale veleno inebriante sia per l'uomo fatto di carne l'esercizio del potere: e come sia facile a chi si trova investito di un'autorità sugli altri uomini, dimenticare la sua natura terrena e immaginarsi di esser diventato diverso da essi...

SECONDO GIUDICE — Non temere, non temere, amico: in quanto a noi, a ricordarci la nostra natura terrena, ci pensa ogni mese lo stipendio...

IL TEORICO — Vorrei anche farvi considerare che il nuovo Codice, se da una parte ha notevolmente accresciuto i poteri dei giudici, dall'altra però ha voluto ricordare con apposite disposizioni che essi, nonostante questo rafforzamento di autorità, non sono diventati onnipotenti.

Il nuovo Codice, infatti, ha riaffermato il diritto delle parti di agire in via civile contro i giudici che contravvengono in modo grave ai loro doveri: dal punto di vista pratico questa disposizione avrà, per fortuna, scarsissime occasioni (forse neanche una) di essere applicata; ma tuttavia la sua importanza diciamo così pedagogica è grande, perchè essa ricorda a chi volesse dimenticarla questa semplice verità: che la maestà della funzione non rende infallibile il funzionario.

E poi c'è nel nuovo Codice un'altra disposizione nella quale si ricorda che se i difensori mancano ai loro doveri, non spetta ai magistrati, ma soltanto alle autorità professionali esercitare su di essi il potere disciplinare: con che si riafferma che l'arco della giustizia, se da una parte poggia sulla indipendenza dei giudici, andrebbe in rovina se dall'altra parte non trovasse sostegno nell'indipendenza dell'avvocatura.

Primo avvocato — E poi, credete a me, più che negli articoli dei codici, bisogna aver fede nel naturale buon senso e nell'umanità dei magistrati: i quali sapranno da sè fare buon uso dei poteri conferiti loro dalla nuova legge, e sapranno scoraggiare al più presto gli avvocati che per acquistarsi la benevolenza del giudice credessero di potersi servire di bassi espedienti cortigianeschi. L'esercizio quotidiano del giudicare, questo contatto di tutta la vita colle miserie umane, ha insegnato ai giudici a distinguere quali sono le virtù che veramente contano nell'uomo, a pesare i caratteri e le coscienze. Questa modestia di vita, questa solitudine quasi ascetica in cui essi si appartano, dà allo spirito dei giudici una misteriosa chiaroveggenza quasi magnetica, obbedendo alla quale essi, pur attraverso iniziali incertezze e oscillazioni, riescono sempre, alla fine, ad orientarsi verso l'onestà. Non ti angustiare dunque, amico pessimista, al pensiero che il nuovo processo possa favorire la mala genia degli avvocati di corridoio: essi (se pur ve ne saranno) si accorgeranno a loro spese che la stima dei giudici, come in generale la stima degli uomini, non si dirige verso la viltà inchinevole e le blandizie servili, ma verso la fierezza e la franca dignità, che sono state sempre le decorazioni più preziose di questa nostra toga, oscura ma pura.

Secondo avvocato — Insomma tu vuoi esser ottimista a tutti i costi...

Il teorico — E credo che faccia bene. Anch'io, se mi arrischio a far qualche pronostico sul nuovo Codice, mi sento decisamente inclinato verso l'ottimismo. Ma bisogna che si tratti di un ottimismo *attivo*: bisogna che magistrati e avvocati si mettano al lavoro di buona voglia, per far sì che questa riforma della struttura visibile del processo sia accompagnata da una riforma del costume, che operi più addentro, sulle coscienze e sugli spiriti.

L'ingenuo — Vorrebbe dire, insomma, che lo scopo vero di questa riforma corrisponde per l'appunto, se ho ben capito, a quel desiderio che io, da ignorante, vi espressi all'inizio della nostra prima con-

versazione: rendere il processo intelligibile anche ai profani, restituire ai rapporti tra avvocati e giudici semplicità e naturalezza, come quella che si pratica nelle relazioni tra gente comune.

Il teorico — Ritornare alla naturalezza, appunto: o, come anche è stato detto, ritornare all'umanità. Più volte, in questi nostri discorsi il desiderio di esprimerci con un linguaggio intelligibile anche a un profano di cose giuridiche, ci ha indotti a paragonare il processo a una macchina; ma l'essenziale di questa riforma sta proprio nel contrario: bisogna che i giudici e gli avvocati, nel servire la giustizia, si sentano non macchine, ma uomini, e che facciano a gara a dare a tutte le loro relazioni quella elasticità, quella semplicità, quella libera schiettezza, quel calore di comprensione, che si riassume, in Italia, nella parola « umanità ». Bisogna che magistrati e avvocati si accorgano che, se la diversità delle loro funzioni li porta nel processo a trovarsi in posizioni apparentemente contrapposte, questa loro contrapposizione apparente è sostanziale comunanza di doveri e di fini, dedizione alla stessa fede. Anche gli avvocati colla loro parzialità servono la giustizia, perchè nell'incontro delle loro parzialità è contenuta in sintesi l'imparzialità dei giudici: i quali devon persuadersi che solo dall'urto delle libere opinioni può scaturire dinanzi al loro banco la scintilla magica della verità.

Primo avvocato — Di questa comunanza di doveri e di sacrifici che affratella i magistrati agli avvocati, e dà loro la forza di far tacere, per servire serenamente più alti fini, le angosce dei loro cuori, ho visto ultimamente, coi miei occhi, una prova indimenticabile, che ha il valore di un simbolo. Ero in Cassazione, difensore della parte resistente: seduto al mio banco, ascoltavo il mio contraddittore, che in piedi vicino a me, rivolto alla Corte, parlava per primo, a sostegno del ricorso. Tutto teso nella dimostrazione della sua tesi, il suo discorso era sereno, stringente e filato; pareva che il mondo esterno in quel momento non esistesse per lui: c'era soltanto, in quel momento, il cliente che aveva affidato a lui le sue ragioni, e quella catena di argomenti coi quali egli si batteva per farle trionfare. Eppure io conoscevo l'angoscia che c'era sotto quella toga: quell'avvocato era un babbo che in quei giorni aveva il suo figliuolo in un ospedale militare, gravemente ferito in combattimento; il suo cuore paterno era certo là, sospeso accanto a quel letto; ma di questa ansietà nulla doveva trapelare nell'aula... Nel sentirlo parlare con quella padronanza di sè, soffrivo per lui: e poichè egli stava per terminare il discorso, m'era

venuta la voglia di iniziar la mia difesa con una parola di affetto e di comprensiose per quella sua pena, con un augurio per la salvezza di quel suo ragazzo in pericolo. Ma, al momento di alzarmi, ecco che tra le facce dei consiglieri attenti alla nostra discussione, una, più pallida ed austera delle altre, mi colpì: e mi ricordai che anche sotto quella toga di magistrato c'era un padre dolorante per un figlio caduto in guerra pochi giorni prima. Allora non osai più, di fronte a lui che come gli altri magistrati del collegio era lì per ascoltare argomentazioni attinenti alla causa, turbar con allusioni personali questa austera dimenticanza di sè, che è, per i giudici e per i difensori, l'esercizio della giustizia.

Il filofoso — Questo è dunque, in conclusione, il pensiero consolante che nei cuori dei giudici e degli avvocati deve vivificare la riforma del processo civile: ricordarsi che *la giustizia è altruismo.*